HAL
open science

Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté

Maxime Diesbecq, Grégory Kalfleche, Nathalie Thomas, Caroline Sayag

To cite this version:

Maxime Diesbecq, Grégory Kalfleche, Nathalie Thomas, Caroline Sayag. Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté. Revue des procédures collectives civiles et commerciales, 2022, vol. 2 (n°2), pp.17. hal-03652113

HAL Id: hal-03652113

https://hal.science/hal-03652113

Submitted on 26 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté

Grégory K ALFLECHE,
Professeur de droit public, Université Toulouse 1 Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté

Maxime DIESBECQ, *Mandataire judiciaire, Mandateam*
Grégory KALFLECHE, *Professeur de droit public, Université Toulouse 1 Capitole*
Nathalie THOMAS, *Administrateur judiciaire, SCP Ezavin-Thomas*
Caroline SAYAG, *Avocate, Bollet & Associés*

Qui oserait soutenir que la question des rapports entre le droit de la commande publique et celui des entreprises en difficulté n'est pas aussi complexe en théorie qu'en pratique ? La première raison à cela est le caractère technique des deux matières, les spécialistes de droit des contrats publics n'étant que rarement ouverts aux questions du livre 6 du Code de commerce, et la réciproque est tout aussi exacte. Mais ces raisons pragmatiques ne doivent pas cacher des raisons plus profondes, et notamment la confrontation de deux matières visant un intérêt général. Le droit des entreprises en difficulté cherche à sauver les entreprises, dans l'intérêt des débiteurs d'abord, mais aussi dans l'intérêt des salariés ensuite. Il n'est pas exagéré de considérer que ce droit dépasse bien entendu la question de l'entreprise elle-même, et qu'en évitant les faillites en cascade ou même en nombre, elle préserve un intérêt général plus grand encore et qui est celui de la structure économique et sociétale du pays. De son côté, le droit de la commande publique défend lui aussi plusieurs dimensions de l'intérêt général. D'abord celui de l'intérêt des finances publique puisque c'est bien l'argent issu des impôts qui permet de payer les travaux et prestations de ces contrats. Optimiser l'achat public permet donc d'optimiser les prélèvements. Ensuite, de la qualité de la commande publique découle en grande partie la qualité du service public qui est rendu, soit que le contrat délègue le service public, soit qu'il fournisse les moyens, pour la personne publique, de l'exercer elle-même. Enfin, on pense aussi à la lutte contre la corruption qui est au cœur de ce droit, notamment avec le renforcement de la transparence depuis les années 1990. On le comprend, deux matières d'intérêt général qui tiraillent les rapports lorsqu'une entreprise en difficulté se retrouve à vouloir candidater ou à exécuter un contrat de la commande publique.

Les spécialistes des entreprises en difficulté ont parfois une idée peu précise de ce que recouvre la commande publique. Le terme employé le plus souvent est celui de « marché public », mais il ne faut pas oublier que cette catégorie de contrat est aujourd'hui incluse dans un nouveau « Code de la commande publique »[1] qui regroupe sous la qualification de contrats de la commande publique à la fois les marchés publics et les concessions. Les marchés publics regroupant eux-mêmes des règles classiques et des règles spéciales pour les marchés de la défense et de sécurité, pour les marchés de partenariats et pour les contrats dits « globaux »[2].

---

[1] Ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018, applicable au 1er avril 2019. Ce code a été réalisé à l'occasion de la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions de 2014, regroupant 17 textes qui existaient avant 2015 après un passage éphémère par une transposition non codifiée.

[2] Les contrats globaux sont ceux qui, dans le principe, regroupent les missions de conception d'un ouvrage (rôle classique de la maîtrise d'œuvre) et la construction, associés éventuellement à de la maintenance ou

Ces règles sont par ailleurs spéciales lorsque les contrats sont passés en matière de réseaux, dans des secteurs comme l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. La création de ce code n'a pas uniformisé les droits applicables aux concessions et aux marchés, mais ils ont été sur bien des points rapprochés et l'on trouvera une partie des règles qui s'appliquent aux marchés publics à propos des entreprises en difficulté s'appliquer aux concessions.

Contrairement à l'idée que beaucoup s'en font, ces contrats sont marqués par un champ d'application très large. En témoigne, au-delà même des critères juridiques, l'importance économique de ces contrats. Selon les sources — l'extension du nombre de contrats soumis à au CCP rend les chiffres difficiles à estimer précisément — la commande publique représente entre 12 et 17 % du produit intérieur brut, en Europe comme en France.

Sur le plan organique, ils ne concernent pas seulement les personnes publiques, mais aussi un nombre important de personnes privées parapubliques. La raison à cela est une approche large issue du droit de l'Union européenne qui vise à étendre la mise en concurrence dans la passation des contrats à des personnes aux statuts public ou privé différents selon les États-membres. Vont donc être soumises au droit de la commande publique les personnes publiques (État, Région, Département, Communes et établissements publics, donc les intercommunalités), mais aussi des personnes privées. Cela va notamment concerner celles qui sont chargées de missions d'intérêt général autre qu'industriel et commercial, et notamment de nombreuses personnes dans les secteurs sociaux, comme les sociétés d'HLM, les caisses de sécurité sociale ou des associations à but social. À celles-là, il faut ajouter les entreprises commerciales agissant en matière de réseau et qui sont sous contrôle des personnes publiques, ou celle qui bénéficient de droits spéciaux et exclusifs — une licence 5G, un monopole — si ces droits n'ont pas été accordés après une mise en concurrence[3]. Lorsqu'il s'agit de sociétés commerciales, ces personnes passant des marchés publics peuvent aussi être en difficulté (et non pas leurs cocontractants), même si cela est rare[4]. On le voit, le champ de la commande publique est large lorsqu'il s'agit de déterminer qui passe ces contrats.

Sur le plan matériel, la notion de commande publique est aussi très large. Contrairement à une opinion répandue, les marchés publics ne se limitent pas, ni en fait ni en droit, à certains biens et services. Depuis bien longtemps, la quasi-totalité des biens est visée, grâce à la référence à un triple objet : travaux, fournitures et services. Derrière cela, on va trouver tous les biens immeubles, tous les biens meubles et tous les services, qui doivent donc être achetés en respectant le code de la commande publique. Cela va de la construction d'une mairie annexe aux services de nettoyage, en passant par les tables, chaises, matériels informatiques ou consommables, de sorte que tout ce qui est acheté par les personnes soumises au code doit l'être en application du Code. On comprend mieux l'impact économique de la commande publique, et il faut être convaincu qu'une grande partie de nos entreprises peuvent accéder à ces contrats et se voir confrontées à nos enjeux si elles sont en difficulté.

Globalement, les questions qui se poseront entre le droit de la commande et le droit des entreprises en difficulté concerneront deux cas de figure. D'abord celui des entreprises en difficulté qui voudront répondre à un marché public, parce que ses cocontractants habituels

---

d'autres prestations annexes. Les marchés de partenariat sont des contrats globaux, avec une mission de pré-financement privé en plus. Ces contrats sont soumis à des conditions particulières pour être utilisées.

[3] Comme cela a été le cas des licences 4G et 5G, de sorte que les opérateurs privés qui en ont bénéficié ne doivent pas passer leurs contrats en application du code de la commande publique, alors que cela aurait pu être le cas si l'État leur avait donné la licence sans mise en concurrence.

[4] Il existe pourtant un exemple avec un SA d'HLM en Guyane qui a fait faillite, le problème de la continuation des marchés publics se posait alors parce qu'elle ne pouvait payer ses entreprises cocontractantes créancières. Une situation exactement inverse des questions qui seront abordées.

sont ceux-là et que sans accès à ces marchés, elle ne peut sortir des difficultés. Ensuite celui des entreprises qui ont des difficultés alors qu'elles exécutent un contrat de la commande publique. La question est alors celle des possibilités de continuer à exécuter le contrat de la commande publique en cours. Outre les contraintes techniques, qui décide la continuation du contrat ? C'est à ce niveau que les intérêts généraux du droit des entreprises en difficulté et du droit de la commande publique s'opposent de la manière la plus évidente : d'un côté l'intérêt de l'entreprise est de continuer ou d'arrêter le contrat en fonction des conditions de sa survie ; de l'autre l'intérêt de la personne publique est de continuer à de résilier le contrat en fonction du respect du principe de continuité du service public qui guide son action.

Au-delà de cette continuité, différents enjeux sont en réalité présents dans ces situations. Les premiers sont des enjeux de principes : les objectifs du droit des entreprises en difficulté consistant à défendre à la fois l'entreprise elle-même et le système économique s'opposent ainsi à la fois aux principes du service public (continuité, mais aussi égalité et adaptabilité) et aux principes de la commande publique figurant aujourd'hui à l'article L. 3 CCP (liberté d'accès, égalité de traitement et transparence). Les deuxièmes enjeux sont économiques, il s'agit de concilier les impératifs de sécurité du contrat, notamment les nécessités de vérifier qu'il pourra être mené à son terme, avec les nécessités de ne pas priver les entreprises en difficulté de poursuivre leur activité. Du côté de la personne publique, il s'agit de ne pas avoir payé à l'aide de deniers public des avances pour des contrats qui ne seront jamais effectués. Enfin, le troisième enjeu est juridique : il faut concilier le Code de la commande publique avec les dispositions du Livre 6 du Code de commerce. Or, ce qui ne manque pas de piquant pour les publicistes, ce sont bien les enjeux des entreprises qui vont primer sur ceux des acheteurs publics ou parapublics.

La façon donc les deux droits se concilient dépend bien entendu du moment de la procédure. Les articles suivants envisagent donc d'abord la situation dans laquelle la volonté est de maintenir l'activité de l'entreprise (I), puis la façon dont il est possible de gérer la liquidation judiciaire (II).

*I) CP et entreprises en difficulté : Vade m*ecum du maintien de l'activité

II) CP et entreprises en difficulté : gérer la liquidation judiciaire