



HAL
open science

Commande publique et entreprises en difficulté: vade mecum du maintien de l'activité

Grégory Kalfleche, Nathalie Thomas, Caroline Sayag

► To cite this version:

Grégory Kalfleche, Nathalie Thomas, Caroline Sayag. Commande publique et entreprises en difficulté: vade mecum du maintien de l'activité. *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2022, 2022 (2), pp.1-5. hal-03661107

HAL Id: hal-03661107

<https://hal.science/hal-03661107v1>

Submitted on 6 May 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.

Commande publique et entreprises en difficulté : *vade mecum* du maintien de l'activité

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

L'entreprise en difficulté n'agit pas toujours dans la sphère purement privée de notre économie. Par leurs commandes publiques, les personnes publiques et même un nombre non négligeable de personnes privées¹ font vivre partiellement ou totalement des centaines d'entreprises. Lorsque l'une d'entre-elles est en difficulté, elle se trouve confrontée à la gestion de ces cocontractants spéciaux que sont les pouvoirs adjudicateurs. Lorsqu'il est encore temps de maintenir l'activité de l'entreprise, les spécificités sont nombreuses dans la gestion de ces contrats, et cela aussi bien au stade de la soumission aux marchés publics (I), qu'au stade de l'exécution des marchés publics en cours en période d'observation (II), ou, enfin, lorsqu'il s'agit de céder ces contrats publics en plan de cession (III).

I) Soumissionner aux marchés publics

Il y a aujourd'hui de très nombreuses sociétés connaissant des difficultés qui se trouvent confrontées aux conditions restrictives d'accès à la commande publique, tant le nombre d'entreprises répondant aux procédures de passation de ces contrats est important. C'est le cas par exemple des sociétés exerçant une activité dans le domaine de la sécurité, de la construction en général (bâtiment, travaux de peinture, électricité...), de l'imprimerie, du nettoyage, etc. À l'occasion des premiers rendez-vous de consultation avec les chefs d'entreprise dont la clientèle est essentiellement publique la première inquiétude est celle de l'accès aux marchés publics dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective. Relever le défi de l'accès à la commande publique est alors un enjeu majeur de la survie de l'entreprise.

Le Code de la commande publique prévoit en effet aux articles L. 2141-1 et suivants des cas d'exclusions à soumissionner aux marchés publics : quatre d'entre-eux sont susceptibles d'exclure les entreprises en difficulté de la commande publique. C'est le cas premièrement des entreprises qui ne sont pas à jour de leurs obligations fiscales et sociales², deuxièmement des entreprises en liquidation judiciaire³, troisièmement des personnes qui font l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer⁴ et quatrièmement des entreprises faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, qui ne bénéficient pas d'un plan ou ne

¹ Cf. avant-propos dans ce numéro.

² L.2141-2 du Code de la commande publique

³ L.2141-3 1° du Code de la commande publique

⁴ L.2141-3 2° du Code de la commande publique

justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible du marché.

Il faut cependant avoir à l'esprit une exception générale aux cas d'exclusion, prévu aux articles L. 2141-6 et L. 2341-4 et L. 3123-6 CCP⁵, qui autorise à titre exceptionnel qu'un opérateur économique qui serait dans un cas d'exclusion soit autorisé à participer à la procédure de passation d'un marché à la triple condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le marché en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un état membre de l'Union européenne n'exclue pas expressément cet opérateur.

Deux cas d'exclusion méritent une attention particulière et ont conduit à des solutions spécifiques aux entreprises en difficulté dans la pratique.

A) Premier cas d'exclusion : l'entreprise qui n'est pas à jour de ses obligations fiscales et sociales

Si l'entreprise n'est pas à jour de ses obligations fiscales et sociales, elle se trouve dans l'impossibilité d'obtenir l'attestation de vigilance délivrée par l'URSSAF ou l'attestation de régularité fiscale délivrée par l'administration fiscale. Or, pour répondre à un marché public, elle doit s'engager sur l'honneur à avoir respecté ces obligations, et fournir lesdites attestations si elle remporte le marché. Deux situations sont à distinguer.

La première est celle dans laquelle l'entreprise est en procédure amiable. On le sait, le Code de la Commande publique n'exclut pas des appels d'offres les entreprises bénéficiant d'une procédure de prévention des difficultés (mandat *ad hoc*, conciliation, article L. 611-3 et suivants du Code de Commerce) ouvertes au visa du Livre VI du Code de commerce. Néanmoins et dans la pratique, le chef d'entreprise qui sollicite l'ouverture d'une procédure de prévention a le plus souvent des dettes sociales et fiscales impayées et ne parvient pas à obtenir les attestations précitées pour soumissionner. Si le Livre VI du code ne prévoit aucun régime spécifique pour obtenir ces attestations, la pratique montre que la situation pourra être débloquée par le jeu de la négociation, étant précisé que le règlement du précompte est le préalable aux discussions qui doivent s'engager avec les différents organismes. Le sérieux du dirigeant, le nombre de salariés, la présentation d'un *business plan* cohérent sont autant d'éléments nécessaires à l'obtention d'un plan d'étalement adapté aux capacités contributives de l'entreprise. Avant qu'un moratoire ait été négocié, le conciliateur peut, au cas par cas, obtenir des organismes fiscaux et sociaux qu'ils délivrent l'attestation de régularité. Après le moratoire, les attestations pourront sans difficulté être délivrées.

La seconde situation est celle dans laquelle les entreprises sont en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Dans cette hypothèse, le problème est que l'article L. 622-7 c. com. interdit le paiement des dettes antérieures, ce qui exclut les dettes fiscales et sociales et empêche donc a priori d'obtenir les attestations. La solution vient d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2016⁶ qui précise que résulte justement de cette interdiction du paiement des dettes antérieures « que les cotisations et contributions sociales afférentes à la période antérieure au jugement d'ouverture ne sont plus exigibles au sens de l'article L. 243-15 du Code de la sécurité sociale » et que les organismes sociaux doivent donc fournir les certificats demandés. À notre sens, cette solution doit s'appliquer par analogie à toutes les dettes sociales et fiscales.

⁵ Le premier est applicable aux marchés publics classiques, le deuxième aux marchés publics de la défense et de la sécurité, le troisième aux concessions.

⁶ Cass. Civ. 2, 16 juin 2016, n° 15-20.231, F-P+B

B) Deuxième cas d'exclusion : l'entreprise est en redressement judiciaire, mais n'a pas encore fait l'objet d'un plan.

L'article L. 2141-3 3° CCP dispose que « sont exclues les entreprises faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, qui ne bénéficient pas d'un plan ou ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible du marché. » Notons que les entreprises en procédure de sauvegarde ne sont pas visées par ce cas d'exclusion, pas plus que les entreprises dont le plan de redressement par voie de continuation a été arrêté⁷.

L'obstacle demeure pour l'entreprise qui n'a pas encore obtenu son plan de redressement. L'article L. 2141-3, 3° CCP publique impose à l'entreprise qui se trouve dans cette situation de justifier qu'elle est habilitée à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Cette obligation légale pose dans la pratique une difficulté majeure dans la mesure où la durée d'un marché public est souvent supérieure à la durée de la période d'observation (18 mois maximum) d'autant que celle-ci est scindée en plusieurs phases de poursuite et de renouvellement. En réalité, à cet égard, il faut distinguer les marchés publics ponctuels (comme certains des marchés de fournitures), qui se terminent rapidement, de marchés de plus longue durée comme des marchés à bons de commande dans lesquels les fournitures sont livrées au fur et à mesure sur plusieurs mois ou années, et bien entendu les marchés de travaux. Pour les premiers, la possibilité de répondre est plus simple, parce que la durée d'exécution du marché est faible, mais pour les seconds, et notamment en matière de travaux publics, la question va être bien plus centrale.

Plusieurs solutions ont été imaginées par la pratique, solutions qui ne font pas aujourd'hui un consensus, mais qui ont le mérite de tenter d'apporter une réponse concrète à des situations dans lesquelles l'impossibilité de soumissionner à un marché public pourrait compromettre la survie de l'entreprise.

La première solution consiste à renouveler de manière anticipée la période d'observation. On le sait, celle-ci court de l'ouverture de la procédure collective jusqu'au jugement qui y met fin. Elle doit permettre au chef d'entreprise de justifier sa capacité à poursuivre son activité sans générer de nouvelles dettes et au Tribunal de surveiller les conditions de cette poursuite d'activité en veillant à ce qu'il n'y ait pas d'aggravation de la situation économique et financière de la société. L'article L. 631-15 c. com. confère au Tribunal le pouvoir d'ordonner la poursuite d'activité à l'issue d'un délai de deux mois s'il lui apparaît que les conditions de financement sont suffisantes. Après cette première étape de contrôle de la situation de l'entreprise par le Tribunal, celle-ci est à nouveau examinée dans les 6 mois du jugement d'ouverture⁸. À l'issue des 12 mois, le Tribunal peut autoriser une prolongation exceptionnelle de la période d'observation pour 6 mois supplémentaires à la requête exclusive du ministère public. La solution imaginée par certains praticiens a été de solliciter dès après l'ouverture de la procédure un renouvellement anticipé de la période d'observation. La solution est pragmatique et trouve des applications utiles. Cependant, elle se heurte aux dispositions d'ordre public qui prévoient un cadencement judiciaire permettant au Tribunal de contrôler à chaque étape de la procédure la situation de l'entreprise pour autoriser ou refuser la poursuite

⁷ Hypothèse prévue depuis la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique*, dite ASAP

⁸ Article L. 621-3 auquel renvoie l'article L. 631-7 du c. com.

de l'activité, préservant ainsi la situation des salariés et des créanciers. Elle apparaît donc comme une solution qui ne peut jouer que ponctuellement et dans des situations précises.

La deuxième solution consiste à saisir le juge-commissaire afin que ce dernier autorise la société à soumissionner. L'article L. 621-9 c. com le charge en effet de « veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence », ce qui le conduit à se positionner sur la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité, alors que cette décision relève de la compétence exclusive du Tribunal. Cette piste de réflexion se heurte également au fait que la soumission à un marché est un acte de gestion courante qui relève des pouvoirs du chef d'entreprise.

La solution la plus efficace n'est-elle pas de permettre à l'entreprise d'obtenir son plan dans les plus brefs délais ? Pour cela, la nouvelle procédure dite de « traitement de sortie de crise »⁹ peut apporter une réponse pour autant que l'entreprise en remplisse les conditions d'accès, à savoir être à la fois une entreprise employant à la date de la demande, un maximum de 20 salariés et ayant au plus trois millions d'euros de total de passif hors capitaux propres, appréciés à la date de clôture du dernier exercice. Cette procédure permet l'adoption rapide d'un plan de redressement après un contrôle de la situation de l'entreprise par le tribunal, avec désignation d'un mandataire unique avec une mission de simple surveillance, de contrôle du passif et d'assistance à l'élaboration du plan.

D'autres solutions sont aussi envisageables pour permettre à l'entreprise de soumissionner. Certains professionnels du *restructuring* ont par exemple imaginé la création d'une filiale qui serait dès lors *in bonis* et pourrait soumissionner aux marchés publics et sous-traiter le marché à l'entreprise en difficulté. Une telle solution reconte de nombreux écueils et il convient d'écarter cette possibilité. En effet, le transfert des marchés à une filiale pourrait être assimilé à une distraction de l'actif de la société en période d'observation, sans compter que la sous-traitance intégrale d'un marché public est interdite, ce qui conduirait la société filiale candidate à devoir en réaliser une partie et à ne pas tout sous-traiter à la société mère.

Après les difficultés de candidatures, se posent aussi des questions concernant l'exécution des marchés en cours lorsque l'entreprise est en période d'observation.

II) Exécuter les marchés publics en période d'observation

A) Le traitement des marchés en cours d'exécution pendant la période d'observation

La première question à se poser est celle du moment auquel on peut considérer qu'un marché est en cours d'exécution au sens de l'article L. 622-13 c. com. Il existe en effet un décalage de temps entre l'attribution du marché par le pouvoir adjudicateur et la signature effective du contrat puisque pendant cette période, un référé précontractuel¹⁰ peut être diligenté par un tiers afin d'empêcher la signature du contrat. La décision d'attribuer le marché n'est d'ailleurs pas créatrice de droit, il faut attendre la signature du marché, le plus souvent 15 jours

⁹ Procédure issue de l'art. 13 de la loi 2021-689 du 31 mai 2020,

¹⁰ Recours rapide, en la forme des référés, le plus souvent à juge unique, permettant de reprendre une procédure de marchés publics ou de concessions au moment où une éventuelle illégalité a eu lieu. On le trouve aux articles L. 551-1 et s. CJA

après la décision d'attribution du contrat¹¹ afin que le contrat soit considéré comme en cours d'exécution.

La seconde question concerne l'application de l'article L. 622-13 c. com. à tous les marchés publics, celui-ci laissant penser que les « contrats en cours » au sens de ce texte sont les contrats de fourniture ou de prestations dont bénéficie le débiteur afin de pouvoir exercer son activité et non les contrats constituant son activité et dont bénéficient ses cocontractants/clients. Cependant, la lecture avec le II) al. 1^{er} permet d'étendre le champ d'application de cet article aux contrats constituant l'activité du débiteur : « l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. » Il est ici fait état de la prestation que doit la débitrice, ce qui ouvre aux marchés publics en cours d'exécution au moment de l'ouverture de la procédure la possible qualification de contrats en cours, même si à notre sens ce n'était pas la raison d'être du texte. Le doute est d'autant moins permis que l'article L 2195-4 CCP et les CCAG confirment, de manière expresse, l'application de l'article L 622-13 c. com. aux marchés publics.

Ainsi, puisque les dispositions de l'article L. 622-13 sont applicables, le marché en cours d'exécution ne peut pas être résilié du seul effet de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire peut en exiger la poursuite et le mécanisme de la mise en demeure et de l'option de l'article s'applique et s'articule avec l'obligation d'information du pouvoir adjudicateur par l'entreprise en redressement judiciaire.

B) L'obligation d'information de la commande publique sur le redressement judiciaire

L'article L. 2195-4 CCP prévoit que la société débitrice doit informer l'acheteur public de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à son encontre, obligation qui n'existe en revanche pas pour la sauvegarde. La loi ASAP a modifié l'état du droit : avant ce texte, le défaut d'information de l'acheteur public constituait *per se* une cause de résiliation du marché. Depuis la loi ASAP, l'obligation d'information n'est plus sanctionnée par la faculté, pour l'acheteur public, de résilier le contrat. La question se pose de savoir qui doit informer l'acheteur public. Le débiteur ou l'administrateur judiciaire ?

La solution dépend de la mission qui aura été confiée à l'administrateur judiciaire. Lors d'une mission d'assistance ou de surveillance l'administrateur judiciaire doit veiller au respect des règles par le débiteur et, en conséquence, à ce que le débiteur informe les pouvoirs adjudicateurs avec lesquels il a un contrat en cours d'exécution de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. L'administrateur judiciaire lui-même n'est pas tenu de procéder à cette information. Lors d'une mission de représentation, en revanche, c'est bien l'administrateur judiciaire lui-même qui doit procéder à cette information. Enfin, dans l'hypothèse où la procédure de redressement judiciaire a été ouverte sans désignation d'un administrateur judiciaire, l'obligation d'information ne pèse en aucun cas sur le mandataire judiciaire.

Une bonne pratique peut-être, pour le mandataire judiciaire, d'inviter le débiteur qui remet la liste des marchés publics en cours d'exécution à informer les différents pouvoirs adjudicateurs et les membres des groupements auxquels il appartient de l'ouverture du redressement judiciaire.

¹¹ L. 551-1 CJA

C) L'application de l'article L 622-13 c. com : mise en demeure et responsabilité de l'option

La question se pose de savoir quels sont les critères que l'administrateur judiciaire chargé d'opter, après mise en demeure du pouvoir adjudicateur, va prendre en compte pour opter soit pour la poursuite, soit pour la résiliation du marché en cours. L'administrateur judiciaire devra tout d'abord, en application du texte, apprécier si l'entreprise a la faculté de fournir la prestation due au cocontractant et pour ce faire, se référera essentiellement à la situation de trésorerie de l'entreprise et au prévisionnel d'exploitation établi. L'administrateur judiciaire devra également apprécier si le marché en cours, et sur la poursuite duquel il lui est demandé d'opter, est rentable pour l'entreprise débitrice ; il ne saurait en effet faire perdurer une situation de travail « à perte » de l'entreprise en difficulté. Enfin, l'administrateur judiciaire devra également vérifier que l'entreprise dispose des moyens humains nécessaires à l'exécution du contrat. À cet égard, la crise sanitaire et les absences de salariées qui ont découlé des contaminations à la Covid-19 ont été un facteur de désorganisation importante pour les entreprises dont l'exécution des contrats a pu être affectée par la pénurie de main-d'œuvre notamment qualifiée résultant de cette situation. C'est ainsi que des contrats ont dû être aménagés dans ce contexte exceptionnel pour prévenir d'éventuelles pénalités. Il convient ici de rappeler que l'administrateur judiciaire peut bénéficier d'une prorogation du délai d'option, cette prorogation lui permettant le cas échéant d'apprécier ces différents éléments.

Si l'administrateur judiciaire se prononce pour la continuation du marché, la personne publique ne peut, sans commettre de faute, procéder à sa résiliation de manière unilatérale¹², sauf pour motif d'intérêt général. Dans le cas où le marché est résilié à l'initiative de l'administrateur judiciaire, l'acheteur public ne devra aucune indemnisation à la débitrice ; au contraire même, il déclarera probablement une créance au passif pour les dommages qu'il subirait du fait de cette résiliation. En revanche, dans le cas où l'administration, nonobstant la volonté de l'administrateur judiciaire de poursuivre le contrat, prononçait la résiliation unilatérale de celui-ci pour motif d'intérêt général, elle devrait indemniser la débitrice.

Quelques remarques sur la responsabilité de l'administrateur judiciaire qui opte pour la poursuite d'un marché. L'administrateur judiciaire doit être particulièrement vigilant lorsque l'entreprise placée en procédure de redressement judiciaire est mandataire d'un groupement et il doit s'assurer de la bonne affectation des fonds encaissés par le débiteur pour le compte des entreprises cotraitantes. Le professionnel doit également s'assurer que le débiteur en sa qualité de mandataire commun exécute correctement les obligations spécifiques prévues dans la convention de groupement (le mandataire coordonne l'intervention des entreprises, assure la gestion administrative et financière du marché et représente le groupement auprès du maître d'ouvrage).

D) Le financement de l'activité en période d'observation

Il s'agit là de l'une des plus grosses difficultés que nous rencontrons en pratique dans le cadre des marchés publics de travaux. Tout d'abord, les sous-traitants, créanciers antérieurs bénéficiant de l'action directe, l'auront exercée et les fonds seront bloqués entre les mains du

¹² CE, 24 octobre 1990, *Régie immobilière de la ville de Paris*, n° 87327, 88242

maître de l'ouvrage, interdisant de facto à l'entreprise en redressement judiciaire de disposer de cette trésorerie. De plus, et dans nombre de cas, le débiteur aura cédé à une banque ses marchés en cours afin de garantir les prêts consentis et les engagements par signatures (garanties bancaires de restitution d'acompte, de bonne fin, etc... dues aux maîtres d'ouvrages) ; il s'agit de la cession Dailly garantie. Au jour de l'ouverture, la banque mettra en jeu la cession Dailly garantie, bloquant ainsi toutes les recettes de l'entreprise : cette mise en jeu a été validée à de nombreuses reprises par la Cour de cassation et elle peut être considérée, à l'instar de la fiducie, comme la reine des sûretés. Ce phénomène va d'ailleurs tendre à s'accroître avec l'ordonnance réformant les sûretés qui autorise désormais les cessions de créances (non Dailly) à titre de garantie... Là où seules les banques pouvaient bénéficier de cessions de créances à titre de garantie, les fournisseurs vont pouvoir exiger la même chose pour garantir le paiement du prix des fournitures qu'ils livrent.

On doit d'ailleurs noter que la cession de créances est soumise à un droit particulier en matière de marchés publics. Cela concerne d'abord concernant son champ d'application puisque les cessions de créances ne sont prévues que pour ceux-ci et non pour les concessions¹³. Ensuite, deux modalités sont prévues dans le code : la cession ou le nantissement de créance. La cession Dailly est ouverte aux personnes publiques depuis un arrêt¹⁴ de 2003, mais le législateur a prévu que celle-ci soit moins protectrice pour la banque en matière de marchés publics. Elle ne peut en effet porter que sur 80 % de la créance cédée¹⁵ pour éviter les problèmes dus au non-paiement des malfaçons ou des retards (une sorte de garantie dans la garantie), et il faut que l'acceptation soit conditionnée par la réalisation des investissements prévus au contrat, en non qu'elle puisse découler du moment où la cession aura été souscrite. On notera que la cession ou le nantissement doivent être notifiés par la banque au comptable assignataire¹⁶ et le titulaire du marché devant remettre son exemplaire unique.

En outre, les maîtres d'œuvre et d'ouvrages seront réticents à signer les DGD¹⁷ et par conséquent à débloquer les paiements compte tenu du risque accru de défaillance de l'entreprise en période d'observation, outre l'application de pénalités de retard, etc... Enfin, les délais de règlement par les personnes publiques sont en pratique très longs ce qui obère le financement du « besoin de fonds de roulement », qui est pour sa part d'autant plus important que les fournisseurs n'accordent plus de délais de règlement pendant la période d'observation. À cet égard, il convient de préciser qu'en cas de dépassement des délais de règlement fixés, l'acheteur public, ou plus exactement le comptable public chargé du paiement, doit automatiquement, verser à l'entreprise des intérêts moratoires. Si tel n'est pas le cas il convient de les réclamer.

Compte tenu de la difficulté de financer l'activité de l'entreprise, notamment lorsqu'elle est essentiellement constituée de travaux publics, les administrateurs judiciaires sont rapidement contraints de diligenter des appels d'offres destinés à la reprise, par un tiers, de l'entreprise.

¹³ Il existe un mécanisme particulier pour les marchés de partenariat aux art L 2232-2 et s. CCP

¹⁴ CE 25 juin 2003, *Caisse centrale de crédit mutuel du nord de la France*, n°240679

¹⁵ L. 313-29-1 code monétaire et financier. Il s'agit là d'un mécanisme de spécialisation du droit des sûretés en droit administratif qui été théorisée par une thèse récente comme la mise en place d'une véritable notion de sûretés réelles administrative, cf. Morgan SCHMIEDERER, *Les sûretés réelles administratives*, Université Toulouse 1 Capitole, codirection avec J.-G. SORBARA ET G. KALFLECHE, Dactyl. 2021

¹⁶ R. 2191-46 CCP

¹⁷ Décompte général et définitif

III) Céder les marchés publics en plan de cession

La cession des contrats est l'un des enjeux majeurs du droit des entreprises en difficulté dans le cadre des plans de cession. Le droit applicable est à l'article L. 642-7 c. com.¹⁸, dont l'applicabilité aux marchés publics n'est pas évidente. En effet le texte prévoit que les contrats susceptibles de faire l'objet d'une transmission forcée soient les contrats nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise, ce qui semble regrouper les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services dont bénéficie la débitrice pour pouvoir elle-même, ensuite, respecter les engagements qu'elle a pris à l'égard de ses clients. Or, il est rare qu'un cocontractant des acheteurs soumis au Code de la commande publique se fournisse auprès de lui, c'est au contraire le plus souvent lui qui fournit des biens et des services à l'acheteur public, puisque le marché a, par définition, pour objet de satisfaire un *besoin* de celui qui le conclue¹⁹.

De plus et à supposer que les contrats nécessaires au maintien de l'activité comprennent en leur sein les contrats « clients », il convient de noter que le texte vise les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services, à l'exclusion des contrats de louage d'ouvrage recouvrant notamment les travaux publics.

La pratique comme la jurisprudence administrative ne semblent pas s'encombrer de tels questionnements : il est quasi systématique que les contrats « clients », y compris les marchés de travaux publics, soient cédés sur le fondement de l'article L. 642-7 précité. Ainsi, dans un arrêt du 26 janvier 2006,²⁰ la CAA de Nancy a-t-elle validé l'application de ce texte en décidant qu'en vertu du plan de cession, opposable à tous et notamment au maître d'ouvrage, la société cessionnaire avait nécessairement repris les droits et obligations résultant du marché initial sans qu'aient été nécessaires ni la conclusion d'un avenant au contrat initial, ni l'autorisation du maître d'ouvrage.

Sur le plan procédural, l'administrateur judiciaire doit toutefois s'assurer que le repreneur dispose de tous les agréments et qualifications éventuellement requis pour assurer la poursuite des marchés. On peut ainsi recommander qu'à l'audience, les cocontractants régulièrement convoqués puissent disposer des toutes les informations pour s'exprimer sur la poursuite ou non du contrat, cela afin d'éviter toutes les difficultés qui pourraient apparaître lors de la signature des actes de cession.

Cependant, la compatibilité de cette procédure de cession avec les principes de la commande publique n'est pas non plus certaine. En effet, les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures, peuvent être considérés comme interdisant la libre cession de contrats qui ont été conclus dans le cadre d'une mise en concurrence organisée de manière stricte, sous peine de nier l'intérêt de cette mise en concurrence. Il convient ici de rappeler que les administrateurs judiciaires sont tenus de réaliser, préalablement à la cession du contrat, la plus large publicité afin que tous les candidats potentiels puissent se manifester et déposer entre ses mains une offre de reprise de l'entreprise et, partant, de ses marchés. Mais cela ne suffit pas pour rendre la cession légale puisqu'il ne s'agit pas formellement d'une remise en concurrence dans les mêmes conditions. Le droit administratif impose ainsi deux conditions supplémentaires. La première est que toute cession se fait avec l'accord du cédé, c'est-à-dire de

¹⁸ L. 642-7 c. com. « Le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité *au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné* »

¹⁹ Article L. 2 CCP

²⁰ CAA Nancy, 26 janvier 2006, *Jean-Pierre Y*, n° 00NC01239

l'acheteur qui a passé le marché public²¹. Le refus peut être fondé sur plusieurs motifs dit un avis du Conseil d'État²², notamment les trop faibles garanties professionnelles du preneur et sa capacité à assurer la continuité du service public. La seconde correspond à l'effet des principes de la commande publique : la cession n'est possible que si le contrat n'est pas modifié au point de remettre en cause ses « éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat » ou à « modifier substantiellement l'économie dudit contrat ». Dans ce cas, la résiliation du contrat et sa remise en concurrence sont nécessaires... Reste qu'il est possible que la remise en concurrence soit réalisée avant la résiliation et que le repreneur possible soit sélectionné faute de concurrence.

Se posent ensuite de vraies difficultés concernant l'état des travaux réalisés par le débiteur et dont le règlement à venir doit être versé à la débitrice ou son liquidateur judiciaire et l'état des travaux à réaliser qui seront réglés au repreneur. En pratique, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur judiciaire fera désigner par le juge-commissaire, un tiers expert qui établira cette césure. Il est donc impératif pour les candidats repreneurs, lors de la rédaction des offres de reprise de prévoir à la fois quels marchés seront repris, quel sera le sort des règlements postérieurs à la cession et si le repreneur laissera au liquidateur ou au tiers expert l'accès aux logiciels du débiteur, même s'ils font partie du périmètre de l'offre.

²¹ L'obligation d'accord du cédé n'est pas textuelle, mais elle vient d'une jurisprudence ancienne et constante : CE 20 janvier 1905, Cie départementale des eaux, rec. p. 54.

²² Avis du Conseil d'État du 8 avril 2000, n° 364803