

N° 444625

Ministre de l'économie, des finances et de la relance c/ Société Huissiers partner conseil

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 13 octobre 2021

Lecture du 5 novembre 2021

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

L'absence de publicité légale de la modification de la composition d'un GIE rend-elle irrégulière sa candidature à un marché public ?

Telle est la question que la présente affaire va vous conduire à trancher, et que nous formulons devant vous pour la seconde fois puisque l'instruction a été rouverte – nous allons y revenir – après une première audience le 8 septembre dernier.

1. Elle vous est posée dans le cadre d'un litige né d'un appel à la concurrence lancé le 25 octobre 2016 par la direction départementale des finances publiques (DDFiP) du Cher pour le recouvrement amiable de ses créances, mission qui, depuis l'intervention de l'article 128 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative, peut être confiée par les comptables publics aux huissiers de justice.

Il nous faut vous rappeler à titre liminaire que vous avez admis que si les groupements d'intérêt économique (GIE), constitués, ainsi que l'autorisent les dispositions de l'article L. 251-2 du code de commerce, entre plusieurs personnes physiques ou morales titulaires d'offices d'huissier de justice, ne peuvent eux-mêmes procéder au recouvrement amiable de créances, ils peuvent néanmoins se porter candidat à l'obtention d'un marché public ayant cet objet pour le compte de leurs membres, sous réserve que seuls les membres du GIE exécutent les prestations objet du contrat, et à la condition que soit précisé, dans l'acte de candidature, quels huissiers membres du groupement s'engagent à exécuter les prestations, dans le respect, notamment, des règles de compétence territoriale des huissiers de justice (CE 3 décembre 2012, *GIE "Groupement des Poursuites Extérieures"*, n° 361887, aux Tables)¹.

Deux offres ont été présentées : l'administration a retenu celle du GIE « Groupement des

¹ Voir aussi, précisant qu'il est exclu que les membres individuels d'une société elle-même titulaire d'un office d'huissier de justice soient désignés : CE 26 janvier 2018, *GIE Groupement périphérique des huissiers de justice* n° 399865, B

poursuites extérieures », présenté pour le compte de la SCP Richard, Lamagnère, Coudray et Chevalier, huissiers de justice à Bourges.

La candidate malheureuse, la société Huissiers Partner Conseils (HPC), qui a également son siège à Bourges, a toutefois estimé que la candidature du GIE était irrégulière et a formé un recours « Tarn-et-Garonne » contre le contrat conclu, qui a été rejeté par le TA d'Orléans mais partiellement accueilli le 17 juillet 2020 par la CAA de Nantes, qui a d'abord estimé que le vice affectant le marché n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier son annulation mais qui a en revanche condamné l'Etat à verser une indemnité au concurrent évincé en raison de l'irrégularité invoquée.

Il nous faut ici vous préciser que la société HPC faisait en particulier valoir que l'intégration de la SCP Richard, Lamagnère, Coudray et Chevalier au sein du GIE, supposément prise par décision de son conseil d'administration en date du 31 octobre 2016, n'avait fait l'objet des formalités de publicité légale que postérieurement à la signature du contrat litigieux. Elle vous a en outre informé par une note en délibéré produite le 13 septembre dernier qu'un jugement rendu le 10 septembre 2021 par le tribunal judiciaire de Bourges, soit deux jours après votre première audience, a condamné le GIE Groupement des poursuites extérieures et deux de ses dirigeants pour faux et, s'agissant du GIE, usage de faux.

Ce jugement relève notamment que « *le document intitulé « Procès-verbal du conseil d'administration du lundi trente-et-un octobre deux mille seize » et actant le déroulé d'un conseil d'administration du GPE actant l'intégration à l'unanimité de la SCP Richard Lamagnère Coudray Chevalier en qualité de membre statuaire du GIE (...) a été créé de toutes pièces – à partir d'un procès-verbal existant, d'ailleurs grossièrement raturé sur l'année visée (...)* ». Le même jugement écarte en revanche le chef d'escroquerie, en constatant que le GIE et ses dirigeants n'ont pas cherché à tromper la DDFiP, mais ont plutôt fait preuve de négligence.

Il était clair que vous deviez rouvrir l'instruction car la note en délibéré remplissait les critères de votre jurisprudence de Section du 5 décembre 2012, *M. L...*, n° 340943, p. 369 : elle portait à votre connaissance une circonstance nouvelle dont nul ne pouvait faire état avant la clôture de l'instruction et cette circonstance était susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire.

Toutefois, nous devons d'ores et déjà vous dire que cette note ne nous conduira pas à modifier le sens de nos conclusions.

Vous jugez certes qu'est d'ordre public en cassation, y compris lorsque le jugement pénal est postérieur à l'arrêt frappé de pourvoi, le moyen tiré de la méconnaissance de l'autorité de chose jugée s'attachant à la constatation matérielle des faits mentionnés dans un jugement pénal définitif et qui sont le support nécessaire du dispositif, ce qui est le cas s'agissant du constat selon lequel le PV était un faux – voyez Section 12 juillet 1929, *Sieur V...*, n° 81701, A ; Section 16 février 2018, *Mme T...*, n° 395371, p. 41 ; CE 27 mai 2021, *Min. int. c/ B...*,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

n° 436815, T. sur ce point.

Ainsi, si le jugement du 10 septembre 2021 était devenu définitif, le moyen d'ordre public aurait été fondé puisque le tribunal judiciaire a jugé que le procès-verbal était un faux et que la cour administrative d'appel a jugé l'inverse au point 9 de son arrêt (ce qui, d'ailleurs, n'était pas forcément déraisonnable en l'état du dossier dont elle était saisie).

Mais tel n'est pas le cas ainsi que vous en a informé le GIE GPE qui produit son acte d'appel en date du 17 septembre 2021, formé dans le délai de dix jours (art. 498 du code de procédure pénale).

Dans ces conditions, le moyen de méconnaissance de l'autorité de la chose jugée ne pouvant être soulevé en l'état, faute d'être d'ordre public à cette heure, il nous semble que, sauf à attendre que la cour d'appel de Bourges se prononce, la solution que nous vous proposons de donner au litige ne saurait varier.

2. Revenons maintenant au pourvoi du ministre de l'économie qui critique l'arrêt en tant seulement qu'il fait grief à l'Etat.

Nous allons vous proposer de faire droit au premier des trois moyens de son pourvoi, les deux autres ne nous paraissant en revanche pas susceptibles d'être accueillis : celui tiré de l'erreur de droit à avoir estimé que la société HPC avait une chance sérieuse d'obtenir le marché alors que le vice était régularisable est en effet, bien que non dépourvu d'intérêt, nouveau en cassation et donc inopérant ; d'autre part, le moyen de dénaturation quant à l'existence d'une perte de chance sérieuse ne pourrait, au vu de l'étendue de votre contrôle, qu'être écarté.

Le moyen délicat du pourvoi est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'attribution du marché au GIE « Groupement des poursuites extérieures » était irrégulière du seul fait que, à la date de dépôt des offres et de signature de ce marché, l'intégration de la SCP Richard Lamagnère Coudray et Chevalier n'avait pas encore donné lieu à publicité.

3. Il n'est pas douteux que la modification d'un GIE était soumise à un certain nombre de **mesures de publicité** : c'est ce qui ressort en particulier du III de l'article L. 251-8 du code de commerce selon lequel : « *III. - Toutes les modifications du contrat [de groupement d'intérêt économique] sont établies et publiées dans les mêmes conditions que le contrat lui-même. Elles ne sont opposables aux tiers qu'à dater de cette publicité.* »

Sur cette base, le code de commerce prévoit diverses obligations dont l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (article R. 123-31), son article R. 123-66 rendant obligatoire une inscription modificative dans le mois de tout fait ou acte rendant nécessaire la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

rectification ou le complément des mentions de l'immatriculation. Parallèlement, l'article R. 123-155 prévoit que les immatriculations donnent lieu à l'insertion d'un avis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc), un avis modificatif étant inséré en cas de modification de l'immatriculation (article R. 123-159).

La **sanction d'un manquement à ces obligations** est prévue par l'article L. 123-9 du code de commerce qui dispose que : « *La personne assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent toutefois s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre. / (...) / Les dispositions des alinéas précédents sont applicables aux faits ou actes sujets à mention ou à dépôt même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale. Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administrations qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes.* »

Ce texte recèle une part d'équivoque ou en tout cas d'asymétrie : il interdit à un GIE de pouvoir opposer aux tiers ses actes qui n'ont pas fait l'objet de publicité mais il n'interdit cependant pas aux tiers, y compris aux administrations, de s'en prévaloir si elles le souhaitent. C'est ce que vous avez expressément jugé, dans le contentieux des aides agricoles en jugeant que l'administration pouvait se prévaloir d'un fait ou acte sujets à mention au RCS, alors même que ceux-ci n'avaient pas été publiés, dès lors qu'elle en avait eu connaissance (CE 12 mai 2017, *Gaec de l'Ouchette*, n° 391109, aux tables sur un autre point).

Mieux encore pour le GIE, les tiers et administrations ne peuvent pas, si nous comprenons bien le sens de la dernière phrase de l'article L. 123-9, se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte si elles en ont « personnellement connaissance ». C'est en tout cas la lecture qu'en ont faite vos 3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies dans le cadre d'un contentieux fiscal (CE 24 juillet 2019, *Alzina*, n°s 416243 et 416244, C, aux conclusions conformes d'E. Cortot-Boucher qui citait en ce sens un arrêt de la Cour de cassation qui a estimé qu'une modification statutaire, portant sur la règle de répartition des bénéfices, était opposable à un tiers devenu associé uniquement après celle-ci, même si elle n'avait pas été publiée au registre, dès lors que l'intéressé avait une connaissance personnelle de la modification intervenue (Ch. com. 9 mars 2010, n° 09-13.036).

4. Peut-on étendre cette lecture libérale au contentieux des marchés publics ?

Comme plusieurs de nos prédécesseurs à ce pupitre, c'est ce que nous pensons.

Soulignons d'abord que, du point de vue de la théorie des actes, la publicité d'un acte ne constitue pas une condition de validité des actes accomplis par le GIE mais seulement de leur opposabilité aux tiers : en l'espèce, nous ne voyons donc pas en quoi le défaut de publicité des formalités légales rendrait irrégulière la modification des statuts du GIE ni, encore moins, qu'il serait de nature à remettre en cause la validité du contrat passé entre le GIE et l'administration.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Observons ensuite que vous avez déjà raisonné de la sorte pour ce qui concerne le cas des sociétés en cours de constitution et, s'agissant d'une simple modification des statuts d'une personne morale existante, il nous paraîtrait cohérent de raisonner ici par *a fortiori*.

Ainsi, par une décision, certes inédite, CE 28 juillet 2004, *Sté Casimir Tahiti airport duty free shop*, n° 230115, vous avez estimé qu'« *une société en formation, laquelle ne peut se prévaloir, jusqu'à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ni de la personnalité juridique ni de la qualité de commerçant, peut toutefois répondre à un appel d'offres* ». Dans votre décision CE 19 décembre 2012, *Département de l'Aveyron*, n° 354873, B, ccl. B. Dacosta, vous avez également adopté cette solution s'agissant d'une candidature à un appel d'offre pour une DSP. Il est vrai que, dans ce dernier cas, était en cause une disposition expresse du CGCT autorisant les sociétés en cours de formation à se porter candidates, mais, citant le précédent de 2004, votre rapporteur public, B. Dacosta, estimait qu'il s'agissait d'une solution valable également en matière de marchés publics².

Au-delà de ces précédents et plus fondamentalement, il nous semble surtout qu'une telle ligne jurisprudentielle n'emporte pas d'inconvénient particuliers mais est au contraire pleinement justifiée par la nécessité d'ouvrir la concurrence le plus largement possible, y compris à des sociétés en cours de constitution sous réserve, naturellement, que leurs associés présentent les capacités financières et professionnelles suffisantes (voir en ce sens : CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n° 356455, B).

La société HPC vous objecte certes que cette solution, étendue aux sociétés en cours de constitution, permettrait de signer un marché avec des personnes morales n'étant pas encore enregistrées au RCS. Toutefois, en l'état, nous ne vous proposons que de prendre parti sur l'hypothèse d'une modification des statuts d'un groupement déjà existant, qui jouit donc déjà de la personnalité morale. D'autre part et en tout état de cause, nous ne sommes pas même certain – mais vous n'aurez pas à le juger – que la signature d'un marché avec une société en formation soit impossible. L'article 1843 du code civil prévoit en ce sens que « *Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.* » : il ne paraît donc pas y avoir d'obstacle de principe à la conclusion d'un marché dans une telle hypothèse.

La défense souligne également qu'une telle faculté « *permettrait à un GIE de candidater à n'importe quel marché public en prétendant bénéficier d'ores et déjà des capacités de telle ou telle étude* ». Mais cette objection ne nous arrête pas plus que la précédente, même si nous voyons bien à quoi elle fait référence en l'espèce : il incombe toujours à la personne publique de vérifier que le candidat a les capacités pour exécuter le marché, et de demander les justificatifs

² Voir aussi les conclusions de Mireille Le Corre sous la décision du 18 décembre 2019, *Port autonome de Nouvelle-Calédonie*, n° 432590, fichée sur un autre point.

nécessaires lui permettant de s'assurer que la société d'huissiers territorialement compétente va réellement participer à l'exécution du marché. Un GIE qui se porterait candidat sans avoir pris la précaution de publier l'acte justifiant qu'un de ses membres est territorialement compétent pour exécuter le marché prendrait le risque que la personne publique considère que ses capacités d'exécution du marché ne sont pas établies, l'acte ne lui étant *a priori* pas opposable. Et si jamais la personne publique ne le contrôlait pas, cette défaillance pourrait être sanctionnée par le juge du référé précontractuel ou par le juge du contrat.

Dans ces conditions, nous vous proposons de juger que la cour ne pouvait déduire que la SCP Richard et autres n'était pas habilitée à représenter le GIE GPE du seul motif que son acte d'intégration au GIE n'était pas publié, alors que les dispositions du code du commerce prévoient seulement qu'un tel acte n'est pas opposable aux tiers mais que ceux-ci peuvent toutefois s'en prévaloir.

5. Vous accueillerez donc le pourvoi du ministre et annulerez l'arrêt dans la mesure où il fait grief à l'Etat, c'est-à-dire en annulant ses articles 1^{er}, 2 et 4. Vous renverrez l'affaire, dans la mesure de la cassation ainsi prononcée, à la CAA de Nantes afin notamment qu'elle statue sur les autres fautes invoquées par le concurrent évincé à l'appui de ses conclusions indemnitaires.

Nous croyons utile de vous faire observer que si cette solution aura pour effet de rendre l'arrêt définitif en tant qu'il a rejeté les conclusions tendant à l'annulation du contrat, il appartiendra en revanche à la cour, dès lors que, faute d'identité d'objet entre les deux demandes, cette partie de l'arrêt n'aura pas, selon nous, l'autorité de chose jugée à l'égard des conclusions indemnitaires dont elle sera ressaisie (voir en ce sens, même si le point n'est pas tranché s'agissant d'un recours « Tarn-et-Garonne » : Section 3 mai 1963, *Sieur A...*, n° 56932, p. 261), d'apprécier si la société Huissiers Partner Conseils pourrait être indemnisée de son éviction sur le fondement d'une irrégularité du contrat qu'elle avait alors écartée comme n'étant pas établie.

Dans les circonstances assez particulières de l'espèce, nous ne vous proposons plus, contrairement à ce que nous avons fait le 8 septembre dernier, de mettre à la charge de la société Huissiers partner conseils la somme de 3 000 euros à verser à l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Vous rejetterez en revanche les conclusions présentées par celle-ci au même titre.

Tel est le sens de nos conclusions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.