

ANNEXE II : RECENSEMENT DES IRREGULARITES RELEVÉES

➤ DEFAUT DE PUBLICITE

Le défaut de publicité (partiel ou total) est une irrégularité constatée de manière récurrente.

Or, le non respect de la publicité prescrite par les dispositions réglementaires fixées par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 constitue une irrégularité majeure qui affecte de manière substantielle la régularité de la mise en concurrence et la légalité du choix de l'attributaire du marché. Elle est sanctionnée par le juge administratif et implique la résolution du contrat. (CAA Marseille n° 06MA02131, 16 octobre 2008)

Pour rappel, aucune procédure de mise en concurrence ni de publicité obligatoire n'est requise si le marché est inférieur à 25 000 euros hors taxes (article 30-I-8° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016). Au-delà, les règles de publicité suivantes s'appliquent (articles 33 à 36 du décret n° 2016-360) :

1) FOURNITURES ET SERVICES :

Montant du marché	Modalités de publication
1 € H.T.	pas de publicité obligatoire
25 000 € H.T.	Publicité librement adaptée par le pouvoir adjudicateur
90 000 € H.T.	BOAMP ou Journal d'annonces légales (+ éventuellement publication spécialisée) + profil d'acheteur
221 000 € H.T.	BOAMP (Bulletin officiel d'annonces des marchés publics) + JOUE (journal officiel de l'union européenne) + profil d'acheteur

2) TRAVAUX :

Montant du marché	Modalités de publication
1 € H.T.	pas de publicité obligatoire
25 000 € H.T.	Publicité librement adaptée par le pouvoir adjudicateur
90 000 € H.T.	BOAMP ou Journal d'annonces légales (+ éventuellement publication spécialisée) + profil d'acheteur
5 548 000 € H.T.	BOAMP (Bulletin officiel d'annonces des marchés publics) + JOUE (journal officiel de l'union européenne) + profil d'acheteur

S'agissant d'un accord cadre sans minimum sans maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée.

Dans un arrêt du 17 décembre 2014 (CE n° 385033, 17 décembre 2014, communauté de commune du canton de Varihles), le Conseil d'État a rappelé que « pour les marchés à bons de commande (...) si le marché ne fixe pas de maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils de procédure formalisée » et en a déduit que le marché en cause devait être annulé dans la mesure où la communauté de communes n'avait pas publié d'appel à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne contrairement à ce qu'imposait la réglementation pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Par ailleurs, une publication sur le profil acheteur ne peut pas se substituer à la publicité prescrite par les textes. En effet, le profil acheteur ne constitue pas en soi un support de publicité, sa finalité étant, dans le

cadre de la dématérialisation des procédures, de mettre gratuitement à disposition des opérateurs économiques les documents de la consultation (dans les conditions prévues à l'article 39 du décret n° 2016-360). C'est en quelque sorte une « place des marchés » virtuelle.

➤ **DEFAUT DE MISE EN CONCURRENCE EN MATIERE DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC**

L'article R.1411-1 du CGCT, modifié par le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, dispose que *"les délégations de service public des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics sont passées et exécutées conformément aux dispositions du décret n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession."*

Il en résulte que le nouveau régime des délégations de service public des collectivités territoriales et de leurs groupements est aujourd'hui défini par les articles L.1411-1 et R.1411-1 et suivants du CGCT, mais aussi par des règles applicables à l'ensemble des contrats de concession figurant dans l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le décret n° 2016-86 précité, **ce qui implique la mise en œuvre d'une procédure préalable de mise en concurrence quel qu'en soit le montant**. A défaut, le contrat serait entaché d'une illégalité majeure impliquant sa résiliation.

La réglementation distingue des règles procédurales spécifiques selon que le contrat de délégation de service public relève de l'article 9.I (contrats dont la valeur est égale ou supérieure à 5.448.000 euros H.T.) ou de l'article 10 (contrats dont la valeur est inférieure à 5.448.000 euros H.T. et contrats relevant de certains secteurs spécifiques) du décret précité :

Nature du contrat de D.S.P.		Modalités de publication
Article 10 du décret n° 2016-86 :	- DSP < 5.448.000 € H.T.	BOAMP (Bulletin officiel d'annonces des marchés publics) ou Journal d'annonces légales (+ éventuellement au JOUE ou publication spécialisée ou autre support) + profil d'acheteur
	- DSP relevant des secteurs de l'eau potable et des transports de voyageurs, <u>quel que soit le montant</u>	
	- DSP relevant des secteurs des services sociaux et autres services spécifiques < 5.448.000 € H.T.	
	- DSP relevant des secteurs des services sociaux et autres services spécifiques ≥ 5.448.000 € H.T.	BOAMP (Bulletin officiel d'annonces des marchés publics) ou Journal d'annonces légales + JOUE (journal officiel de l'union européenne) (+éventuellement autre support) + profil d'acheteur
Article 9-1° du décret n° 2016-86 : DSP ≥ 5.448.000 € H.T.		BOAMP (Bulletin officiel d'annonces des marchés publics) ou Journal d'annonces légales + JOUE (journal officiel de l'union européenne) + publication spécialisée (+ éventuellement autre support) + profil d'acheteur

➤ **AVENANTS / MODIFICATIONS EXCESSIFS**

1) Détermination de la réglementation applicable aux actes modificatifs :

Pour rappel, les nouvelles règles applicables aux modifications apportées aux marchés publics (articles 139 et 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016) ne s'appliquent qu'à ceux pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence a été adressé à la publication à compter du 1^{er} avril 2016.

Pour les marchés publics dont la consultation a été engagée ou l'avis d'appel public à la concurrence a été

envoyé à la publication avant le 1^{er} avril 2016, leurs modifications demeurent régies par l'article 20 du code des marchés publics.

Pour ce qui est des concessions, parmi lesquelles se classent les délégations de service public, la solution est différente : les nouvelles règles relatives aux modifications contractuelles apportées aux concessions prévues par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, complétées par les articles 36 et 37 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016, s'appliquent à l'ensemble des concessions y compris celles conclues avant le 1^{er} avril 2016.

2) La réglementation des avenants prévue par l'ancien code des marchés publics :

L'article 20 de l'ancien CMP prévoit qu' « *en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant [...] peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.* »

De manière générale, une augmentation par avenant dépassant 15 à 20 % du prix d'un marché public ou d'un accord-cadre est susceptible d'être regardée, par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

Lorsqu'un avenant bouleverse l'économie du marché, il convient de déterminer si des sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties sont apparues.

Pour le Conseil d'État, trois paramètres permettent de définir les sujétions techniques imprévues (CE, 30 juillet 2003, n°223445, Commune de LENS) :

- des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché ;
- des difficultés présentant un caractère exceptionnel ;
- des difficultés imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties.

En dehors des cas de sujétions techniques imprévues, une modification de marché ayant pour effet de bouleverser son économie, est par conséquent illégale.

3) Le nouveau régime des modifications : articles 139 et 140 du décret n° 2016-360

C'est au regard des articles 139 et 140 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 qu'il convient d'apprécier la légalité des modifications apportées aux marchés passés après le 1^{er} avril 2016.

L'article 139 susvisé énumère six cas dans lesquels il est possible de modifier légalement un marché :

« 1° Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux [...]

2° Lorsque [...] des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel qu'en soit leur montant, sont devenues nécessaires et en figuraient pas dans le marché public initial, à la double condition qu'un changement de titulaire a) soit impossible pour des raisons techniques ou économiques [...] b) présenterait un inconvénient majeur [...]

3° Lorsque [...] la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ;

4° Lorsqu'un nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public [...]

5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du marché public. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

b) Elle modifie l'équilibre économique du marché public en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial ;

c) Elle modifie considérablement l'objet du marché public ;

d) Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues au 4°.

6° Lorsque le montant de la modification est inférieure aux seuils européens publiés [...] et à 10 % du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux [...] »

S'agissant du 6° de l'article 139 précité, les deux conditions liées d'une part, au montant inférieur au seuil européen et, d'autre part, à une augmentation du montant cumulé du marché inférieure à 10 % ou 15 %, sont cumulatives. Ainsi, un avenant qui ne répondrait pas à l'une ou l'autre de ces conditions ne sera pas conforme aux dispositions du 6°, et ne pourra être légal que s'il s'inscrit par ailleurs dans l'un des autres cas prévus par l'article 139 (1° à 5°).

Il me paraît utile de préciser la notion de « montant cumulé » : au titre de l'article 140.II dudit décret, c'est seulement en cas de modifications successives relevant du 6° de l'article 139, que l'augmentation maximale de 10 % (pour les marchés de services et de fournitures) et de 15 % (pour les marchés de travaux) est calculée « à partir du dernier montant révisé ». Ainsi, dans ce cas, seul le pourcentage d'augmentation résultant du premier avenant en plus-value sera calculé à partir du montant du marché public initial ; le pourcentage d'augmentation d'un deuxième avenant sera calculé à partir des montants cumulés du marché initial et du premier avenant, le pourcentage d'augmentation d'un troisième avenant à partir des montants cumulés du marché initial et des deux premiers avenants, etc.

Par ailleurs, l'article 140.II du décret précité limite le montant des modifications prévues aux 2° et 3° de l'article 139 à 50 % du montant du marché public initial. En cas de modifications successives, le pourcentage d'augmentation de 50 % admis pour chaque avenant devra être à chaque fois calculé par rapport au montant du marché public initial.

En cas d'impossibilité de conclure un acte modificatif conforme aux dispositions réglementaires rappelées supra, il est alors nécessaire de passer un nouveau marché pour les prestations ou travaux supplémentaires.

➤ **DEFAUT DE SIGNATURE DE L'ACTE D'ENGAGEMENT**

L'article 3 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23/07/15 dispose que les marchés publics sont des contrats administratifs.

Le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) prévoit que « toute décision prise par l'administration comporte la signature de son auteur » et précise que l'acte doit comporter « la mention de son prénom, son nom, sa qualité ainsi que du service auquel il appartient » (article L. 212-1 du CRPA). Cette signature permet à l'auteur d'approuver l'acte et donc de s'engager sur son contenu. En tant que contrat, le marché public se formalise par la signature conjointe de l'attributaire et du pouvoir adjudicateur. Dans le cadre du contrôle de légalité, la signature constitue un des éléments d'identification des parties au marché et permet de vérifier les trois aspects de la compétence de l'acheteur (de lieu, de temps et de matière) ainsi que la date de signature du marché.

En application des dispositions des articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du CGCT pour les communes, des articles L. 3131-1 et L. 3131-2 du CGCT pour le département, et de l'article L. 5211-3 pour les EPCI, les marchés (c'est-à-dire l'acte d'engagement) ainsi que l'ensemble des pièces de la procédure doivent être transmis au représentant de l'Etat ou à son représentant dans l'arrondissement, au titre de contrôle de légalité, dans un délai de 15 jours à compter de leur signature.

Cette transmission au représentant de l'État fait acquérir à l'acte un caractère exécutoire, sous réserve par ailleurs de sa publication ou de sa notification. Par conséquent, un acte non transmis au contrôle de légalité ou transmis de manière incomplète, n'est pas exécutoire, c'est-à-dire qu'il ne peut produire ses effets (CE, 6e et 2e ss-sect. réunies, déc., 10 janv. 1992, n° 97476 : JurisData n° 1992-040458).

S'agissant des actes d'engagement signés de manière électronique et faisant l'objet d'une télétransmission via Actes, dans la mesure où l'application Actes n'intègre pas encore d'outil de vérification des signatures, la signature conjointe des deux parties sera justifiée par la production d'un rapport de signature (document PDF) comportant la date de signature et la fonction ainsi que le nom de chacun des signataires.

➤ LA MISE AU POINT utilisée à tort en MAPA

La mise au point d'un marché public, prévue par les dispositions de l'article 64 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, est une technique utilisée dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou d'appel d'offres restreint, à l'exclusion des autres procédures (marché négocié, marché à procédure adaptée, etc).

Or, l'application de cette technique dans le cadre de la négociation de marchés à procédure adaptée est une irrégularité que mes services relèvent de manière cyclique.

Pour rappel, le recours à la négociation est expressément prévu par l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, définissant la procédure adaptée. En cas de recours à la négociation, le principe de transparence des procédures impose que le pouvoir adjudicateur en informe les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de consultation. (CAA Bordeaux n° 16BX01383, 16 novembre 2018). La négociation porte sur tous les éléments de l'offre et pas seulement sur le prix, et doit figurer sur l'acte d'engagement.

La mise au point, quant à elle, consiste en une précision, une rectification ou une adaptation de l'offre retenue ou, plus généralement, d'une ou plusieurs pièces contractuelles du marché, sans pour autant s'apparenter à une négociation (puisque celle-ci n'est pas autorisée dans la procédure de l'appel d'offres).

L'article 64 susvisé précise que la mise au point, qui doit intervenir avant la signature du marché et d'un commun accord entre les deux parties, « *ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché public dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire* ». Par exemple, une erreur matérielle d'écriture peut en faire l'objet.

A contrario, la mise au point ne peut pas aboutir à une nouvelle offre de prix de la part de l'attributaire, ni à une modification substantielle des délais contractuels (dès lors que ces modifications, si elles avaient été connues dès la consultation, elles auraient pu amener certains candidats à établir une offre différente de celle qu'ils ont remise).

La mise au point doit être cosignée par les deux parties et être annexée à l'acte d'engagement.

➤ DEFAUT D'ATTESTATION DE REGULARITE FISCALE/SOCIALE DE L'ATTRIBUTAIRE

Il ressort des dispositions de l'article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics d'une part, que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit produire un certain nombre de documents attestant notamment qu'il est à jour dans ses obligations fiscales et sociales et, d'autre part, qu'à défaut, pour ce candidat de communiquer ces documents au pouvoir adjudicateur, son offre doit être rejetée, le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne étant alors sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué.

Faute de produire un justificatif de régularité fiscale et/ou sociale, l'offre d'un candidat doit donc être écartée comme irrecevable.

En retenant l'offre d'un candidat qui n'est pas en mesure de produire ces documents, le pouvoir adjudicateur entache le marché d'une irrégularité qui affecte de manière substantielle la procédure de passation de marché public et plus particulièrement le choix du cocontractant. Cette irrégularité implique la résolution du contrat et donc, le lancement d'une nouvelle consultation.

Pour éviter ces difficultés, je vous invite préalablement à la notification du rejet de leur offre aux candidats évincés et à la signature du marché, à réceptionner et vérifier les différents justificatifs et attestations fiscales et sociales. En effet, la notification du rejet de l'offre à un candidat évincé, de même que la signature d'un marché, ayant pour effet de délier toutes les entreprises soumissionnaires de leur offre, cette information ne doit leur parvenir qu'après que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a produit ses attestations fiscales et sociales.

C'est une sécurité juridique qui vous permettra, en cas de défaut de production de ces documents par l'attributaire, de solliciter le candidat classé en seconde position, conformément aux dispositions de l'article 55-IV du décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

J'ajoute que la sélection d'une candidature irrégulière (défaut des attestations fiscales et sociales requises par la loi) paraît suffisante pour engager la responsabilité pénale du pouvoir adjudicateur (Cassation, chambre criminelle, 17 octobre 2007, n°06-87.566 JurisData n°2007-041353).

➤ CRITERES

En application de l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, « *le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet d'un marché public ou à ses conditions d'exécution.* »

Dans la plupart des marchés réceptionnés au titre du contrôle de légalité, les critères de sélection sont essentiellement limités au prix et à la valeur technique.

Au stade de l'analyse des offres, il ressort parfois que la même note est attribuée au critère technique pour toutes les offres remises.

Par suite, c'est le seul critère du « prix » qui s'avère décisif pour l'attribution du marché. Or, l'attribution d'un marché public doit toujours résulter de l'application effective des critères de jugement des offres annoncés dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur devant être en mesure de départager les soumissionnaires sur la base de notes nettement différenciées pour chacun des critères.

La notation doit être effectuée en fonction des spécificités de chacun des soumissionnaires et non pas seulement en fonction des besoins du marché.

Il est en outre de jurisprudence constante que la neutralisation de la pondération d'un des critères de sélection est susceptible d'entacher d'irrégularité la procédure de passation. (CAA Paris 08 fév 2016 n° 15PA02953)

Pour rappel, le recours au critère unique du prix n'est possible que lorsque le marché public a « *pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre* », conformément aux dispositions de l'article 62 du décret n° 2016-360.

Plus généralement, le fait que les offres soient toutes jugées équivalentes au regard d'un critère donné est considéré comme suspect puisque résultant probablement soit d'une insuffisante définition du critère pour qu'il soit véritablement opérationnel, soit du caractère sommaire ou approximatif de l'analyse des offres au regard de ce critère. Ainsi, le critère de la valeur technique doit, comme tous les autres critères de jugement des offres, être opérationnel pour permettre de départager les offres.

Par ailleurs, le juge administratif a déjà eu l'occasion d'annuler la décision d'une commission d'appel d'offres portant désignation de l'attributaire d'un marché au motif que la commission avait illégalement « neutralisé » le critère de la valeur technique, en ne procédant pas de manière suffisamment approfondie à l'examen des offres par rapport audit critère (CAA Marseille, 1^{er} octobre 2009, n° 07MA01607, SDIS de la Haute Corse)

➤ **LIQUIDATION JUDICIAIRE DE L'ATTRIBUTAIRE**

Irrégularité relevée : suite à la défaillance de l'attributaire (en liquidation judiciaire), un nouveau marché a été conclu de gré à gré sur la base d'un devis qui n'était plus valable et sans remise en concurrence.

L'ouverture ou le prononcé d'une liquidation judiciaire n'est pas un motif de résiliation d'un contrat. Seul le liquidateur peut exiger la poursuite ou renoncer à l'exécution du contrat. Ainsi, le liquidateur doit être mis en demeure de se prononcer sur la poursuite du contrat, la renonciation pouvant être expresse, ou tacite lorsqu'il ne répond pas à la mise en demeure dans un délai d'un mois (art. L.641-11-1 du code de commerce). A défaut de mise en demeure et lorsque la prestation du débiteur ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent, la résiliation du marché doit être judiciaire et doit être prononcée par le juge-commissaire.

En cas de résiliation, d'un lot par exemple, il y a lieu de lancer une nouvelle consultation. Le lot devra être passé selon les mêmes procédures que le marché d'origine, tout en respectant les prescriptions réglementaires en matière de publicité.

Lors de la transmission au contrôle de légalité, outre les pièces constitutives du lot concerné par exemple, il conviendra d'y annexer les divers documents justifiant que la procédure de résiliation suite à la liquidation de l'entreprise initialement attributaire a bien été respectée.

(cf. fiche DAJ + QR Sénat Masson 310714)

➤ **CARACTERE EXECUTOIRE D'UNE DELIBERATION**

Les articles L.2131-1 et L.2131-2 du C.G.C.T. prévoient que les actes pris par les collectivités locales, dont notamment les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux, sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été, d'une part, procédé à leur publication ou leur notification et, d'autre part, procédé à leur transmission au représentant de l'Etat.

Tirant les conséquences de ces dispositions, le Conseil d'Etat a estimé que l'exécutif d'une collectivité locale ne peut signer un contrat de délégation de service public ou de marché public qu'après que la délibération de l'assemblée l'y autorisant soit devenue exécutoire du fait de sa transmission au Préfet (CE n° 70686, 20 janvier 1989, « Ville de Millau » ; CE avis section, 10 juin 1996 « Préfet de la Côte d'Or »).

Si tel n'est pas le cas, la décision de signer le contrat est illégale et entraîne l'illégalité du contrat lui-même sans qu'aucune régularisation ne soit possible. (CE n° 196553, 20 octobre 2000)

ENTREPRISES EN DIFFICULTE PENDANT L'EXECUTION D'UN MARCHÉ PUBLIC

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

1.1. *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.

1.2. *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. L'entreprise en procédure de rétablissement professionnel

La procédure de rétablissement professionnel, prévue aux articles L 645-1 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. Conséquences du placement du titulaire en procédure de sauvegarde, en redressement judiciaire, en liquidation judiciaire ou en rétablissement professionnel pendant l'exécution du marché public

Toute clause contractuelle qui prévoirait une résiliation systématique du contrat en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde (article L 622-13 du code de commerce)¹, de redressement judiciaire (article L. 631-14 du code de commerce)², de liquidation judiciaire (article L 641-11-1 du code de commerce) ou de sauvegarde accélérée (article L 628-1 du code de commerce) est nulle.

2.1. Titulaire d'un marché public en procédure de sauvegarde ou sauvegarde accélérée

Le prononcé de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde n'emporte pas de plein droit la résiliation des contrats en cours.

L'acheteur, cocontractant de l'entreprise en difficulté, peut interroger l'administrateur judiciaire pour savoir s'il entend poursuivre, ou non, le contrat. Le marché public est résilié de plein droit en l'absence de réponse, dans un délai d'un mois, de l'administrateur à la mise en demeure adressée par l'acheteur (III de l'article L. 622-13 du code de commerce). L'administrateur peut également demander au juge de prononcer la résiliation (IV de l'article L. 622-13)³.

Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde accélérée, les contrats sont poursuivis de plein droit. Les cas de résiliation de plein droit ainsi que la faculté offerte à l'administrateur de demander au juge le prononcé de la résiliation prévus à l'article L. 622-13 pour la procédure de sauvegarde ne s'appliquent pas⁴.

2.2. Titulaire d'un marché public placé en redressement judiciaire

Lorsqu'une entreprise titulaire d'un marché public fait l'objet d'une mesure de redressement judiciaire, elle doit en informer immédiatement l'acheteur conformément aux dispositions de l'article 49 II de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Celles-ci prévoient que « la résiliation [du marché public] ne peut être prononcée lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition qu'il ait informé sans délai l'acheteur de ce changement de situation ».

Le changement de situation de l'opérateur économique doit donc être porté à la connaissance de l'acheteur car dans le cas contraire, celui-ci pourra directement résilier le marché public sans indemnité en raison d'une faute de son titulaire.

Dans l'hypothèse où l'acheteur a été informé de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre du titulaire de son marché public, il pourra adresser une mise en demeure à l'administrateur qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur la poursuite du marché public en cours (articles L. 622-13 et L. 631-14 du code de commerce).

Conformément aux dispositions prévues dans les CCAG : « en cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. (...) La

¹ Réponse ministérielle n° 54169, JOAN du 25 novembre 2014, p. 9921.

² Ibidem.

³ Réponse ministérielle n° 18705, JO Sénat du 12 avril 2012, p. 927.

⁴ Cf. article L. 628-1 du code de commerce excluant l'application des III et IV de l'article L. 622-13 à la procédure de sauvegarde accélérée.

résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité. »⁵. Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du contrat, l'acheteur ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale⁶, sauf motif d'intérêt général caractérisé.

2.3. Titulaire d'un marché public placé en liquidation judiciaire

La mise en liquidation judiciaire d'une entreprise a pour effet d'interrompre l'exercice de ses activités. Celle-ci n'est donc plus en mesure de remplir les obligations contractuelles qui découlent d'un marché public dont elle est titulaire. Elle en informe donc l'acheteur en produisant une copie du jugement de liquidation judiciaire qui désigne le liquidateur.

L'acheteur adresse ensuite une mise en demeure au liquidateur de se prononcer sur la poursuite de l'exécution du contrat.

Conformément aux dispositions prévues dans les CCAG, lorsque les marchés publics y font référence : « *en cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié, si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité.* »⁷.

Si le liquidateur confirme que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations du marché public ou en l'absence de réponse au bout d'un mois (ce délai pouvant être diminué ou augmenté, dans la limite de deux mois, par le juge-commissaire), l'acheteur est fondé à prononcer la résiliation de plein droit du marché sans indemnisation du titulaire (article L 641-11-1 du code de commerce).

La seule exception à la possibilité de résilier est la situation dans laquelle le prononcé de la liquidation judiciaire s'accompagne d'une période de maintien de l'activité de l'entreprise auquel cas le liquidateur peut exiger l'exécution des contrats en cours. Préalablement à la résiliation du contrat, l'acheteur doit donc vérifier que la mise en liquidation judiciaire du contractant n'est pas assortie d'une période de maintien de l'activité.

Si le liquidateur se prononce pour la continuation du contrat, l'acheteur ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale.

La survenance de la liquidation judiciaire ne permet pas de bénéficier d'un remboursement anticipé de la retenue de garantie⁸. Cette dernière ne pourra être versée au liquidateur judiciaire qu'un mois après l'expiration du délai de garantie d'un an (article 124 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics) à condition qu'aucune réserve n'ait été formulée ou qu'elles aient été entièrement levées.

2.4. Titulaire d'un marché public placé en rétablissement professionnel

La procédure de rétablissement professionnel est sans incidence sur la poursuite des contrats en cours. Le code de commerce ne prévoit en effet pas de dispositions équivalentes à celles existant pour la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

⁵ Art. 30.2 CCAG FCS, art. 30.2 CCAG PI, art. 46.1.2 CCAG Travaux, art. 40.2 CCAG TIC, art. 35.2 CCAG MI.

⁶ CE, 24 octobre 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°s 87327 et 88242.

⁷ Art. 30.2 CCAG FCS, art. 30.2 CCAG PI, art. 46.1.2 CCAG Travaux, art. 40.2 CCAG TIC, art. 35.2 CCAG MI.

⁸ Rép. Min. n° 06587, JO Sénat 10 octobre 2013.

Communes et marchés publics

14^e législature

Question écrite n° 12714 de M. Jean Louis Masson (Moselle - NI)

publiée dans le JO Sénat du 31/07/2014 - page 1799

M. Jean Louis Masson attire l'attention de M. le ministre de l'intérieur sur les difficultés peut rencontrer une commune qui passe des marchés avec différentes entreprises pour réaliser un équipement collectif (salle des fêtes...). Si une des entreprises est mise en règlement judiciaire ou en liquidation, l'ensemble du chantier peut être bloqué pendant des mois avec des retards considérables. La lourdeur du code des marchés publics complique en effet la situation et il souhaiterait savoir s'il serait possible que l'entreprise défaillante soit remplacée d'office avec des procédures allégées.

Transmise au Ministère de l'intérieur

Réponse du Ministère de l'intérieur

publiée dans le JO Sénat du 30/10/2014 - page 2441

En cas de redressement judiciaire, le titulaire du marché n'est pas dispensé d'accomplir ses obligations contractuelles vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Toutefois, conformément à l'article 46.1.2 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, « en cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire ». Aux termes du même article, « en cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire ». Dans les deux cas, la résiliation « n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité ». En cas de résiliation, les nouveaux cahiers des clauses administratives générales règlent également les incidences d'une mise en redressement ou d'une mise en liquidation d'une société quant à la poursuite du marché public en cours, s'il y a lieu. Toutefois, la résiliation ne peut être décidée par la personne publique sans avoir au préalable mis en demeure l'administrateur judiciaire afin qu'il établisse les modalités d'exécution du marché. Si le redressement ou la liquidation judiciaire concerne une société qui participe aux côtés d'autres titulaires à la réalisation d'un marché, il est pourvu à son remplacement selon les procédures de marché de droit commun. Ainsi, il ne peut être recouru aux procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence préalables, prévues à l'article 35 du code des marchés publics (CMP), que si

les conditions restrictives à leur mise en œuvre sont remplies. C'est notamment le cas des procédures décrites à l'article 35-II-1° du CMP : « pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable », ou à l'article 35-II-8°, selon lequel le marché ne peut être confié « qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ». Il appartient au pouvoir adjudicateur de dûment justifier le recours à ces procédures, ces dispositions étant d'interprétation stricte. En dehors des procédures dérogatoires, il convient de souligner qu'en matière de travaux, l'article 27 du CMP énonce que pour définir les seuils et donc les procédures utilisables, « sont prises en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ». Le nouveau marché doit donc être passé selon les mêmes procédures que le marché d'origine. Il est cependant rappelé, à ce titre, que si le marché d'origine a fait l'objet d'un allotissement et que, conformément au III de l'article 27 précité, le lot considéré fait l'objet d'une procédure adaptée, le nouveau marché pourra être passé selon la même procédure.