

ACTUALITE JURISPRUDENCE ET DOCTRINE - AJD -

L'essentiel

La présente AJD commente :

- des décisions de justice concernant :

- **La passation des marchés publics**
 - le choix d'une entreprise locale dans les marchés publics
 - la combinaison d'une condition d'exécution et d'un critère de choix en matière d'insertion
 - le cas de l'entreprise en redressement judiciaire après le dépôt des offres
 - le recours des tiers contre les marchés publics
- **L'exécution des marchés publics**
 - la résiliation d'un marché public pour absence d'OS de démarrage
- **La sous-traitance**
 - le délai de 15 jours en matière de paiement direct, le paiement des travaux supplémentaires du sous-traitant
- **Les procédures collectives**
 - l'éligibilité des associés de sociétés de personnes aux procédures collectives du Livre VI du Code de commerce
 - la nullité des clauses contractuelles prévoyant la diminution des droits ou l'aggravation des obligations du débiteur du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective

Contact : daj@fntp.fr

Passation des marchés publics

1) Un maire est poursuivi pénalement pour favoritisme car il a privilégié une entreprise locale

MARCHES PUBLICS

Un pouvoir adjudicateur lance un marché public pour l'édition d'un bulletin municipal et choisit le critère unique du prix. Le cahier des charges prévoit deux options : édition en noir et blanc et édition couleur.

Alors que le marché est attribué sur la base d'une édition N/B, le maire décide par la suite de faire réaliser le bulletin en couleur alors qu'une entreprise évincée était moins chère sur ce projet.

Le maire justifie son choix par la volonté de «favoriser une entreprise locale» alors que le critère d'attribution du marché était le prix. En agissant ainsi, le maire a introduit une rupture d'égalité entre les deux candidats et a procuré à la société attributaire **«un avantage injustifié dans les termes de la qualification pénale»**.

A noter également : le maire aurait dû lancer une nouvelle procédure car il modifiait «substantiellement» le projet et «la nature et l'étendue des besoins» imposés par l'article 5 du code des marchés publics.

(Cour de Cassation-Chambre criminelle-22 janvier 2014-n°13-80759)

2) Une procédure de marché peut être annulée lorsque l'acheteur public combine une condition d'exécution et un critère de choix en matière d'insertion (articles 14 et 53 du code des marchés publics)

MARCHES PUBLICS

Lors du lancement d'un marché public portant sur le nettoyage de locaux, un pouvoir adjudicateur introduit :

- une condition d'exécution en matière d'insertion dans le CCAP selon l'article 14 du code des marchés publics,
- ainsi qu'un critère relatif à l'insertion de personnes en difficulté selon l'article 53 du code des marchés publics.

Le Conseil d'Etat considère dans cette affaire que :

- non seulement les conditions d'exécution n'étaient pas explicitées de manière claire,
- mais également que le critère de choix comportait des incertitudes constitutives d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

En conséquence, le Conseil d'Etat a annulé la procédure de passation du marché.

La FNTP tient donc à rappeler que la combinaison des articles 14 et 53 comporte une insécurité juridique pouvant entraîner l'annulation de la procédure.

(Conseil d'Etat – 28 mai 2014 – n°375941)

3) Une entreprise placée en redressement judiciaire après la date limite de dépôt des offres, doit en informer immédiatement le pouvoir adjudicateur

Les personnes admises au redressement judiciaire peuvent soumissionner à condition de :

- produire les justificatifs nécessaires (copie du ou des, jugements prononcés, preuve de l'habilitation à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché),
- constituer des garanties lorsqu'elles ne sont pas à jour de leurs obligations fiscales et sociales au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation.

Les organismes fiscaux et sociaux distinguent alors deux phases : période d'observation durant laquelle l'entreprise ne

peut pas obtenir d'attestation de régularité fiscale et sociale et plan de continuation durant laquelle elle peut s'en voir délivrer une (*Lettre circulaire ACOSS n°2008-054 du 24 juin 2008*).

Mais que faire lorsqu'une entreprise candidate à un marché public **est placée en redressement judiciaire après la date limite** fixée pour le dépôt des offres ?

Le Conseil d'Etat considère que l'entreprise concernée doit informer sans délai le pouvoir adjudicateur qui doit :

- **vérifier si l'entreprise est autorisée à poursuivre son activité au-delà de la durée d'exécution du marché**
- **et apprécier si sa candidature reste recevable.**

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a considéré que :

- les capacités de l'entreprise attributaire à exécuter le marché doivent être appréciées compte tenu de son placement en redressement judiciaire après la date limite de remise des plis, et non au regard de son placement sous sauvegarde intervenu avant cette date,
- cette entreprise ne disposait pas des capacités financières suffisantes pour exécuter le marché compte tenu de son plan de sauvegarde.

(*Conseil d'Etat – 26 mars 2014 - n°374387*)

4) Un tiers à un contrat public peut former un recours pour en contester sa validité à condition d'être lésé de façon directe et certaine

Il existe à l'heure actuelle trois principaux recours devant le juge administratif notamment contre les marchés publics :

- **le référé précontractuel avant la signature du marché :**

il s'agit de la saisine du Président du tribunal administratif pour «*manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence*» par un candidat susceptible d'être lésé.

Le recours est exercé par un candidat évincé ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésé par le manquement invoqué

- **le référé contractuel après la signature du marché :**

il s'agit d'un recours qui peut être exercé **sous certaines conditions après la conclusion du marché** ¹ également pour «*manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence*».

Le recours est exercé par un candidat évincé ayant intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésé par le manquement invoqué

- **le recours «Tropic»² exercé dans les 2 mois à compter des mesures de publicité appropriées :**

il s'agit d'un recours destiné à contester la validité du marché directement devant le juge administratif. **Ce recours était initialement ouvert uniquement aux candidats évincés.**

Il a été ensuite ouvert aux concurrents évincés, qualité reconnue à «*tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable*» (*Conseil d'Etat – avis du 11 avril 2012 – n°355446 – Société Gouelle*).

Désormais, l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 avril 2014 permet **aux tiers de former un recours de pleine juridiction devant le juge administratif pour contester la validité des contrats administratifs**. Il encadre

¹ Les référés précontractuel et contractuel sont normalement exclusifs l'un de l'autre.

² Nom de la société à l'origine de ce recours devant le Conseil d'Etat (16 juillet 2007 – n°291545)

toutefois cette possibilité en exigeant que le tiers soit «lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine» par la passation ou les clauses du contrat. Ce recours s'applique uniquement aux contrats conclus à compter du 4 avril 2014.

(Conseil d'Etat - 4 avril 2014 - n°358994 - Département du Tarn-et-Garonne)

Exécution des marchés publics

5) L'entreprise titulaire d'un marché public peut en demander la résiliation en cas d'absence d'ordre de service de démarrage des travaux

MARCHES PUBLICS

Dans les marchés publics, les travaux peuvent commencer à compter de :

- la **notification** du marché
- ou **sur un ordre de service (OS) de démarrage des travaux** intervenant après la notification du marché.

Pour les marchés soumis au **CCAG Travaux** (article 46.6 du CCAG 1976 ou article 46.2.1 du CCAG 2009), l'entreprise peut demander la résiliation du marché si l'OS de démarrage n'est pas intervenu dans le délai fixé au marché ou à défaut dans les 6 mois.

La Cour Administrative d'Appel de Marseille confirme cette analyse. Un groupement d'entreprises a obtenu ainsi la résiliation de son marché sur le fondement de l'article 46.6 du C.C.A.G. Travaux (1976). L'article 3 de l'acte d'engagement prévoyait en effet que l'exécution du marché ne débiterait qu'à compter de l'OS de démarrage jamais reçu par le groupement.

Attention : une entreprise titulaire d'un marché **perd ce droit à résiliation** si, ayant reçu l'ordre de commencer les travaux, elle n'a pas dans le **délai de 15 jours refusé d'exécuter cet ordre et demandé par écrit la résiliation du marché.**

(CAA Marseille – 6 décembre 2013 - n°12MA03482)

Sous-traitance

6) L'entrepreneur principal est censé avoir accepté la demande de paiement du sous-traitant lorsqu'il ne l'a pas refusée dans un délai de 15 jours, le sous-traitant a droit au paiement direct de ses travaux supplémentaires lorsqu'ils sont indispensables à l'ouvrage

Une commune confie l'aménagement de sa voirie à une entreprise principale qui sous-traite la pose de pavés à une entreprise sous-traitante. Elle est acceptée et ses conditions de paiement agréées par un acte spécial annexé à l'acte d'engagement.

Ayant exécuté des **travaux supplémentaires** non réglés, le sous-traitant assigne le maître d'ouvrage devant le tribunal administratif puis devant la cour administrative d'appel.

La cour rappelle les **principes** du paiement direct des sous-traitants :

- selon **l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance** : le sous-traitant accepté dont les conditions de paiement ont été agréées est payé directement par le maître d'ouvrage pour la part du marché dont il assure l'exécution,
- et selon **l'article 8** de la loi : " *L'entrepreneur principal dispose d'un délai de quinze jours, comptés à partir de la réception des pièces justificatives servant de base au paiement direct, pour les revêtir de son acceptation ou pour signifier au sous-traitant son*

refus motivé d'acceptation. / Passé ce délai, l'entrepreneur principal est réputé avoir accepté celles des pièces justificatives ou des parties de pièces justificatives qu'il n'a pas expressément acceptées ou refusées (...)".

En conséquence, la Cour considère que **l'entrepreneur principal qui n'a pas formulé de refus dans le délai de 15 jours, est censé avoir «accepté définitivement la demande de paiement» du sous-traitant.**

Elle rappelle également que la procédure de l'article 8 **«ne fait pas obstacle au contrôle par le maître de l'ouvrage du montant de la créance du sous-traitant... »** (Conseil d'Etat - 28 avril 2000 - n°181604 – Sté Peinture Normandie).

Enfin, dans cette affaire, le paiement direct des **travaux supplémentaires** exécutés par le sous-traitant est reconnu car la commune ne conteste ni leur réalité, ni le fait qu'ils aient été indispensables à l'aménagement de la voirie.

(CAA de Douai – 3 avril 2014- n°12DA01302)

Procédures collectives

7) Eligibilité des associés de certaines sociétés de personnes aux procédures collectives

DROIT DES AFFAIRES

Suite à la réforme du droit des procédures collectives de 2008, plusieurs décisions de justice ont refusé l'ouverture d'une procédure collective à un associé en nom collectif au motif qu'il n'exerce pas « une activité commerciale indépendante », critère exigé par le Code de commerce pour l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Dans son arrêt du 5 décembre 2013, la Cour de cassation est venue corriger cette situation et énoncer que les associés en nom collectifs sont éligibles aux procédures collectives en cas de survenance de la cessation des paiements de la personne morale.

Désormais, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple, les associés, responsables du passif sur leurs biens propres pourront demander l'ouverture d'une procédure collective en cas d'insolvabilité.

La procédure collective de l'associé sera donc distincte de celle de la société en nom collectif et l'issue des deux procédures pourra être différente.

(Cour de cassation – Ch. Civ.- 5 décembre 2013 – n°11-28092)

8) Nullité des clauses contractuelles prévoyant la résiliation, la diminution de droits ou l'aggravation des obligations du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective

Des incendies sont survenus dans une entreprise faisant l'objet d'une procédure de redressement puis de liquidation judiciaire.

L'assureur de cette entreprise a refusé de verser une indemnité au titre de la perte de la valeur du fonds de commerce au motif que les conditions générales du contrat d'assurance stipulaient que l'assurance ne garantissait pas la perte de valeur vénale du fonds de commerce consécutive à un sinistre **survenu en période de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.**

La Cour de cassation a cassé la décision de la Cour d'appel qui avait débouté le liquidateur judiciaire de sa demande. Elle a rappelé que les

dispositions des articles L.622-13 et L.631-14, I du Code de commerce interdisent toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droit ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire.

Ce faisant, la Cour de cassation a fait une interprétation extensive des articles sus-visés du Code de commerce qui ne condamnent que la résiliation ou la résolution d'un contrat en cours.

(Cour de cassation – Ch. com.- 14 janvier 2014 – n°12-22909)
