

N° 421844

Société Dauphin Télécom

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 9 janvier 2019

Lecture du 25 janvier 2019

- B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La principale question que présente à juger le pourvoi qui vient d'être appelé est de celles que l'on s'attend davantage à entendre à la Chambre commerciale de la Cour de cassation qu'au Conseil d'Etat. Elle se formule simplement : une entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement doit-elle être regardée comme *"admise à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce"* au sens et pour l'application des dispositions du c) du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui prévoient que les entreprises se trouvant dans cette situation doivent être exclues de la procédure de passation des marchés publics sauf si elles justifient *"avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public"* ? Cette justification est apportée, précise le IV de l'article 51 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, pour les entreprises en redressement judiciaire par la production *"de la copie du ou des jugements prononcés"*.

Cette obligation de production était également imposée aux candidats en situation de redressement judiciaire par le règlement de la consultation lancée en septembre 2016 par la collectivité d'outre-mer (COM) de Saint-Barthélemy en vue de la passation, selon la procédure négociée, d'un marché public global de performance en vue d'assurer la conception, la réalisation et l'exploitation du réseau de communications électroniques à très haut débit de son territoire. Quatre groupements se sont présentés; trois ont été admis à présenter une offre. Celle du groupement dont la société Dauphin Télécom était mandataire a finalement été retenue. La société Solutechn.net, mandataire de l'un des deux autres groupements ayant déposé une offre, a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Saint-Barthélemy de conclusions aux fins d'annulation de la procédure et d'injonction à la collectivité de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres après avoir écarté celle de Dauphin Telecom.

Par une ordonnance du 13 juin 2018 contre laquelle cette dernière société se pourvoit en cassation, le juge du référé a annulé la procédure et rejeté le surplus des conclusions du recours. La société Solutechn.net présente des conclusions incidentes tendant à l'annulation de l'ordonnance en tant qu'elle ne limite pas la portée de l'annulation prononcée aux actes intervenus à compter de l'examen des candidatures.

L'auteur de l'ordonnance attaquée a fondé l'annulation de la procédure sur le manquement consistant, pour le pouvoir adjudicateur, à avoir retenu une offre irrégulière faite pour la société

Dauphin Télécom, qui faisait l'objet d'un plan de redressement judiciaire depuis 2010, d'avoir joint à son dossier de candidature les jugements prononcés dans ce cadre.

Le premier des deux moyens du pourvoi de la société Dauphin Télécom est tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en considérant qu'une société faisant l'objet d'un plan de redressement par voie de continuation devait être regardée comme étant "admise à la procédure de redressement judiciaire".

Il convient pour répondre à ce moyen de commencer par rappeler brièvement les principales étapes de la procédure de redressement judiciaire, telle qu'elle résulte des articles L. 631-1 et suivants du code de commerce.

Cette procédure est ouverte, aux termes du premier de ces articles, au débiteur qui se trouve en situation de cessation des paiements, car son actif disponible ne lui permet pas de faire face au passif exigible. Elle "*est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*" (art L. 631-1). "*Elle donne lieu - précise encore le même article - à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation*".

La procédure de redressement judiciaire débute par un jugement d'ouverture, qui débouche sur une période dite d'observation, parce qu'elle est destinée à porter un diagnostic sur les causes et l'importance des difficultés et à tenter l'élaboration d'un projet de plan. Pendant cette période d'observation, l'activité de l'entreprise continue, mais son dirigeant est soumis au contrôle du juge commissaire et une partie de ses pouvoirs peut être transférée à un administrateur judiciaire qui exerce, selon ce qu'à prévu le juge, des missions de surveillance, d'assistance voire de représentation. De manière générale, il ne peut effectuer que des actes de gestion courante. Il ne peut disposer des biens de l'entreprise, sauf autorisation du juge, ni procéder à des paiements.

La période d'observation du redressement judiciaire prend fin de trois façons : soit par une décision de clôture du redressement judiciaire sur démonstration de la capacité du débiteur à payer son passif exigible et les frais la procédure, soit par une conversion en liquidation judiciaire, soit enfin par l'adoption d'un plan de redressement.

Le plan de redressement, élaboré par l'administrateur judiciaire, vise à réorganiser l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Il comporte un volet économique et social ainsi qu'un volet financier déterminant les modalités de règlement du passif. La durée du plan est fixée par le tribunal, sans pouvoir excéder 10 ans (art L. 626-12 du code de commerce). Au cours de son exécution, le débiteur retrouve une grande partie des droits dont il avait été privé au cours de la période d'observation : L'interdiction d'émettre des chèques est, notamment, automatiquement levée (C. com., art. L. 626-13). Le débiteur retrouve ses pouvoirs de gestion sous réserve des prérogatives attribuées à l'administrateur pour la mise en oeuvre du plan (C. com., art. L. 626-24) et au commissaire à l'exécution du plan chargé de veiller à son exécution (C. com., art. L. 626-25), ainsi que des dispositions particulières du plan qui peut, par exemple, interdire la cession de certains biens ou la soumettre à autorisation (art L. 626-14). Les créances antérieures au redressement de l'entreprise ne peuvent être payées en dehors du plan d'apurement du passif.

La fin de la phase de redressement se traduit toujours par une décision de justice, qui soit constate la bonne exécution du plan - "*Quand il est établi que les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus, celui-ci, à la requête du commissaire à l'exécution du plan, du débiteur ou de tout intéressé, constate que l'exécution du plan est achevée*" (art L. 626-28) -, soit

prononce sa résolution, du fait soit de manquements du débiteurs à ses obligations, soit du constat de la cessation des paiements, c'est à dire de l'échec du plan (art L. 626-27), ouvrant la voie à la liquidation judiciaire.

Tel est, brossé à très gros traits, le cadre légal dans lequel s'inscrit la question qui vous est posée de savoir si l'entreprise qui fait l'objet d'un plan de redressement doit être considérée comme étant en "*admise à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce*". Précisons que si la plupart des dispositions qui régissent l'exécution du plan de redressement figurent aux articles L. 629-2 et suivants, relatifs aux plans de sauvegarde, c'est par renvoi du premier alinéa de l'article L. 631-19 qui les rend, à quelques exceptions près, applicables aux plans de redressements.

La société requérante soutient que la procédure de redressement judiciaire ne devrait s'entendre, pour l'application de ces dispositions, que de la phase d'observation. Elle fait valoir que le rétablissement du débiteur dans ses droits au terme de cette période, son retour à une situation "in bonis" au cours de l'exécution du plan, ne justifient plus qu'il fasse l'objet d'une suspicion particulière de la part du pouvoir adjudicateur.

Plusieurs raisons nous font sérieusement hésiter à la suivre dans cette voie.

La première tient aux dispositions législatives qui régissent tant la procédure de redressement judiciaire que les interdictions de soumissionner. Les dispositions régissant le plan de redressement figurent au chapitre 1er, intitulé "*De l'ouverture et du déroulement du redressement judiciaire*", d'un Titre III, intitulé "*Du redressement judiciaire*". Le plan de redressement fait donc partie de la procédure de redressement judiciaire. Si l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics avait entendu limiter le champ d'application de la règle posée au c) du 3° de l'article 45 à la période d'observation, elle l'aurait écrit, au lieu de recourir à une formulation générale qui couvre légalement le plan de redressement. Cette rédaction est d'autant moins fortuite que la règle en cause impose la production des jugements, pluriel qui ne s'entend que si elle couvre un champ plus large que la seule phase d'observation.

La deuxième tient à la jurisprudence judiciaire qui conforte cette analyse textuelle en jugeant que la phase d'exécution du plan de redressement fait partie de la procédure de redressement, notamment pour déterminer l'application dans le temps de nouvelles dispositions législatives qui prévoyaient qu'elles ne s'appliquaient pas aux procédures en cours (Com. 18 mars 2008, n° 06-21.306).

La troisième tient à ce que, s'il est exact que le dirigeant de l'entreprise retrouve au cours de l'exécution du plan de redressement la plupart de ses prérogatives de direction et de gestion, il n'en possède toujours pas la plénitude : ses pouvoirs peuvent être limités par les dispositions du plan; il demeure sous le contrôle d'un administrateur et du juge; certains actes lui sont interdits; les créances ne peuvent être honorées que selon la procédure collective définie par le plan. Ces contraintes propres à cette procédure de redressement traduisent la convalescence de l'entreprise, qui sort progressivement, si tout se passe comme prévu, d'une situation de cessation de paiements. Et le plan peut échouer tant qu'il n'est pas complètement exécuté, ainsi que cela ressort des dispositions relatives à la résolution du plan. Cette fragilité économique de l'entreprise représente un risque pour la bonne exécution du marché, qui justifie la règle exigeant la production des décisions de justice habilitant l'entreprise candidate à un marché public à poursuivre ses activités pendant la durée d'exécution du plan de redressement.

Il est vrai que la période d'exécution du plan de redressement peut être longue, jusqu'à 10 ans, ce qui était le cas de la requérante. Mais l'article 45 de l'ordonnance de 2015 n'interdit pas aux entreprises dans cette situation de soumissionner; elle leur impose simplement de justifier auprès du pouvoir adjudicateur qu'elles sont habilitées à poursuivre leur activité en produisant les décisions de justice qui organisent leur activité, c'est à dire celles qui arrêtent le plan de redressement et fixent sa durée. La contrainte que représente le respect de cette règle n'est pas très grande.

Toutes ces raisons nous conduisent à vous proposer de juger qu'une entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement doit être regardée comme admise à la procédure de redressement judiciaire au sens et pour l'application des dispositions du 3° de l'article 45 de l'ordonnance de 2015. Vous confirmerez ainsi la position prise par la CAA de Bordeaux dans un arrêt du 1er décembre 2016 (n°14BX01718, *Sté Entreprise du bâtiment Dus*), dont s'était visiblement inspiré l'auteur de l'ordonnance attaquée et écarterez le premier moyen du pourvoi.

La société requérante soutient en second lieu que le juge du référé aurait inexactement qualifié les faits (sur l'étendue de votre contrôle sur ce point, voyez CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, aux T) en considérant que le manquement retenu avait lésé la candidate évincée alors que les productions exigées par les dispositions du 3° de l'article 45 de l'ordonnance de 2015 ne visent qu'à permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de la capacité de l'entreprise à exécuter le marché, que le jugement arrêtant le plan de redressement a pour effet, par lui-même, de permettre à l'entreprise de poursuivre son activité, de sorte que la production de l'extrait KBis mentionnant ce jugement suffisait à justifier de l'habilitation de l'entreprise à poursuivre ses activités.

Vous ne pourrez davantage la suivre dans ce raisonnement, qui revient à vous inviter à juger que le fait de retenir une candidature irrégulière ne serait pas susceptible de léser un candidat évincé car les documents manquants ne serviraient qu'au pouvoir adjudicateur, voire seraient inutiles.

Or vous avez toujours jugé que le règlement de la consultation était obligatoire dans toutes ses mentions (23 novembre 2005, *Sté Axialogic*, n° 267494, aux T sur ce point) et que les offres incomplètes, c'est à dire qui ne contenaient pas toutes les pièces et renseignements requis par les documents de consultation, étaient des offres irrégulières et donc à éliminer (12 janvier 2012 *Dépt du Doubs*, n° 343324, aux T sur ce point ; 29 juin 2012, *Sté Signature*, n° 357617). Si, à la suite de la directive 2014/24, le décret de 2016 relatif aux marchés publics a étendu la faculté pour le pouvoir adjudicateur de permettre aux candidats de régulariser leurs offres, il n'a rien changé quant au fait qu'il n'appartient pas aux candidats d'apprécier les exigences du règlement de la consultation qu'ils entendent respecter (ils peuvent saisir le juge du référé précontractuel s'ils estiment qu'une exigence n'est pas justifiée) ni que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de faire usage de cette possibilité de régularisation (26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, T. p. 858 sur un autre point, ou CE 25 mars 2013, *Département de l'Hérault*, n°364824). Par conséquent, retenir une candidature incomplète, qui aurait du être éliminée, constitue un manquement du pouvoir adjudicateur aux règles de mise en concurrence, qui lèse nécessairement les candidats évincés, à moins - mais ce point mériterait probablement réflexion à la lumière des évolutions plus récentes de la jurisprudence européenne - que leurs offres soient également irrégulières, faisant en tout état de cause obstacle à ce qu'ils puissent prétendre à l'attribution du marché (11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 newline du Lloyd's de Londres et Bureau européen d'assurance hospitalière*, n°s 354652 et 354709, aux T sur ce point).

A partir du moment où le juge du référé a estimé que le dossier de candidature de la société retenue était incomplet et donc que sa candidature était irrégulière, et en l'absence de toute

contestation de la régularité de l'offre de la candidate évincée, celle-ci était nécessairement susceptible d'être lésée par l'attribution du marché à cette société.

En réalité, l'erreur commise par l'auteur de l'ordonnance attaquée ne tient pas tant à l'appréciation de la lésion qu'à la conséquence qu'il a tirée de l'absence de production, dans le dossier de candidature, des jugements exigés par l'article 45 de l'ordonnance de 2015.

Il a en effet considéré que le dossier de candidature était de ce fait incomplet et donc que la candidature était irrégulière. Or il nous semble que si un tel raisonnement pouvait être tenu en application du code des marchés publics, il n'est plus conforme aux nouvelles dispositions qui allègent les formalités qui peuvent être imposées aux entreprises candidates. Ainsi, il résulte de l'article 48 du décret de 2016 que les candidats justifient qu'ils n'entrent dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner mentionnés aux articles 45 à 48 de l'ordonnance de 2015 par la seule production à l'appui de leur candidature d'une déclaration sur l'honneur, la production des justificatifs précis mentionnés par ces dispositions ne pouvant être exigée que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché (art 55 II 2°). Or l'interdiction de soumissionner d'une personne admise à la procédure de redressement judiciaire qui ne justifie pas avoir été habilitée à poursuivre ses activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché figure est posée par le c) du 3° de l'article 45 de l'ordonnance de 2015.

Par conséquent, le dossier de candidature de la société Dauphin n'était pas incomplet faute de produire ces jugements qui ne devaient l'être qu'après que son offre avait été retenue, ce qui avait bien eu lieu, la société ayant ultérieurement transmis au pouvoir adjudicateur ces jugements. Il est vrai que l'offre indiquait à tort que l'entreprise candidate n'était pas en redressement judiciaire et qu'a priori elle ne comportait pas davantage la déclaration sur l'honneur qui peut seule être exigée au stade de la réception des candidatures. Mais ce n'est pas exactement sur cette irrégularité que se fonde l'ordonnance. Au demeurant, elle pourrait être regardée comme régularisée par la production des jugements.

Toutefois, force est de constater que la société requérante ne soulève aucun moyen tiré de ce que le juge du référé a commis une erreur de droit en considérant le dossier de candidature incomplet et la candidature irrégulière alors que les éléments manquants n'étaient pas exigibles lors de la présentation des candidatures et des offres ou qu'ils avaient été produits ultérieurement. Et nous ne pensons pas que l'erreur de droit consistant à juger une offre ou une candidature irrégulière en raison du défaut de production d'un document qui n'était pas légalement exigible relève de la méconnaissance du champ d'application de la loi. La réponse aux moyens du pourvoi ne vous amène en effet pas à vous prononcer sur la régularité de l'offre et à commettre la même erreur de droit. Regarder en l'espèce un tel moyen comme d'ordre public conduirait à examiner d'office tous les motifs fondés sur l'irrégularité de l'offre.

Dès lors que l'irrégularité de la candidature retenue par le juge des référés n'est pas utilement contestée, elle était nécessairement susceptible de léser la candidate évincée.

Si vous nous suivez, vous rejetterez le pourvoi de la société Dauphin Télécom.

Le pourvoi incident de la société Solutechn.net peut être interprété comme dirigé contre l'ordonnance en tant qu'elle prononce l'annulation de la procédure au-delà de ce qu'impliquait le motif d'annulation retenu. Il est fondé, le juge du référé ayant annulé l'ensemble de la procédure pour un motif tiré de l'irrégularité de la candidature, qui implique de reprendre la procédure au stade

de l'examen des candidatures. Vous devrez donc annuler l'ordonnance attaquée en tant qu'elle annule la procédure à une phase antérieure à celle de l'examen des candidatures.

Réglant l'affaire au fond dans la mesure de l'annulation prononcée, vous constaterez qu'aucun manquement portant sur une phase antérieure de la procédure n'étant invoqué, il n'y a pas lieu d'annuler la procédure au-delà de ce qui résulte de l'ordonnance du juge des référés du TA telle qu'elle ressort de votre annulation partielle.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi de la société Dauphin Télécom;

- Annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle prononce l'annulation de la procédure à une phase antérieure à l'examen des candidatures et rejet du surplus des conclusions présentées par la société Solutechn.net au juge des référés;

- A ce que la société Dauphin Télécom verse à la collectivité d'outre-mer de Saint-Barthélemy une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés devant vous. Dans les circonstances de l'espèce, nous vous proposons de rejeter les conclusions à ce titre de la société Solutechn.net.