achatpublic.com
Le portail de l'achat public
DÉCOUVREZ LE MODULE RÉDACTION !

Entreprise en difficulté : une séparation désormais interdite pour l'acheteur ?

le 30/06/2020 | Commenter | Ajouter aux favoris

A propos de l'auteur

Mme Aude Camus

Voir les articles de cet auteur

La liste des dispositions dérogatoires aux règles de la commande publique s'allonge. Une disposition législative et une ordonnance introduisent de nouvelles règles imposant aux acheteurs de tendre la main aux entreprises en difficultés financières suite à la crise sanitaire. Décryptage et analyse des conséquences pour les acheteurs publics.

Les deux textes datent du 17 juin 2020 (voir notre brève). Pour comprendre les implications de ces nouvelles mesures, Me José-Manuel Oliveira et Me Emilien Amizet (cabinet Fidal) et Me Nicolas Charrel (cabinet Charrel et Associés) ont participé à une interview croisée pour évaluer la portée de l'article 38 de la loi n°2020-734 et l'ordonnance n° 2020-738.

Les acheteurs concernés

La lettre de l'article 38 de la loi n° 2020-734 et celle de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-738 interrogent sur la catégorie d'acheteurs concernés par ces dispositions. Seul *« l'Etat et ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises »* ne seraient concernés ?

Me José-Manuel Oliveira

Le texte est applicable à tous les acheteurs soumis au code de la commande publique juge Me Charrel. Il précise que les dispositions visées relèvent de leurs applications particulières sur les territoires d'outre-mer concernés, bien que les dispositions de l'article L. 2195-4 du code de la commande publique (CCP) leur soient déjà applicables. Le cabinet Fidal convient que la rédaction des textes est en effet quelque peu maladroite sur ce point. Mais *« il est très peu probable que le législateur ait entendu exclure les acheteurs métropolitains du champ d'application de ces nouvelles dispositions. Dans l'attente d'un éventuel correctif, il convient donc de considérer que ces textes ont bien vocation à s'appliquer à l'ensemble des acheteurs de Métropole qui sont soumis au Code de la commande publique »*.

Redressement judiciaire et candidature

Les avocats rappellent dans quelles conditions le redressement judiciaire de l'entreprise est un motif d'exclusion au vu des articles L. 2141-3 du CCP (pour les marchés) et L. 3123-3 du CCP (pour les concessions) et quel contrôle pratique l'acheteur. Me Charrel mentionne pour mémoire *qu'« à la suite d'un jugement en redressement s'ouvre une première période d'observation de 6 mois pouvant être renouvelée une fois, pendant laquelle l'entreprise est tenue d'élaborer un plan de redressement qui devra être approuvé par le tribunal de commerce. »*

Les avocats se penchent alors sur la lettre de l'article 1er de l'ordonnance 2020-738.

Les entreprises ne peuvent être exclues *« lorsqu'elles bénéficient d'un plan de redressement »* note Me Charrel *« L'introduction de cette nouvelle condition semble superflue par rapport au régime traditionnel. Mais à la seconde lecture, stricte, cette nouvelle condition peut s'avérer au contraire très défavorable aux entreprises en redressement dès lors qu'elles ne bénéficieraient pas, au stade de la passation, non seulement d'une durée de la période d'observation compatible avec la durée d'exécution du contrat, mais désormais en plus, d'un plan de redressement, implicitement mais nécessairement approuvé par le Tribunal. Cette nouvelle rédaction paraît donc surprenante tant elle peut paraître contradictoire avec le but recherché. »*

> **« Cette nouvelle rédaction paraît donc surprenante tant elle peut paraître contradictoire avec le but recherché »**

« Attention, cela ne signifie pas que la candidature d'une telle entreprise ne peut plus être écartée, mais seulement que l'acheteur devra justifier sa décision au regard des critères qu'il aura définis préalablement dans les pièces du marché, sur la base d'éléments objectifs de capacité étrangers au seul placement en redressement judiciaire. Ces nouvelles dispositions sont provisoires et s'appliquent jusqu'au 10 juillet 2021 » prévient le cabinet Fidal.

Covid-19 et chiffre d'affaire

Me Nicolas Charrel

L'article 3 de l'ordonnance impose à l'acheteur de ne pas tenir *« compte de la baisse du chiffre d'affaires intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s'imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19. »* Comment savoir quels exercices sont concernés ?

« L'interdiction de tenir compte de la baisse du chiffre d'affaires intervenue au titre du ou des exercices impacté(s) par la crise sanitaire est empreinte de bon sens dans la mesure où ils ne constituent pas des références pertinentes pour juger des réelles capacités économiques et financières des candidats. Si l'exercice 2020 est bien évidemment visé par ces dispositions, il semble toutefois impossible pour l'acheteur de déterminer, pour chaque entreprise candidate, jusqu'où s'étendent les conséquences de l'épidémie de Covid-19. De même, les baisses de chiffre d'affaires ultérieures peuvent n'avoir aucun lien avec l'épidémie. Selon nous, l'une des solutions pourrait consister à définir dans le règlement de la consultation, et dans le respect de l'égalité de traitement des candidats, le ou les exercice(s) dont il ne sera pas tenu compte pour l'appréciation de leurs capacités économiques et financières. Le règlement pourrait également offrir aux entreprises la possibilité de solliciter la non-prise en compte de tel ou tel exercice en fournissant, à l'appui de leur candidature, tout justificatif utile permettant à l'acheteur de s'assurer que la baisse de chiffre d'affaires est bien une conséquence de l'épidémie de Covid-19 » selon le cabinet Fidal

Pour Me Charrel *« cette mesure s'applique jusqu'au 31 décembre 2023. Il faudra regarder les trois exercices antérieurs. Elle considérait donc à neutraliser la baisse du chiffre d'affaire pour ne pas pénaliser d'avantage les entreprises en difficultés suite à la crise du Covid-19. Elle n'a guère d'utilité pour les procédures ouvertes et tend simplement à inciter les acheteurs à faire preuve de pragmatisme dans leurs analyses concernant les entreprises candidates dans le cadre de procédures essentiellement restreintes »*.

> **« Cette mesure tend simplement à inciter les acheteurs à faire preuve de pragmatisme dans leurs analyses concernant les entreprises candidates dans le cadre de procédures essentiellement restreintes »**

Redressement judiciaire et exécution

Les avocats se penchent sur l'article 38 de la loi n° 2020-734. La résiliation unilatérale du marché ou de la concession du titulaire admis à la procédure de redressement judiciaire *« avant le 10 juillet 2021 inclus »* est donc interdite.

« Le changement introduit par la loi du 17 juin 2020 tient au fait que l'interdiction est désormais opposable, […] sans que les entreprises en redressement concernées soient tenues d'informer préalablement du changement de leur situation à cet égard. » précise Me Charrel. L'interdiction de principe et d'ordre public de résiliation du contrat en cas de redressement judiciaire de l'entreprise ne concerne que les entreprises étrangères, *« les entreprises soumises au droit français bénéficiant déjà de cette interdiction. Le fait que la condition d'information préalable du changement de situation ne soit plus une condition d'application ne manquera pas de poser quelques difficultés d'application lorsque les acheteurs n'auront pas pris la précaution de vérifier la situation des entreprises avant notification de résiliation»* relève l'avocat.

Me Emilien Amizet

« Les acheteurs confrontés à des difficultés d'exécution du marché ou de la concession telles qu'ils se verraient contraint de notifier une résiliation, pourraient alors se voir opposer l'interdiction sans avoir été préalablement informé de la mise en redressement judiciaire de leur cocontractant. » Il faut préciser que *« le dispositif classique de mise en demeure adressé à l'administrateur pour qu'il se prononce sur la continuation du contrat s'applique ; faute de réponse dans un délai d'un mois (pouvant être porté à deux mois par le juge-commissaire), l'entreprise est réputée renoncer à l'exécution du contrat »* indique Me Charrel.

Selon le cabinet Fidal toute résiliation unilatérale pour ce motif est donc désormais interdite. *« Bien entendu, la résiliation du marché reste possible, d'un commun accord, si l'administrateur judiciaire nommé par le Tribunal de commerce ne souhaite pas poursuivre l'exécution du contrat, notamment dans l'hypothèse où le marché serait déficitaire. L'acheteur conserve également la faculté de résilier le marché de manière unilatérale pour d'autres motifs que le placement en redressement judiciaire, notamment en cas de faute grave du titulaire. Enfin, il ne faut pas oublier que l'acheteur dispose d'outils, tels que la délégation de paiement ou l'avenant de transfert, qui peuvent lui permettre de pallier tout ou partie des inconvénients du redressement judiciaire du titulaire. »*

> **« L'acheteur conserve la faculté de résilier le marché de manière unilatérale pour d'autres motifs »**

Les acheteurs ont-ils toujours droit au bâton ?

Les textes imposant aux acheteurs de tendre la main aux entreprises en difficulté, se pose la question de savoir si l'acheteur pourra appliquer des mesures coercitives en cas de non-respect des prescriptions contractuelles par le titulaire du contrat faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.

« Avec ces nouvelles dispositions, le législateur a souhaité soutenir les entreprises en redressement judiciaire en garantissant leur accès à la commande publique et le maintien de leur activité, mais il n'a pas créé d' « immunité » à leur égard. L'acheteur peut donc appliquer des mesures coercitives en cas de non-respect des prescriptions contractuelles, comme des pénalités de retard par exemple, sous réserve des dispositions particulières de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020. Il est toutefois évident que l'acheteur devra tenir compte de la gravité du manquement et faire preuve de modération dans l'application de ces pénalités sous peine d'aggraver la situation financière de l'entreprise, notamment si ses créances nées du marché ont été cédées à des tiers, ce qui est fréquent en redressement judiciaire » indique le cabinet Fidal.

> **« Le législateur a souhaité soutenir les entreprises […] mais il n'a pas créé d' « immunité » à leur égard »**

« Une entreprise en situation de sauvegarde, de redressement et de liquidation bénéficie d'une période de protection juridique impliquant la suppression de l'exception d'inexécution pour la période antérieure au jugement d'ouverture de la procédure (articles L.622-13, L.631-14 et L.641-10 du code de commerce). Par contre, concernant les inexécutions après ouverture de la procédure, l'administrateur en est redevable de sorte que le contrat peut être résilié en raison des fautes commises pendant la période de sauvegarde, redressement ou liquidation » déclare Me Charrel.

Un coup d'épée dans l'eau ?

Si le cabinet Fidal salue l'adoption de ces textes de soutien aux entreprises, il conclut : *« Toutefois, il s'agit, selon nous, d'une révolution en trompe-l'œil qui n'induit, en pratique, que peu de changements sur les modalités de passation et d'exécution des contrats. »*

Sentiment partagé par Me Charrel : *« Ces mesures semblent finalement assez cosmétiques pour tenter de sensibiliser… ceux qui ne le seraient pas encore. » Si ce dernier comprend que ces mesures ont été prises dans l'urgence il note que « certains aspects peuvent s'avérer contradictoires avec la finalité recherchée »* comme il l'a développé dans ses propos. Il regrette cependant qu' *« un des enjeux des conséquences de la crise sanitaire n'a pas encore été pris en compte : l'impact sur l'exécution des contrats. »*

> **« Ces mesures semblent finalement assez cosmétiques »**

© achatpublic.info

Par : Mme Aude Camus

Commenter | Ajouter aux favoris

Share | Tweet

Lire d'autres articles

Covid-19 - Défaillance du... (Rédaction)	18/05/2020
[Tribune] Les outils de la... (Emilien Amizet et José-Manuel...)	20/02/2020
Marchés publics et procédures... (Aude Camus)	19/12/2019
Marchés publics et procédures... (Aude Camus)	23/12/2019

CERGY-PONTOISE l'agglomération

Au sein de la Direction Finances, achats et contrôle de gestion, la Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise recrute :

ACHETEUR (H/F)

En savoir plus

Offres d'emploi

[30/06] – Acheteur - CDD (h/f)

[28/06] – Chef du service achats (h/f)

[27/06] – Juriste gestionnaire de la commande publique (h/f)

Les plus lus

1 - Une nouvelle ordonnance...
2 - La clause de révision des...
3 - Choix des critères d...
4 - L'irrégularité de l'offre...
5 - La méthode de notation qui...

Nouveaux documents

Les derniers documents de la documentation :

[30/06] – CE 9 juin 2020 Métropole Nice-Côte d'Azur

[24/06] – CJUE 14 mai 2020 T-Systems

[22/06] – CE 10 juin 2020 Société Bonaud