THÈSE

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

École doctorale Sciences sociales et humanités (ED 481 SSH)

Présentée et soutenue le 6 octobre 2023

par **Florent LACARRÈRE**

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit public

LE CONTRAT ADMINISTRATIF À L'ÉPREUVE DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Philippe TERNEYRE

JURY

RAPPORTEURS

- **Hélène HOEPFFNER**
  Professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
- **Gabriel ECKERT**
  Professeur de droit public à Sciences Po Strasbourg – Université de Strasbourg

MEMBRES DU JURY

- **Christine MAUGÜÉ**
  Conseillère d'État – Présidente adjointe de la section du contentieux du Conseil d'État
- **Denys de BÉCHILLON**
  Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- **Arnaud LECOURT**
  Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- **Philippe TERNEYRE**
  Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (directeur de recherche)

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

THÈSE

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

École doctorale Sciences sociales et humanités (ED 481 SSH)

Présentée et soutenue le 6 octobre 2023

par **Florent LACARRÈRE**

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit public

LE CONTRAT ADMINISTRATIF À L'ÉPREUVE DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Philippe TERNEYRE

JURY

RAPPORTEURS

- **Hélène HOEPFFNER**
  Professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
- **Gabriel ECKERT**
  Professeur de droit public à Sciences Po Strasbourg – Université de Strasbourg

MEMBRES DU JURY

- **Christine MAUGÜÉ**
  Conseillère d'État – Présidente adjointe de la section du contentieux du Conseil d'État
- **Denys de BÉCHILLON**
  Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- **Arnaud LECOURT**
  Professeur de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
- **Philippe TERNEYRE**
  Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (directeur de recherche)

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions contenues dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À la mémoire de mon grand-père,

À ma famille,

Remerciements

La soutenance de cette thèse est l'aboutissement de dix années d'études à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. Je les dois à l'ensemble des actrices et acteurs de cette université, enseignants-chercheurs, chargés de travaux dirigés, personnels administratifs et techniques qui ont accompagné et contribué à construire mon parcours de formation. Je suis fier d'appartenir à cette école paloise du droit public, dont les préceptes sont la rigueur, la simplicité, l'humilité et le doute toujours renouvelé.

Mes premiers remerciements iront au Professeur Philippe TERNEYRE, directeur de master, de mémoire puis de thèse, qui m'a accordé la confiance, la bienveillance et la patience nécessaires au cours de ces années.

Un grand merci également aux enseignants-chercheurs de l'UPPA et personnels des laboratoires qui m'ont fait l'honneur de me confier des projets de recherche (notamment au centre de recherche Pau droit public) et des enseignements en tant que vacataire puis en tant qu'attaché temporaire d'enseignement et de recherche. J'ai mené ces travaux avec humilité, sens du devoir et pédagogie.

Si les travaux de thèse sont essentiellement solitaires, rien ne serait possible sans une forte cohésion entre les doctorants de droit, tous laboratoires et disciplines confondus. Merci aux collègues, membres de l'Association des publicistes palois et de l'Association des juristes privatistes de l'Adour d'avoir été présents pour partager les meilleurs moments comme les temps les plus difficiles. Nombre d'entre vous êtes devenus des amis et continuerez à m'accompagner encore pendant de longues années.

À ma famille, à mes amis, à *toi*, vous avez toujours été là pour me soutenir, alors que la thèse semblait ne jamais s'achever, supportant mes sautes d'humeur comme mes doutes les plus profonds. Je n'oublie pas que vous restez l'essentiel et qu'aucun accomplissement n'aurait été possible sans vous.

Mes derniers remerciements vont à celles et ceux qui ont accepté de siéger au sein de ce jury ; Madame le Professeur Hélène HOEPFFNER, Madame la Conseillère d'État Christine MAUGÜE, Messieurs les Professeurs Gabriel ECKERT, Denys DE BECHILLON et Arnaud LECOURT. Je les remercie pour le temps qu'ils accorderont à la lecture de cette étude et pour le déplacement effectué jusqu'à Pau.

Principales abréviations

aff.	affaire
Act. proc. coll.	*Actualité des procédures collectives*
AJCT	*Actualité juridique des collectivités territoriales*
AJDA	*Actualité juridique, droit administratif*
AJDI	*Actualité juridique, droit immobilier*
AIJC	*Annuaire international de justice constitutionnelle*
AJ contrat	*Actualité juridique du contrat*
al.	alinéa
art.	article
art. préc.	article précité
BJE	*Bulletin Joly des entreprises en difficulté*
Bull.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation
Bull. Joly	*Bulletin mensuel Joly de droit des sociétés*
c/	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Cons. const.	*Cahiers du conseil constitutionnel*
Cass. civ. 1ère	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ. 2ème	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. civ. 3ème	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CE, Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
CE, Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
cf.	confer (se reporter à)
chron.	chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	*Revue Contrats et marchés publics*

comm.	commentaire
concl.	conclusions
D.	*Recueil Dalloz*
dir.	sous la direction de
éd.	Edition
Gaz. pal.	*Gazette du Palais*
ibid.	*ibidem* (au même endroit-
infra	ci-dessous
JDA	*Journal du droit administratif*
JCP A	*La semaine juridique – administration et collectivités*
JCP E	*La semaine juridique – entreprise*
JCP G	*La semaine juridique – édition générale*
JORF	Journal officiel de la République française
Lebon	*Recueil Lebon*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	numéro
Nouv. Cah. Cons. const.	*Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*
obs.	observations
op. cit.	*opere citato* (ouvrage cité)
ord.	ordonnance
p.	page
préc.	précité
pt.	point(s)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
S.	*Revue Sirey*
RDC	*Revue des contrats*
RDP	*Revue de droit public*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
Rec.	Recueil
Rev. proc. coll.	*Revue des procédures collectives*

RFDA	*Revue française de droit administratif*
RFDC	*Revue française de droit constititonnel*
suiv.	suivant(s)
Supra	ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
v.	voir
vol.	volume

Plan général

Le contrat administratif à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté

Idée générale *: Le droit des entreprises en difficulté altère les éléments caractéristiques du contrat administratif, c'est-à-dire son essence contractuelle comme sa qualification administrative.*

PARTIE 1 : UN CONTRAT ADMINISTRATIF MOINS CONTRACTUEL

TITRE 1 : LA RESTRICTION DU CHOIX DU COCONTRACTANT

Chapitre 1 : L'accès limité des entreprises en difficulté aux contrats administratifs

Chapitre 2 : La cession judiciaire des contrats administratifs

TITRE 2 : LA PERTURBATION DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

Chapitre 1 : La perturbation de l'exécution technique

Chapitre 2 : La perturbation de l'exécution financière

PARTIE 2 : UN CONTRAT ADMINISTRATIF MOINS ADMINISTRATIF

TITRE 1 : L'ALTERATION DE L'EXORBITANCE

Chapitre 1 : Le conflit de double exorbitance

Chapitre 2 : La neutralisation des objectifs des deux régimes exorbitants

TITRE 2 : LA CONFUSION DU TRAITEMENT CONTENTIEUX

Chapitre 1 : La difficile répartition des compétences

Chapitre 2 : La complexification du contrôle des juges

Introduction générale

« Illustration pathologique des relations quelquefois compliquées entre les règles applicables à la sphère publique et celles du secteur commercial, la combinaison du droit des contrats publics et du droit des procédures collectives (qu'il s'agisse de la sauvegarde, de la liquidation ou du redressement judiciaire) constitue pour les amateurs - à l'instar de sujets voisins -, un "classique" du répertoire. Elle mériterait aujourd'hui une étude d'ampleur, tant la matière est technique, les difficultés nombreuses et les enjeux économiques, considérables. »[1]

1. Le droit administratif fait la part belle au déploiement d'un régime juridique protecteur de l'intérêt général par le droit administratif. En cas de dégradation du contexte économique, la puissance publique ne rétablit-elle pas l'équilibre économique du contrat administratif ? En cas de défaillance du cocontractant, ne dispose-t-elle de pouvoirs exorbitants qui lui permettent de mettre un terme anticipé à l'exécution ? Face à la divergence entre les parties, le juge administratif ne tient-il pas compte de la primauté de l'intérêt public ? Qu'aurait alors à craindre la personne publique des difficultés de son cocontractant ? À en croire le professeur Philippe YOLKA[2], cette question ne peut être écartée par une réponse évasive et il est difficile de lui donner tort : l'application du droit des entreprises en difficulté est susceptible d'altérer significativement le régime juridique applicable aux contrats administratifs et de porter atteinte à l'intérêt public qui le justifie.

---

[1] YOLKA Ph., *« Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles »*, *AJDA* 2017, p. 1173.

[2] ibid.

2. Les interactions entre le droit des entreprises en difficulté et le droit des contrats administratifs ne sont pas un simple cas d'école. En 2022, 40 234 entreprises sont entrées en procédure collective et 7 172 autres se sont engagées dans des procédures préventives[3]. Dans un tel contexte de bondissement des défaillances d'entreprises[4], le nombre de titulaires de contrats administratifs en difficulté ne peut que s'accroître, en particulier dans le commerce et la construction[5]. Ce phénomène économique se traduit juridiquement par la multiplication des décisions juridictionnelles qui traitent de contrats administratifs et de procédures collectives[6].

3. En outre, la confrontation des personnes publiques aux défaillances de leurs cocontractants est renforcée par le mouvement de contractualisation du droit public. L'amplification du recours au contrat par les personnes publiques est un phénomène largement observé et admis par la doctrine[7]. Il se traduit en matière économique par une externalisation croissante des prestations fournies à l'Administration. Si le recours aux procédés contractuels en matière économique n'est pas un fait nouveau, la libéralisation des secteurs économiques autrefois monopolistiques, la marginalisation de la régie comme mode de gestion des services publics, ainsi que le poids conséquent de la commande publique dans

[3] Observatoire des données économiques du CNAJMJ, *Indicateurs – Procédures collectives & de prévention,* année 2022, https://www.cnajmj.fr/abracad-nor/2023/01/Indicateurs-annuels-Procedures-collectives-et-de-prevention-en-2022.pdf.

[4] *ibid.*, les statistiques font apparaître une hausse de 45,3% du nombre de procédures collectives ouvertes en 2022 par rapport à l'année précédente. Bien évidemment, les études annuelles de l'Observatoire font apparaître des variations du nombre de procédures engagées en fonction de la conjoncture économique. Pourtant, selon l'Observatoire du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce, on dénombrait déjà 44 650 jugements d'ouverture de procédures collectives en 2019, précédemment aux crises mondiales les plus récentes ; https://www.cngtc.fr/fr/os-jugement-ouverture-procedure-collective.php#.

[5] Observatoire des données économiques du CNAJMJ, *Indicateurs – Procédures collectives & de prévention,* année 2022, *precit.* ; les entreprises de ces deux secteurs sont les deux principales victimes de défaillances en 2022, totalisant près de 37,5% des procédures collectives ouvertes en 2022. Notons par ailleurs que les marchés de travaux et de fourniture, miroirs – certes imparfaits – des secteurs de la construction et du commerce, totalisent respectivement 36% et 26% des contrats de la commande conclus, soit 62% au total ; v. Min. Économie et Finances, DAJ, *Recensement économique de la commande publique*, 2021.

[6] Le croisement des termes de « *contrat administratif* » ou « *marché public* » et de « *redressement judiciaire* » ou « *liquidation judiciaire* » dans la base de données *Légifrance* fait apparaître plus d'une centaine d'occurrences de jurisprudence administrative et plusieurs milliers d'occurrences de jurisprudence commerciale.

[7] RICHER L., « *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques* », *AJDA,* 2003, n°19, p. 973 ; JEGOUZO Y., « *L'administration contractuelle en question* », in *Mouvement du droit public, Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 552 ; CHEVALLIER J., « *Loi et contrat dans l'action publique* », *Cahiers du* conseil constitutionnel n°17, mars 2005 ; Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes,* Rapport public 2008 ; AMILHAT M. (dir.), « *Dossier – La contractualisation en droit public : bilan et perspectives* », *RFDA* 2018, p. 1.

le PIB[8] conduisent les personnes publiques contractantes à une exposition indirecte mais croissante aux aléas du marché, et singulièrement aux défaillances de leurs cocontractants.

4. Pourtant, la rencontre des contrats administratifs et des difficultés des entreprises n'a jamais fait l'objet d'une étude juridique d'ampleur. On le doit probablement à l'ultra-spécialisation des sciences juridiques qui rend difficile l'analyse de deux branches du droit que tout oppose. En effet, le droit des contrats administratifs et le droit des entreprises en difficulté sont certes soumis à des caractéristiques communes (exorbitance, impérativité), mais aussi à des logiques spécifiques (primauté de l'intérêt général d'une part, règles strictes d'égalité entre les créanciers d'autre part) qui les rendent très difficilement conciliables. L'ouverture de la procédure collective à l'égard du cocontractant de l'Administration se traduit par la confrontation de logiques et de principes antagoniques ; elle ouvre un champ d'incertitudes théoriques et pratiques considérable.

5. Il s'agit alors d'étudier la rencontre du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratifs pour constater le dérèglement du régime juridique applicable à ces conventions. Cela suppose à titre liminaire d'établir le périmètre de la présente recherche (§1), son intérêt (§2.) pour ensuite présenter la méthodologie employée pour permettre son aboutissement (§3.).

§1. Le périmètre de l'étude

6. Tracer le champ de la recherche est un préalable nécessaire au déploiement de la démonstration. La présente étude se propose de faire du contrat administratif le protagoniste (A) et du droit des entreprises en difficulté l'élément perturbateur des logiques classiques du droit administratif (B).

A) L'objet principal de la recherche : le contrat administratif

7. La confrontation d'un objet contractuel étudié par le droit public avec le droit des entreprises en difficulté aurait pu conduire à un champ d'étude plus ou moins restrictif. La poursuite d'une cohérence absolue du régime juridique applicable au contrat aurait pu

[8] Il est estimé à 8% du PIB en 2021 selon le Ministère de l'Économie et des finances ; Min. Économie et Finances, DAJ, *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises*, mars 2021.

conduire à n'étudier que certains contrats administratifs, tels les contrats de la commande publique. La volonté de mener étude globale en droit public économique aurait pu conduire à retenir la notion extensive de contrats publics. C'est pourtant bien le seul contrat administratif qui fait l'objet de la présente étude et ce choix mérite d'être justifié.

8. **La systématisation au prix du dépassement de la seule commande publique** – Étudier la mise à l'épreuve des contrats de la commande publique par le droit des entreprises en difficulté aurait eu un intérêt incontestable[9], mais aussi certains travers. Il faut concéder que le droit de la commande publique constitue la principale source de contentieux confrontant les contrats passés par des personnes publiques aux procédures d'insolvabilité de leurs cocontractants. Une telle étude aurait également été plus confortable, en ce que le code de la commande publique permet – enfin – de bénéficier d'un cadre juridique cohérent comme d'un droit écrit relativement stable. Pour autant, en premier lieu, tous les contrats de la commande publique ne sont pas des contrats de droit public. Au titre de l'article L. 6 du code de la commande publique, ne sont des contrats administratifs que certains contrats de la commande publique conclus par des personnes morales de droit public. La coexistence de contrats administratifs et de contrats privés en droit de la commande publique tempère alors l'unicité supposée du régime juridique qui leur est applicable. En second lieu, l'étude du seul droit de la commande publique ne permet pas de se référer pleinement à la théorie générale du contrat administratif[10]. L'étude des contrats administratifs dans leur ensemble autorise à l'inverse une forme de systématisation des analyses et solutions proposées[11], d'aborder la question de l'exorbitance de manière globale et d'analyser la perturbation du contentieux spécifique qui leur est applicable.

---

[9] Des auteurs ont d'ailleurs fait ce choix, v. par ex. LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », dossier hors-série, *Le Moniteur*, déc. 2014 ; BRUNELLA S., « *L'exécution des marchés publics et les entreprises en difficulté* », *Le journal des maires*, janv. 2013 ; TEBOUL G., « *L'entreprise en difficulté et les marchés publics* », *Gaz. Pal.*, 2008, n°201, p. 2 ; DIESBECQ M., KALFLECHE G., THOMAS N., SAYAG C., « *Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté* », *Revue des procédures collectives* n°2, mars 2022, dossier 17. C'est également le choix retenu par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des finances qui a produit deux fiches techniques sur le sujet : Min. Economie et Finances, DAJ, *L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics*, fevr. 2015 ; *Les entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public*, avr. 2019.

[10] PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, Éd. Pédone, 1945, Éd. La Mémoire du droit, 2020 ; LAUBADERE (de) A., actualisé par MODERNE F., DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983-1984 ; VAYSSE C., *La théorie générale du contrat administratif - Analyse de la résilience d'une notion oscillant entre forces de conservation et besoin de renouvellement*, L'Harmattan, 2022.

[11] Il faut toutefois admettre que l'ensemble des contrats administratifs ne seront pas réellement concernés par la présente étude. L'on peut difficilement imaginer une situation dans laquelle le contrat administratif passé avec un agent contractuel public pourrait être affecté par quelconque procédure collective. Ces contrats ne seront donc pas abordés dans les présents travaux.

9. **Une approche circonscrite aux prix du rejet de la notion de contrats publics** – Étudier l'influence du droit des entreprises en difficulté sur l'ensemble des contrats publics[12] aurait également été pertinent. Il aurait permis de déployer une approche commune à l'ensemble des contrats des personnes publiques et ainsi, d'aborder plus largement du droit public économique. Ajoutons en outre que le droit des entreprises en difficulté ne fait que peu de cas de la nature publique ou privée du contrat, ce qui aurait conduit à une étude sur l'action publique de l'Administration – par l'intermédiaire de ses contrats – face au droit des entreprises en difficulté. Ce n'est pourtant pas l'approche retenue. Parmi les contrats publics, les contrats administratifs ont pour caractéristique commune leur régime juridique exorbitant et leur régime contentieux spécifique[13]. Alors, le choix d'aborder les seuls contrats administratifs permet tout à la fois d'étudier la perturbation du droit contractuel – propre à toute procédure collective – mais aussi de confronter leur exorbitance et leur contentieux spécifiques aux dispositions du droit des entreprises en difficulté. La rencontre de l'exorbitance propre aux contrats administratifs avec l'exorbitance caractéristique du droit des entreprises en difficulté est en effet l'un des éléments d'intérêt les plus marqués de la présente étude.

10. **« Le contrat administratif »** – Le contrat administratif est une notion clé de l'étude et de la pratique du droit public. Elle fait l'objet d'innombrables travaux universitaires[14]. Il serait

---

[12] Par contrats publics, on entend sommairement l'ensemble des contrats passés par des personnes publiques – ou dans la sphère publique – sans considération de leur régime juridique. Ainsi, parmi les contrats publics l'on trouve des contrats de droit privé et des contrats administratifs. L'autonomisation de la notion de contrat public avec la notion de contrat administratif est née des travaux de Michel GUIBAL : GUIBAL M., « *Droit public des contrats et concurrence : le style européen* », *JCP* 1993, n°15, p. 161. La notion est désormais admise et a fait l'objet de nombreux travaux doctrinaux : UZAN-NAULIN J, *L'unification du droit des contrats publics*, thèse, Paris XII, 2006 ; MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, thèse, Paris II, v. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2010 ; CLAMOUR G., « *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics* », in *Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, p. 637 ; HASQUENOPH I., *Contrats publics et concurrence*, thèse, Paris I, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 206, 2021 ; ECKERT G., « *Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ?* », *Rev. Droit et ville*, 70/2010, p. 189 ; LICHERE F., *Droit des contrats publics*, Dalloz, 3ème édition, 2020.

[13] Le Professeur Hélène HOEPFFNER valorise d'ailleurs la notion de "contrat administratif" au détriment de la notion de "contrat public" en estimant que « *la seule notion ayant une existence juridique est celle de contrat administratif » ;* HOEPFFNER H., *Le contrat administratif,* Dalloz, 3ème édition, 2022, p. 1. Le Professeur Gabriel ECKERT partage le point de vue selon lequel il n'existe aucune unité parmi les contrats publics : « *Autrement dit, la question sous-jacente est celle de savoir si, en droit français, est recevable l'hypothèse d'un contrat pur de droit privé de l'Administration. La réponse à cette question semble bien devoir être positive, excluant par là même l'hypothèse d'une notion juridique de contrat public. Tout au moins l'unité et la singularité de la catégorie de contrat public ne peuvent être recherchée dans ce qui caractérise le contrat administratif, à savoir la puissance publique* », *« il semble que l'expression de contrat public ne revêt qu'une portée purement descriptive et ne renvoie à aucun régime juridique commun* » ; ECKERT G., « *Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ? »*, *Revue Droit et ville*, 70/2010, p. 193 et 207.

[14] Le caractère essentiel de la notion de contrat administratif peut être illustrée par la multiplicité des manuels encore édités et qui en font l'étude, v. notamment HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.* ; UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 4ème édition, 2022 ; RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*,

donc illusoire d'espérer apporter quoi que ce soit à l'état de la recherche sur l'identification des contrats administratifs. La définition du Professeur Hélène HOEPFFNER sera ici retenue. Elle énonce que la notion de contrat administratif « *désigne les contrats généralement conclus par des personnes publiques qui, en vertu d'une qualification législative ou de l'application de critères jurisprudentiels, sont soumis à un régime juridique spécial dérogatoire au droit civil du contrat et dont le contentieux relève du juge administratif* »[15]. Tout au plus peut-on préciser que la présente étude a pour objectif de se référer à la fois au régime juridique commun à l'ensemble des contrats administratifs[16] et à la théorie générale du contrat administratif[17], dans une tentative de systémisation.

11. **Étudier le contrat administratif** – Le contrat administratif n'est pas un concept théorique ; c'est un objet animé. Il se forme, vit et s'éteint ; les étapes de cette vie contractuelle sont l'objet de la présente recherche. L'étude du contrat administratif revient à examiner les conditions de sa formation – en principe libre –, à observer la vie du contrat administratif, dans sa dimension contractuelle comme dans sa dimension administrative. Le contrat administratif est marqué par la coexistence de deux paramètres. D'une part, le contrat administratif est un contrat qui répond pour l'essentiel aux principes consensualistes issus des articles 1101 et suivants du code civil[18] : autonomie de la volonté[19],

---

12ème édition, 2021, DUBREUIL Ch.-A., *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis, 2ème édition, 2022 ; SUBRA D. TESSIER E., *Le droit des contrats administratifs*, 2ème édition, 2021 ; HOURSON S., YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2ème édition, 2020.

15 HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, *op. cit*, p. 1-2.

16 La tentative de systématisation par référence aux caractéristiques communes à l'ensemble des contrats administratifs n'empêchera toutefois pas de signaler et de traiter des spécificités des contrats administratifs spéciaux lorsque cela se révèlera nécessaire.

17 v. notamment PEQUIGNOT G., *op. cit.. ;* LAUBADERE (de) A., actualisé par MODERNE F., DELVOLVE P., *op. cit.* ; VAYSSE C., *op. cit. ;* il faut également tenir compte des critiques de la théorie générale du contrat administratif ; v. par ex. WEIL P., « *Le critère du contrat administratif en crise* », *Mélanges M. Waline* 1974, p. 831 ; BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse, Poitiers, 2002 ; « *La théorie du contrat, évolutions récentes* », *AJDA* 2003, p. 919 ; *Traité de droit administratif*, Dalloz, p. 263 ; AMILHAT M., « *La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes* », *JDA*, 4 déc. 2016, art. 105 ; *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*, mémoire HDR, nov. 2019; GAUDEMET Y., « *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire* », *RDP* 2010, p. 313 ; PLESSIX B, « *Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif* », in CLAMOUR G (dir.), *Contrats et propriété publics*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », t. 36, 2011, p. 29-41

18 MARTIN J., *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse, Paris II, 2008.

19 v. toutefois les doutes sur l'applicabilité de ce principe aux contrats administratifs : PLESSIX B., « *Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs* », *Droit et philosophie*, 2012, n°4 ; NICINSKI S., « *Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs* », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal,* Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 47 ; SAUNIER S., « *L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point* », *RFDA* 2007, p. 609 ; TERNEYRE Ph., RAPP L. (dir.), *Droit public des affaires*, Lamy, 2022, p. 1038 : « *ce concept qui repose sur une approche individualiste se prête assez mal au statut et au rôle des personnes publiques dont la capacité à contracter relève avant tout d'une habilitation et d'une compétence attribuée par la loi* » ; UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 61 :

liberté contractuelle[20], consentement des parties[21], force obligatoire du contrat[22]. Sauf à ce que des circonstances d'intérêt général l'exigent, le contrat s'exécute conformément à ses clauses. D'autre part, le contrat administratif est marqué par sa spécificité administrative. La personne publique contractante peut user de pouvoirs exorbitants dans l'intérêt général ou pour sanctionner l'inexécution des clauses du contrat, sous le contrôle du juge administratif. L'étude du contrat administratif conduit alors nécessairement à examiner la mise en œuvre de son régime exorbitant et de son contentieux spécifique.

12. L'examen des phénomènes contractuels et exorbitants qui caractérisent le contrat administratif présente un intérêt certain, eu égard à cette part incompressible de régime juridique commun à l'ensemble de ces conventions. Ledit intérêt est encore renforcé lorsque – et c'est l'objet de la présente étude –, le contrat administratif rencontre le droit des entreprises en difficulté.

B) Un facteur de perturbation : le droit des entreprises en difficulté

13. À l'instar du droit administratif, le droit des entreprises en difficulté n'est semblable à aucun autre. Tout en étant conçu comme une branche du droit commercial, il s'en affranchit indéniablement par son histoire, ses multiples évolutions ainsi que l'exorbitance des procédures qu'il prévoit. Il importe alors d'établir la substance du *droit des entreprises en*

« *la notion de volonté, qui est au fondement de la liberté contractuelle, est une notion essentiellement forgée pour l'individu : peut-on reconnaître une volonté autonome aux personnes morales de droit public ? Peut-on admettre que ces dernières disposent d'une liberté contractuelle ?*»

[20] AJJOUB M., *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, thèse, Paris II, 2016 ; JANICOT L., « *Ordre public et contrat administratif* », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Cujas 2013, p. 61; FLEURY T., « *La liberté contractuelle des personnes publiques* », *RFDA,* 2012, p. 231 ; LLORENS F., « *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* », *CMP*, 2007, n°5, p. 10 ; MAHOUACHI M., *La liberté contractuelle des collectivités locales*, PUAM, 2002 ; DUFFY A., « *La constitutionnalisation de la liberté contractuelle* », *RDP* 2006, p. 1569 ; MAUGÜE Ch., TERNEYRE Ph., « *La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat* », *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013.

[21] BRUERE J., *« Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP,* 1996, p. 1715 *;* PLESSIX B., « *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs* », *RFDA*, 2006 p. 12 ; WEBER Y., « *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs* », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Économica, 1996, p. 315 ; KALFLECHE G., « *L'erreur en droit des contrats administratifs »,* in *L'erreur en droit public,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 113-123.

[22] BECHILLON (de) D., « *Le contrat comme norme dans le droit public positif* », *RFDA*, 1992, p. 15 ; L'HUILLIER J., « *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ?* », *Recueil Dalloz*, 1953, p. 87 ; TERNEYRE Ph., *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, These, Economica, 1989, p. 13 : « *en ce qui concerne les effets des contrats administratifs, ces auteurs ont souligné que le principe de la force obligatoire du contrat […] avait la même intensité en droit public qu'en droit privé. D'une part en effet, la jurisprudence administrative n'a jamais nié qu'un tel principe soit applicable aux contrats administratifs […] D'autre part, l'administration active souligne elle-même qu'en principe "les contrats font la loi des parties". Dès lors, il n'est pas audacieux d'avancer que l'effet essentiel du contrat administratif réside, comme en droit privé, dans sa force obligatoire et que cette dernière s'impose à la personne publique comme à son cocontractant privé* ».

difficulté tant du point de vue terminologique que du point de vue de son régime juridique dérogatoire, qui laisse pressentir le dérèglement qu'il cause au droit administratif.

14. **Le dépassement des seules procédures collectives** – Étudier les seules procédures collectives aurait eu du sens. Bien que la dénomination de *droit des procédures collectives* soit aujourd'hui quelque peu désuète, remplacée, suivant le titre du livre VI du code de commerce, par l'appellation de *droit des entreprises en difficulté*, plusieurs auteurs en usent encore[23] ou bien lui préfèrent celle – quoique marginale – de *droit de la faillite*[24]. Les procédures collectives recouvrent en effet une part significative du droit des entreprises en difficulté : les procédures judiciarisées de traitement des difficultés des entreprises[25]. En ce cas, traiter des seules procédures collectives se traduirait par l'étude des seules procédures de sauvegarde, de sauvegarde accélérée, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, ce qui n'aurait pas été saugrenu. En effet, ces procédures sont celles qui recèlent l'essentiel des mécanismes exorbitants, susceptibles d'affecter le droit contractuel. Pour autant, cela aurait pu conduire à négliger la place croissante de la prévention en droit des entreprises en difficulté, susceptible d'avoir une influence sur les procédures collectives ultérieures[26]. En outre, l'évolution terminologique ne relève pas que de la pure forme. La dénomination de droit de la faillite fait écho à la substance originelle de cette branche du droit, qui en faisait un droit répressif destiné à la fois à sanctionner le débiteur et à désintéresser les créanciers. Par les lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985, le terme de *faillite*, qui sous-tendait cet aspect punitif, est abandonné au profit de la notion de *droit des procédures collectives*. Le développement de la prévention comme l'extension des débiteurs susceptibles de faire l'objet de procédures de traitement des difficultés ont conduit à dépasser les seules procédures collectives et à adopter le terme de *droit des entreprises en*

---

[23] LIENHARD A., PISONI P., *Code des procédures collectives 2023*, Dalloz, 21ème édition ; LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives 2023-2024*, Dalloz action, 12ème édition, 2022 ; PETEL P., *Procédures collectives,* Dalloz, 11ème édition, 2023 ; VALLANSAN J., *Guide des procédures collectives 2022-2023*, Lexis Nexis ; 3ème édition, 2022 ; MENJUCQ M., SAINTOURENS B., SOINNE B., *Traité des procédures collectives*, Lexis Nexis, 3ème édition, 2021.

[24] LUCAS F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 4ème édition, 2022.

[25] v. par ex. la définition donnée par Gérard CORNU : CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, LGDJ, 12 ème édition, 2018, qui désigne la notion de procédure collective comme un *« terme générique désignant toute procédure dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteurs ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisés de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits* ».

[26] La procédure de conciliation est d'ailleurs désignée par la doctrine comme une « *antichambre* » des procédures collectives ; v. par ex. MACORIG-VENIER F., « *La procédure de conciliation, antichambre de la sauvegarde financière accélérée* », *RTD com.* 2010, p. 781.

difficulté[27]. La multiplicité des outils de prévention et de traitement des difficultés des entreprises forment désormais un ensemble cohérent et indissociable. Bien que les procédures préventives n'aient qu'une influence relative sur le droit contractuel, il semble préférable que le droit des entreprises en difficulté soit abordé dans sa globalité[28].

15. **Le rejet de la notion d'insolvabilité** – La présente étude aurait également pu embrasser l'ensemble du droit relatif à l'insolvabilité. C'est notamment le choix retenu par le Professeur Karl LAFAURIE dans son travail de thèse qui portait sur *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*[29]. L'usage du terme de procédures d'insolvabilité aurait eu deux principales conséquences. En premier lieu, la notion d'insolvabilité est issue du droit de l'Union européenne[30]. Elle fait écho à l'uniformisation progressive des procédures de traitement des difficultés économiques à l'échelle européenne, condition *sine qua non* de l'égale concurrence au sein d'un marché unique[31]. L'étude de l'insolvabilité aurait donc légitimement pu faire l'objet d'une étude en droit européen ou en droit comparé[32], en particulier eu égard à la construction parallèle d'un droit de la commande publique également en cours d'uniformisation. En second lieu, en droit national, évoquer les procédures d'insolvabilité aurait une conséquence organique en ce qu'elles désignent tant le droit des entreprises en difficulté que les dispositions relatives au traitement du surendettement des particuliers[33]. Eu égard à la multiplicité des systèmes et régimes

---

[27] v. à ce propos COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7ème édition, 2022, pp. 3-19.

[28] De nombreux auteurs font d'ailleurs ce choix en proposant des manuels qui adoptent cette terminologie, notamment en ce qui concerne les ouvrages actualisés : COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* ; BORGA N., JACQUEMONT A., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 12ème édition, 2022 ; LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 9ème édition, 2022 ; LE CORRE P.-M., LE CORRE-BROLY E., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 10ème édition, 2022 ; HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.-H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 13ème édition, 2022 ; DONNETTE-BOISSIERE A., FAVARIO T., LAROCHE M., PEROCHON F., REILLE F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 11ème édition, 2022 ; ANTONINI-COCHIN L., HENRY L.-C., *Droit des entreprises en difficulté*, Gualino, 5ème édition, 2022 ; v. également Saint-Alary-Houin C., *Code des entreprises en difficulté 2023*, Lexis Nexis, 12ème édition, 2022.

[29] LAFAURIE K, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, Bordeaux, LGDJ, 2020.

[30] Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) ; Règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

[31] v. notamment sur le sujet : CUNIBERTI G., NABET P., RAIMON M., *Droit européen de l'insolvabilité*, LGDJ, 1ère édition, 2017 ; DAMMAN R., SENECHAL M, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éditions, 2018 ; MAILLY M., *L'application du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité aux groupes de sociétés*, thèse, Lille 2, 2014, LGDJ, 2018.

[32] v. à ce propos le rapport du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, *Analyse comparative des systèmes de procéduresc*ollectives *en Europe*, févr. 2021, https://www.cnajmj.fr/abracad-nor/2021/11/SynthAse_Analyse-comparative-systemes-procedures-collectives-Europe_SynthAse_vF.pdf.

[33] v. à ce propos LAFAURIE K, *op. cit.*, p. 9 : « *en ce qu'elle "couvre l'ensemble des hypothèses prévues par les différentes lois nationales relatives au traitement de l'endettement des entreprises et des particuliers" (cit. JUDE J.-M., Le droit international privé des procédures de*

juridiques auxquels fait appel la notion d'insolvabilité, lui sera préférée celle d'entreprises en difficulté. En effet, il est difficile d'identifier quelles seraient les interactions du droit des contrats administratifs avec le surendettement des particuliers. En outre, l'élargissement du sujet au traitement de l'insolvabilité à l'échelle de l'Union européenne aurait dilué le sens la présente étude en droit interne, alors qu'elle recèle un intérêt en tant que telle.

16. **« Le droit des entreprises en difficulté »** – Le droit des entreprises est inscrit au livre VI du code de commerce. Il est le fruit de mutations progressives, qui ont profondément transformé au cours de l'histoire le sens comme les objectifs de ce corpus législatif. Si l'on peut rechercher des sources antiques ou médiévales du droit des entreprises en difficulté[34], l'on peut affirmer que le code de commerce Napoléonien adopté en 1807 est un point de départ, une source écrite et complète d'un droit des faillites. Comme sous l'ancien régime[35], au début du XIXème siècle, le sort à réserver aux commerçants défaillants ne fait pas de doute : la logique y est punitive[36]. La terminologie employée, « *faillite* », « *faute grave* », « *fraude* », « *banqueroute* » fait nécessairement du commerçant en cessation des paiements un fraudeur[37] passible du tribunal correctionnel, voire de la cour d'assises. Les seuls objectifs de ce droit primitif des faillites consistent dans la sanction du débiteur et le

surendettement des particuliers, thèse PUAM, 2003, pref. ANCEL B., n°6), l'expression de "procédure d'insolvabilité" présente un caractère "générique" qui ne se retrouve pas dans d'autres notions connues, telles que celles de "procédure de faillite", de "procédure de surendettement" et de "procédure collective" » ; v. également par ex. à propos du surendettement des particuliers : MARTINEAU-BOURGNINAUD V., *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement professionnel*, LGDJ, 1ère édition, 2018 ; AVENA-ROBARDET V., FERRIERE F., *Surendettement des particuliers 2012-2013*, Dalloz, 4ème édition, 2012 ; CARDINI C., *Droit du surendettement des particuliers,* Lexis Nexis, 2ème édition, 2012.

[34] À ce propos, lire LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, Dalloz action, 9ème édition, 2016, n°042 « *Évolution historique* », pp. 21-52 ; DIDIER P., DIDIER Ph., *Droit commercial*, tome I, Economica, 2005, « *Chapitre II : Histoire du droit commercial* », pp. 13-116.

[35] v. par ex., pour un cas extrême : Ordonnance "Colbert" de 1673, Titre XI : Des faillites et banqueroutes, « *Art. 12. Les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement, et punis de mort* » in COQUERY N., « *Les faillites boutiquières sous l'Ancien Régime - Une gestion de l'échec mi-juridique mi-pragmatique (fin XVIIe - fin XVIIIe siècle)* », *Revue française de gestion*, 2008/8-9 (n°188-189), pp. 341-358.

[36] Art. 437 à 439 et 455 du Code de commerce (1807), BNF Gallica, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t/f48.item.zoom#, pp. 399-400 : « *437. Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. /438. Tout commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas de faute grave ou de fraude prévu par la présente loi est en état de banqueroute. /439. Il y a deux espèces de banqueroutes : - la banqueroute simple : elle sera jugée par les tribunaux correctionnels ; - la banqueroute frauduleuse : elle sera jugée par les cours d'assises. […] 455. Le tribunal de commerce ordonnera en même temps ou le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme […]* ».

[37] LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, Dalloz action, 9ème édition, 2016, n°041.11, p. 17 : « *il en est ainsi spécialement du rôle de sanction attaché au vocable "faillite", qui vient du latin "fallere", qui signifie manquer, tromper. Il est donc question de s'intéresser au débiteur qui a trompé ses créanciers. La notion même de faillite a une connotation éminemment sanctionnatrice* ».

désintéressement des créanciers[38]. La loi du 4 mars 1889 permet de débuter la mutation du droit des faillites, en réservant au « *débiteur malheureux et de bonne foi* »[39] un sort plus favorable avec la création d'une procédure de liquidation judiciaire. Par des décrets-lois du 8 août 1935, la rigueur envers les débiteurs s'est ensuite considérablement estompée, d'aucun évoquant même un « *âge d'or des débiteurs* »[40] – d'où un retour à la sévérité par le décret du 20 mai 1955. Les différentes réformes qui ont suivi[41] ont conduit progressivement à la disparition de la procédure de faillite, à permettre le redressement des entreprises, à prévenir et anticiper les difficultés des entreprises par la création de procédures nouvelles, à prendre en compte le sort du débiteur, de ses créanciers, salariés comme des garants. Les objectifs du droit des entreprises en difficulté sont désormais renouvelés et sont inscrits de manière très claire dans le code de commerce : « *permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »[42]. Le droit de la faillite a profondément muté pour devenir le droit des entreprises en difficulté : un droit moderne, qui prend en compte l'ensemble des intérêts représentés dans les procédures, dépourvu des logiques punitives et archaïques. Il n'en a pas pour autant perdu son caractère dérogatoire du droit commun.

17. **Les principales procédures** – À l'instar du contrat administratif, il serait superfétatoire d'expliciter à ce stade le fonctionnement détaillé de chaque procédure de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, alors qu'elles sont parfaitement établies par le livre VI du code de commerce, par une jurisprudence abondante et des sources doctrinales tout aussi fournies. Tout au plus pourra-t-on en quelques mots établir le sens de chaque procédure.

---

[38] BALZAC (DE) H., *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, 1837, cité par DELMOTTE Ph., « *L'égalité des créanciers dans les procédures collective* », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, 2ème partie, *Études sur le thème de l'égalité* : « *Messieurs, il nous était dû à tous en bloc un million. Nous avons dépecé notre homme comme une frégate sombrée. Les clous, les fers, les bois, les cuivres ont donné trois cent mille francs. Nous avons donc trente pour cent de nos créances. Heureux d'avoir trouvé cette somme quand notre débiteur pouvait ne nous laisser que cent mille francs, nous le déclarons un Aristide, nous lui votons des primes d'encouragement, des couronnes, et proposons de lui laisser son actif, en lui accordant dix ou douze ans pour nous payer cinquante pour cent qu'il daigne nous promettre. Voici le concordat, passez au bureau, signez-le !* »

[39] PRAQUIN N., « *Les faillites au XIXe siècle* », *Revue française de gestion* 2008/8-9 (n°188-189), pp. 359-382.

[40] LE CORRE P.-M., *op. cit.,* n°042.33, p. 27 cit. ARGENSON J., TOUJAS G., *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite – Traité et formulaire*, Litec, 4ème édition, 1973, p. 3.

[41] Loi du 13 juillet 1967, ordonnance du 23 septembre 1967, loi du 25 janvier 1985, loi du 10 juin 1994, loi du 26 juillet 2005, ordonnance du 18 décembre 2008, loi du 22 octobre 2010, ordonnances du 15 mars 2014 et du 26 septembre 2014, loi du 6 août 2015, loi du 22 mai 2019, ordonnance du 15 septembre 2021.

[42] Art. L. 620-1 et L. 631-1 du code de commerce.

Ce n'est qu'en cas d'impossibilité de réaliser ces objectifs qu'est prévue la liquidation judiciaire, dont l'objectif, prévu à l'article L. 640-1 du même code est de : « *mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ».

18. En premier lieu, il existe des procédures de prévention des difficultés, telles que l'alerte, le mandat *ad hoc* et la procédure de conciliation. L'alerte permet d'« *attirer l'attention des dirigeants sur la situation préoccupante de leur entreprise et permettre d'y remédier rapidement et discrètement* »[43]. Elle peut être déclenchée par le commissaire aux comptes, les associés, le comité social et économique, le Président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire, ou encore par des groupements de prévention agréés. Alerté, le dirigeant peut se tourner vers le mandat *ad hoc* pour l'accompagner dans le traitement des difficultés précoces de son entreprise. Le mandataire *ad hoc* est désigné par le juge, qui le charge d'une mission (traitement des difficultés, élaboration d'un plan de rétablissement amiable, préparation d'une cession de l'entreprise notamment). Notons que dès l'ouverture du mandat *ad hoc*, certaines clauses contractuelles peuvent être paralysées[44].

19. Si le débiteur n'est pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, il pourra également bénéficier de l'ouverture d'une procédure de conciliation. Cette procédure consiste dans la désignation par le tribunal d'un conciliateur, généralement chargé de négocier avec les créanciers un accord de conciliation[45] permettant d'étaler le paiement voire d'obtenir des remises sur les créances. Si un accord aboutit, il prend une forme contractuelle, mais peut également faire l'objet d'une homologation par le tribunal, aux effets utiles en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective[46].

20. En second lieu, le code de commerce établit des procédures collectives, qui sont les procédures de sauvegarde, de sauvegarde accélérée, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire partagent des traits communs. Il en va d'abord de leurs objectifs communs, précités[47], qui conduisent à ce que l'activité de l'entreprise soit poursuivie pendant la période d'observation, jusqu'à

---

[43] COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°25, p. 25.

[44] Art. L. 611-16 du code de commerce *: « Est réputée non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6 ou d'une demande formée à cette fin. […] »*

[45] Notons que l'article L. 611-16 précité est également applicable à la procédure de conciliation.

[46] Cette homologation permettra principalement aux créanciers signataires d'être épargnés par l'éventuelle mise en œuvre des nullités de la période suspecte et de bénéficier d'un privilège de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective.

[47] Art. L. 620-1 et L. 631-1 du code de commerce.

l'élaboration d'un plan de sortie de crise. Ensuite, des organes de la procédure collective sont nommés, notamment pour établir les créances (mandataire judiciaire), assister ou représenter le débiteur (administrateur), arbitrer le déroulement de la procédure collective (juge-commissaire), faire valoir les droits des salariés (le représentant des salariés). Enfin, au nom de l'égalité entre les créanciers, une adaptation du droit applicable aux contrats et aux créances est mis en œuvre ; le passif antérieur est gelé, au titre de l'interdiction des paiements, les assauts des créanciers sont paralysés, certains actes du débiteurs sont interdits et le sort des contrats en cours fait l'objet d'un encadrement strict et particulièrement dérogatoire. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire doivent conduire, au terme de la période d'observation, à l'adoption d'un plan de rétablissement de la situation économique de l'entreprise, qui peuvent prévoir une cession partielle ou totale de l'entreprise. La logique de la procédure de liquidation judiciaire est toute autre. Confrontée à un redressement « *manifestement impossible* »[48], l'entreprise fait l'objet d'une cessation totale d'activité – avec des conséquences contractuelles évidentes – ; il incombe aux organes de la procédure collective de désintéresser les créanciers en réalisant l'actif, par une cession de l'entité économique, globale ou fractionnée.

21. **Le droit contractuel mis à l'épreuve par le droit des entreprises en difficulté** – L'idée selon laquelle le droit des entreprises en difficulté *met à l'épreuve* divers aspects du droit civil n'est pas novatrice. Outre la thèse du Professeur Karl LAFAURIE précédemment évoquée[49], la thèse de Sophie SABATHIER qui traitait du « *droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives* »[50], comme celle de Laurent LESAGE, de « *la résolution du contrat à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté* »[51] utilisent la même terminologie. Il est certain que cette expression est celle qui désigne au mieux les conditions dans lesquelles le droit des entreprises en difficulté distord le droit contractuel. Pour autant, la locution de *mise à l'épreuve* n'implique pas nécessairement une description péjorative du phénomène subi par le contrat. *Mettre à l'épreuve* suggère également la réalisation d'une expérience, dont on recherche les effets positifs comme les échecs. *L'épreuve* peut également suggérer l'état provisoire d'un ouvrage, avant sa publication, qui peut faire l'objet d'améliorations ; le droit positif est également une *épreuve*, construite empiriquement et qui peut être améliorée. C'est

[48] Art. L. 640-1 du code de commerce.

[49] LAFAURIE K, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, Bordeaux, LGDJ, 2020.

[50] SABATHIER S., *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse, Toulouse, 2000.

[51] LESAGE L., *La résolution du contrat à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, thèse, Lille 2, 2003.

donc l'ensemble de la polysémie de *l'épreuve* qui peut être utilisée, pour examiner la distorsion du droit contractuel par le droit des entreprises en difficulté, tout en considérant que ses conséquences néfastes pourraient parfois être limitées par des évolutions légales, réglementaires ou jurisprudentielles.

22. Si l'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit civil contractuel fait légitimement l'objet d'études d'ampleur, il semble nécessaire d'ajouter à l'état de la recherche une étude propre aux contrats administratifs. Eu égard à leur spécificité, leur rencontre avec le droit des entreprises en difficulté promet en effet une confrontation d'ampleur, susceptible de distordre ou marginaliser les solutions de droit administratif.

§2. L'intérêt de l'étude

23. L'étude de la mise à l'épreuve du contrat administratif par le droit des entreprises en difficulté a ceci de pertinent qu'un certain nombre de travaux existants ne demandent qu'à être compilés, actualisés et exploités (A). En outre, le sujet nécessite d'être traité globalement, afin de de déjouer un champ considérable d'incertitudes théoriques et pratiques (B).

A) Mobiliser les travaux existants

24. Le présent sujet n'est pas vierge de toute étude doctrinale. La recherche sur l'influence du droit des entreprises en difficulté à l'égard d'autres régimes juridiques existants a fait l'objet de plusieurs travaux de thèse ; il en va de même pour les études qui confrontent des aspects du droit administratif avec le droit privé. Toujours est-il que ces les travaux existants nécessitent d'être valorisés pour traiter ce sujet qui n'a jamais fait l'objet d'une étude globale.

25. **Des thèses de référence** – La rencontre du droit administratif avec le droit commercial est désormais un sujet appréhendé par la doctrine. On le doit notamment à la thèse du Professeur Gabriel ECKERT, « *Droit public et commercialité* »[52], qui avait déjà consacré l'un de ses chapitres au « *droit administratif et* [aux] *procédures collectives* »[53]. D'autres thèses ont confronté un objet du droit public avec le droit des entreprises en difficulté ; c'est le cas de

[52] Eckert G., *Droit public et commercialité*, thèse, Strasbourg, 1994.

[53] Notons d'ailleurs l'existence d'une thèse en cours de préparation sur ce sujet par Mme Maude LAJOINIE, *Droit public et droit des entreprises en difficulté*, sous la direction du Professeur Sophie NICINSKI.

Martine LE ROUX, « *Sociétés d'économie mixte locales et procédures collectives* »[54] et d'Evelyne DROIN, « *Les personnes morales de droit public dans les procédures collectives* »[55]. De très nombreuses études en droit privé ont également traité de la confrontation du droit des procédures collectives avec d'autres branches du droit[56]. Alors, les thèses qui étudient la rencontre du droit administratif avec le droit privé, comme celles qui abordent l'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit commun sont des travaux de référence pour la construction de la présente étude.

26. **De multiples travaux doctrinaux** – La doctrine publiciste comme la doctrine privatiste n'ont pas ignoré l'intérêt à traiter de ce sujet. Les Professeurs CHARLES et DERRIDA s'en sont emparés dès 1977[57], comme le Professeur Pierre DELVOLVE en 1984[58] ou le Professeur Philippe TERNEYRE en 1992[59]. Les articles de doctrine et commentaires de décision se sont ensuite multipliés, notamment sous les plumes des Professeurs Gregory KALFLECHE[60] et Gabriel ECKERT[61], ou encore de Maxime MOLKHOU et Franck LEPRON[62] [63]. Pourtant, malgré l'engouement doctrinal pour l'étude de la rencontre des contrats administratifs avec

---

[54] LE ROUX M., *Sociétés d'économie mixte locales et procédures collectives,* thèse, Paris 1, 2008.

[55] DROIN E., *Les personnes morales de droit public dans les procédures collectives*, thèse, Paris 9, 1996.

[56] v. par ex. CHVIKA E., *Droit privé et procédures collectives*, thèse, Paris 2, 2002, Defrénois, 2003 ; LAFAURIE K, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, *op. cit.* ; SABATHIER S., *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, *op. cit.* ; LESAGE L., *La résolution du contrat à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* ; JOTTREAU C., *Le sort de la relation de travail dans les entreprises en difficulté*, thèse, Paris 2, Lexis Nexis, 2016 ; SAHEL D., *Les biens qui échappent à la procédure collective*, thèse, Paris 1, LGDJ, 2022 ; DIALLO Y., *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, thèse, Paris 1, L'Harmattan, 2019.

[57] CHARLES H., DERRIDA F, « *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* », *D.* 1977, chr. IV, p. 29.

[58] DELVOLVE P., *« Droit administratif de la faillite », RIDC* 1984, n°spécial vol. VI, p. 451.

[59] TERNEYRE Ph., « *Procédures collectives et marchés publics », Cahier droit des entreprises* n°4, 1992, p. 31.

[60] KALFLECHE G., « *Contrats administratif et droit des entreprises en difficulté* », *BJE*, janv. 2019 p. 63 ; (avec DIESBECQ M., THOMAS N., SAYAG C.), « *Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté* », *Revue des procédures collectives* n°2, mars 2022, dossier 17 ; (avec SAYAG C., THOMAS N.) « *Commande publique et entreprises en difficulté : vade mecum du maintien de l'activité* », *Revue des procédures collectives*, 2022 n°2, dossier 18 ; (avec F. MACORIG-VENIER) « *Loi ASAP, Entreprises en difficulté et commande publique* », *BJE*, mai 2021, n°200b5, p. 51.

[61] ECKERT G., « *Incidence du droit des procédures collectives sur les prérogatives de l'administration à l'égard de son cocontractant », CMP* n°8, août 2001, comm. 136 ; « *Obligations de la caution et procédure collective », CMP* n°7, juill. 2004, comm. 141 ; « *Déclaration de créances des personnes publiques et compétence juridictionnelle », CMP* n°7/8, juill. 2005, comm. 200 ; « *Procédure collective et travaux supplémentaires », CMP* n°4, avr. 2006, comm. 105 ; « *Procédure collective et décompte du marché résilié de plein droit », CMP* n°11, nov. 2008, comm. 255 ; « *Obligations du maître d'ouvrage délégué en matière de déclaration des créances », CMP* n°8-9, août 2010, comm. 275 ; « *Liquidation judiciaire - Société en liquidation judiciaire : quelles conséquences tirer de l'absence de déclaration de la créance publique ? », CMP* n°2, fevr. 2011, comm. 41 ; « *Expulsion d'un occupant sans titre faisant l'objet d'une procédure collective », CMP* n°2, fevr. 2016, comm. 44

[62] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », dossier hors-série, *Le Moniteur*, *precit.*

[63] La liste des travaux ici cités n'est évidemment pas exhaustive et peut être complétée par la bibliographie.

le droit des entreprises en difficulté, aucune thèse n'est aujourd'hui parue sur le sujet. Seul un approfondissement de la recherche permet donc de tenter d'appréhender la globalité du sujet et de rechercher les pistes d'une meilleure conciliation de ces deux branches du droit que tout oppose.

27. Appréhender l'intérêt de la présente étude suppose toutefois de dépasser la compilation des travaux doctrinaux. En effet, ce sujet fait émerger de nombreuses difficultés tant théoriques que pratiques, qui en font toute la richesse.

B) Confronter les antagonismes

28. La rencontre entre le droit des contrats administratifs et le droit des entreprises en difficulté conduit à la confrontation de branches du droit qui appartiennent respectivement au droit commercial et au droit administratif, et qui sont toutes deux largement dérogatoires à l'égard du droit commun. Alors, la réunion des manifestations d'exorbitance, de leurs objectifs, des multiples intérêts divergents, conduisent à rendre la matière singulièrement complexe, tant du point de vue pratique que du point de vue théorique.

29. **L'apparition d'une double exorbitance** – Appréhender l'exorbitance en droit public est relativement classique, en ce sens que le droit administratif s'est construit par dérogation aux règles du droit commun – civil –, par le biais de règles spécifiques et de prérogatives de puissance publique confiées à l'Administration pour garantir la préservation de l'intérêt général. L'exorbitance du droit administratif[64] peut être caractérisée par des éléments propres (droit spécifique, unilatéralité, impérativité), que l'on pourrait identiquement identifier en droit des entreprises en difficulté. Les procédures collectives dérogent manifestement au droit civil et commercial et confient aux organes de la procédure collective une autorité et des pouvoirs unilatéraux. Affubler du qualificatif d'exorbitant le droit des entreprises en difficulté n'est donc pas incongru[65].

30. La rencontre de deux régimes juridiques exorbitants crée le risque d'un dérèglement desdits régimes, susceptible, soit de neutraliser les objectifs mêmes de ces droits dérogatoires, soit

[64] v. à ce sujet SAILLANT E., *L'exorbitance en droit administratif*, thèse, Bordeaux, Dalloz, 2011 ; MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, actes de colloque, Poitiers, LGDJ, 2004.

[65] v. *infra*, Chapitre 5, Section 1, « L'apparition d'une exorbitance propre aux procédures collectives », p. 267.

de rendre le droit applicable encore plus exorbitant. Il est alors d'autant plus utile et nécessaire d'étudier l'influence réciproque des régimes juridiques exorbitants, l'éventuelle concurrence des pouvoirs et des normes qui n'ont jamais été pensés pour être conciliés. La coexistence pacifique de l'exorbitance administrative et de l'exorbitance commerciale est-elle possible ?

31. **L'affrontement des intérêts** – La rencontre du droit des contrats administratifs avec le droit des entreprises en difficulté s'annonce d'autant plus délicate que les intérêts présents sont nombreux et manifestement divergents. Il est admis en droit administratif qu'aux intérêts propres chacun des cocontractants que l'on connaît en droit civil[66], s'additionnent des intérêts propres à l'action administrative, que sont l'intérêt général – dans toutes ses déclinaisons[67] – et le service public[68]. Les procédures collectives superposent à cela des intérêts complémentaires et contradictoires[69]. La divergence d'intérêts la plus immédiate est celle qui oppose le débiteur à ses créanciers. Pour autant, en dépit de la discipline à laquelle ils sont soumis, les créanciers poursuivent en leur sein des intérêts contradictoires[70]. À cela s'ajoutent l'intérêt des salariés[71], celui des cocontractants, celui du dirigeant[72], souvent garant pour le compte de sa propre société. Alors, arbitrer entre les différents intérêts présents au sein des procédures collectives est complexe, *a fortiori* lorsqu'il faut encore opérer une conciliation avec les intérêts propres à l'action administrative. En raison de l'intrication, de la multiplicité des objectifs poursuivis par chaque acteur et de la diversité des régimes juridiques applicables, la présente étude ne peut être menée de manière

---

[66] Notons toutefois que la notion d'intérêt général n'est plus totalement étrangère au droit privé, notamment grâce aux travaux du Professeur Mustapha MEKKI : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, Paris 1, 2003, LGDJ, 2004.

[67] PLESSIX B., *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2ème édition, 2018, n°461, p. 567 : « *Juridiquement, l'intérêt général recouvre donc aussi sous un même pavillon des marchandises fort variées : il peut être national ou local ; il peut s'agir de la poursuite des valeurs sociales du moment (l'éducation, la culture, la protection de la santé publique,* […] *la réduction des déficits publics, etc.) ou de la défense d'intérêts catégoriels (les besoins d'une population, les intérêts des contribuables, des justiciables, des usagers des services publics*[…] *etc.). Là où, hier, l'intérêt général se limitait au maintien de l'ordre public et à la réalisation de travaux publics, il peut aujourd'hui désigner tout aussi bien l'intérêt des consommateurs* […] *que la reconnaissance d'une appellation d'origine contrôlée* […] *».*

[68] L'on pense notamment aux *Lois de Rolland*, qui garantissent la continuité, la mutabilité et l'égalité devant les services publics.

[69] LOPEZ B. (dir.), « *Les intérêts contradictoires en procédures collectives* », *Revue Droit de affaires*, Lamy, n°183, supplément juill.-août 2022.

[70] LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Droit de affaires*, *precit.*

[71] MORVAN P., « *L'intérêt des salariés englouti dans la procédure collective* », *Revue Droit de affaires*, *precit.*

[72] LAROCHE M., « *La divergence des intérêts du dirigeant et de la société débitrice dirigée* », *Revue Droit de affaires*, *precit.*

manichéenne. Elle nécessite la recherche de la meilleure conciliation possible des aspirations en présence.

32. **La question des rapports entre le droit administratif et le droit privé** – Comme l'affirme le Professeur Bertrand Mathieu :

> *« La distinction trop absolue entre droit public et droit privé tend à s'effacer. Même si "c'est une aventure que de pénétrer dans le domaine d'autrui", civilistes et publicistes ont des choses à se dire, les uns et les autres ont à gagner à se rencontrer et à confronter les concepts qui sont les leurs. »*[73]

33. Scindées par la *summa divisio*, les juridictions, matières et doctrines juridiques, marquées par le dualisme, ne se regardent pas assez, sont encore distinctes, peu ou mal coordonnées. Malgré la constitutionnalisation[74], l'européanisation et l'internationalisation[75] du droit, la bicéphalie des sciences juridiques françaises demeure. On le doit au système juridictionnel, à la structuration de la doctrine comme à la formation juridique, qui produisent essentiellement des juristes publicistes ou privatistes. La rencontre du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratif appelle à appréhender la richesse de la construction historique dualiste du système juridique et juridictionnel français tout en relativisant ce schisme historique, pour mieux coordonner les régimes juridiques, dans

---

[73] MATHIEU B., « *Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau"* », *RTD civ.* 1994, p. 59, cit. LUCHAIRE F., « *Les fondements constitutionnels du droit civil* », *RTD civ.* 1982, p. 251.

[74] FAVOREU L., « *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit* », in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235 ; v. également « *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public* », *Pouvoirs*, 1980, 13, p. 17 ; v. également « *La constitutionnalisation du droit* », in *L'unité du droit, Mélanges R. Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25 ; VIDAL-NAQUET A., « *La constitutionnalisation des branches du droit et "l'impérialisme du droit public"* », in *L'identité de droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2011, p. 89-103 ; MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998 ; MATHIEU B. (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française - 1958-2008*, Dalloz, 2010, v. notamment DELVOLVE P., « *La constitutionnalisation du droit administratif* » (p. 397), MOLFESSIS N., « *La constitutionnalisation du droit civil* » (p. 419), TERNEYRE Ph., « *La constitutionnalisation du droit économique* » (p. 427), DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « *La constitutionnalisation du droit du travail* » (p. 435), BOULOC B., « *La constitutionnalisation du droit en matière pénale* » (p. 445), GUINCHARD S., « *La constitutionnalisation du droit processuel* » (p. 459), PRIEUR M., « *La constitutionnalisation du droit de l'environnement* », (p. 489) ; CAPPELLO A., *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, 2014 ; BAUDOUIN B., *La constitutionnalisation du droit du travail*, LGDJ, 2021 ; SAUVIAT A., « *Émergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé* », LPA, 26 oct. 2000, n°214, p. 9.

[75] GUILLOUD L., OBERDORFF H., TERPAN F. (dir.), *L'européanisation du droit – Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français*, LGDJ, 2016 ; « *Le juge administratif et le droit de l'Union européenne* », Dossier thématique du Conseil d'État, 2015, https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-le-droit-de-l-union-europeenne ; Colloque « *L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?* », 10 avr. 2015, Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/lordre-juridique-national-en-prise-avec-le-droit-europeen-et-international ; VALLENS J.-L., « *L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux - L'européanisation et l'internationalisation du droit de l'insolvabilité* », *LPA,* 19 oct. 2006, n°209, p. 31 ; JAMIN Ch., « *Vers un droit européen des contrats ? Réflexion sur une double stratégie* », *Revue de Jurisprudence commerciale*, mars-avril 2006, n°2 ; AUBY J.-B., « *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit* public », *Informations sociales,* 2013/1, n°175, p. 60-68 ; STIRN B., *Vers un droit public européen*, LGDJ, 2015, 2ème ed.

l'intérêt du justiciable. Il s'agit alors de jeter un regard plus global sur la science juridique et de promouvoir de l'unité du droit[76] lorsqu'une conciliation des régimes juridiques est nécessaire. Étudier la rencontre du contrat administratif avec les procédures d'insolvabilité issues du code de commerce implique inévitablement de dépasser la *summa divisio*. S'y engager conduit tout publiciste à dépasser le spectre familier de l'intérêt général et des principes du droit administratif pour comprendre, analyser et admettre les logiques et objectifs du droit des entreprises en difficulté. Somme toute, ce travail revient à étudier globalement le droit économique, par-delà les chapelles doctrinales.

34. **L'intérêt pratique de l'étude** – L'entrée en procédure collective d'un cocontractant de l'Administration n'est pas une situation purement hypothétique ou anecdotique[77]. Les contextes économiques de crise peuvent conduire à la multiplication des difficultés des entreprises et à l'ouverture de nombreuses procédures collective pour les titulaires de contrats administratifs. Dans ce contexte, de nombreux acteurs sont confrontés à l'application incertaine de deux branches du droit difficilement conciliables. Il en va notamment des mandataires et administrateurs judiciaires, des avocats et magistrats, des élus et agents des collectivités publiques comme du débiteur lui-même. Tous font face à des ambigüités sur le droit applicable pour la résolution de problèmes juridiques susceptibles d'émerger, que ce soit au stade de la passation, de l'exécution comme du contentieux des contrats administratifs. Face à ce "*casse-tête*" technique, la multiplication des études et des solutions – légales, réglementaires ou jurisprudentielles[78] – conciliatrices ne pourra que constituer un apport pratique attendu.

35. **L'intérêt théorique de l'étude** – La présente recherche n'est pas dépourvue de tout intérêt théorique. Elle tâche en effet de rechercher le meilleur agencement possible des régimes juridiques applicables, afin de relativiser les difficultés issues de la *summa divisio*. Sans

---

[76] *Mélanges en hommage à Roland Drago* : *l'Unité du Droit,* Paris, Economica, 1999 ; BONNET B., TOUZEIL-DIVINA M., *Initiation au Droit ; introduction encyclopédique aux études & métiers juridiques*, Paris, LGDJ, 2011, p. 282. v. http://unitedudroit.org/unites-du-droit/ ; AGUILA Y., « *Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés* », *AJDA* 2009, p. 905 ; BONNET B., DEUMIER P. (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public – droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010 ; AUBY J.-B., FREEDLAND M. (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques / The public law – private law divide : une entente assez cordiale ?*, Ed. Panthéon-Assas, 2004.

[77] v. *supra*, n°2 p. 2.

[78] Notons à ce propos que la recherche de solutions d'articulation plus harmonieuses des deux branches du droit apparaît au fil de l'eau, tout au long de l'étude. L'obstacle que constitue le caractère essentiellement légal du droit des entreprises en difficulté obligera, conformément à la hiérarchie des normes, à rechercher des solutions qui se matérialisent souvent par des propositions d'évolutions législatives.

remettre en cause la structuration du droit positif, porter un regard plus large sur le droit en recherchant son unité est une nécessité pour aborder le présent sujet. Étudier les entorses aux principes séculaires applicables aux contrats administratifs, tout en embrassant les problématiques spécifiques aux difficultés des entreprises en difficulté est un exercice doctrinal délicat mais nécessaire. Au-delà des aspects purement doctrinaux et juridiques, il importe aussi de considérer ce que le droit peut dire de l'organisation de la société, singulièrement dans le champ de la présente étude. Comme l'affirme très justement le Professeur Gabriel ECKERT, « *il faut* […] *se garder de penser que l'étude des relations entre le droit administratif et la commercialité présente un intérêt exclusivement technique. Elle se situe à un autre niveau, celui de la réflexion politique. Elle s'inscrit dans une perspective plus générale relative à l'organisation, dans les sociétés modernes, des rapports entre la sphère publique et la sphère privée* »[79].

36. L'intérêt d'une étude sur la mise à l'épreuve du contrat administratif par le droit des entreprises en difficulté étant établie, encore faut-il déterminer les conditions dans lesquelles elle peut être menée.

§3. La démarche scientifique

37. Une telle étude peut faire appel à une multitude de démarches scientifiques, qui aboutiraient immanquablement à des résultats différents. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire au préalable d'exposer le cheminement méthodologique emprunté pour faire aboutir une thèse et déployer la démonstration. Le parti pris de la présente recherche consiste à faire du contrat administratif l'objet central de l'étude. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté n'est abordé qu'au travers des interactions qu'il est susceptible d'entretenir avec cette catégorie de contrats. Un tel choix conduit à la production d'une thèse essentiellement publiciste.

38. **L'étude d'un dérèglement du contrat administratif** – Le régime juridique spécifique du contrat administratif est construit dans l'objectif de préserver l'intérêt général et de garantir la continuité du service public. La mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté « téléscope » la substance comme les objectifs du droit des contrats administratifs. Il est alors nécessaire d'analyser cette rencontre entre deux branches du droit difficilement

[79] ECKERT G., *Droit public et commercialité*, *op. cit.*, p.2.

conciliables. L'agencement des régimes juridiques est-il harmonieux ? La préservation de l'intérêt général et le principe de continuité du service public sont-ils compromis ? Le dialogue des juges permet-il de déjouer les conflits normatifs ? C'est à ces quelques interrogations – parmi d'autres – que devra répondre la présente étude.

39. **Le contrat administratif comme objet principal de recherche** – Le présent sujet aurait pu être posé plus largement et s'intituler par exemple « *Contrat administratif et droit des entreprises en difficulté* ». Ce n'est pas le choix finalement retenu. La formulation « *Le contrat administratif à l'épreuve du droit des entreprise en difficulté* » conduit de faire du contrat administratif le cœur du sujet. Il s'agit alors d'étudier l'influence du droit des entreprises en difficulté sur le contrat administratif et non pas – ou très marginalement – l'influence du droit des contrats administratifs sur le devenir des entreprises en difficulté[80]. L'objectif de la présente étude est alors d'observer *le contrat administratif* en tant qu'objet juridique, alors que le droit des entreprises en difficulté entre en interaction avec lui. Par l'observation du contrat administratif, il sera alors nécessaire d'établir l'ampleur des dérèglements que lui cause le droit des entreprises en difficulté, à tous les stades de la vie contractuelle.

40. **Une thèse de droit public** – Faire du contrat administratif l'objet principal de la présente recherche recèle une conséquence immédiate : la présente thèse demeure essentiellement publiciste. En effet, le droit des entreprises en difficulté n'est pas abordé dans sa globalité. Il est exploité de manière parcellaire, par le biais de ses interactions avec le droit des contrats administratifs. La présente étude conduit, aux cours des différentes étapes de la vie du contrat administratif, à identifier des mécanismes de droit des entreprises en difficulté qui sont susceptibles d'altérer le droit qui lui est normalement applicable. Affirmer que ces travaux sont lacunaires en droit des entreprises en difficulté est parfaitement admissible, en ce que ce n'est pas la prétention de cette étude. L'objet est ici pour un publiciste d'observer un objet familier, le contrat administratif, confronté à l'« *impérialisme du droit des procédures collectives* »[81]

[80] Cela conduit de fait à exclure les contrats administratifs qui peuvent être conclus avec des entreprises en difficulté pour les accompagner dans leur rétablissement économique, par exemple sous la forme de subventions. Une telle recherche aurait par ailleurs été compromise par l'avis CE, 29 mai 2019, *SAS Royal Casino*, n°428040 par lequel le Conseil d'État estime qu'il faut analyser lesdites subventions comme des actes unilatéraux, quand bien même elles impliquent la signature d'un contrat.

[81] MONTSERIE-BON M.-H., « *Flux et reflux de l'impérialisme du droit des procédures collectives* », *BJE,* nov. 2020, n°06, p. 9.

41. **Une vocation analytique et conciliatrice** – Faire consciemment le choix de réaliser une étude sur le contrat administratif et en droit administratif ne suppose pas toutefois de défendre coûte que coûte la prééminence de l'intérêt général. Il est vrai que les perturbations du droit administratif contractuel par le droit des entreprises en difficulté, par leur ampleur, peuvent surprendre, parfois déranger. Mais il semble en toutes situations nécessaire de dépasser le réflexe administrativiste primaire pour rechercher les raisons de la primauté qui se manifeste parfois en faveur du droit des entreprises en difficulté. Il est normal que le droit des contrats administratifs soit percuté par la mise en œuvre des procédures collectives, en ce qu'elles sont intentionnellement exorbitantes et n'ont jamais été construites pour être conciliées[82]. Tout au plus est-il alors pertinent, « au fil de l'eau » et lorsque cela s'avère nécessaire, de critiquer les conséquences néfastes de l'absence de toute articulation de ces deux régimes juridiques et de proposer des pistes d'amélioration. Pour cela, une place fondamentale est accordée à la théorie générale, à l'analyse de l'esprit des normes, afin de proposer des évolutions qui tiennent compte – le mieux possible – de l'ensemble des paramètres contradictoires.

42. **La thèse dans la thèse** – Confronté au droit des entreprises en difficulté, le régime juridique du contrat administratif est affecté dans ses caractéristiques fondamentales. Le phénomène se manifeste par une marginalisation des solutions classiques du droit administratif, au profit des logiques du droit des entreprises en difficulté. Il se traduit à l'égard de l'essence même du contrat, des principes d'autonomie de la volonté, de force obligatoire, de consentement des parties et de liberté contractuelle. L'altération du régime juridique du contrat administratif se manifeste également par un dérèglement de l'administrativité, qu'il s'agisse des mesures exorbitantes dont dispose l'Administration ou des conditions de traitement du contentieux applicable à ces conventions. Il s'agira alors d'examiner les conditions de ce dérèglement du droit administratif, tout en admettant que celui-ci est relativement inéluctable. Défendre coûte que coûte la prééminence des objectifs du droit public n'aurait conduit à aucune piste d'amélioration crédible du droit positif. À l'inverse, embrasser dans sa globalité le droit économique, admettre le bienfondé des principes du droit des entreprises en difficulté tout en espérant les concilier au mieux avec

[82] v. à ce propos l'analyse du Professeur Arnaud LECOURT, qui décrit l'exercice auquel se livre le juriste qui est amené à concilier plusieurs branches du droit, et singulièrement le droit des entreprises en difficulté : LECOURT A., « *La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille* », *RTD com.*, 2004, p. 1 : « *L'articulation entre deux ou plusieurs matières juridiques est un exercice auquel le praticien ou l'universitaire se voit régulièrement soumis, qu'il s'agisse de dégager la meilleure solution à l'endroit de son client placé dans une situation qui impose de croiser des règles juridiques provenant d'ordres distincts ou d'aboutir au résultat le plus pertinent possible au plan de la recherche scientifique, sans omettre tel ou tel aspect de la question traitée* ».

le droit administratif, semble plus convaincant. En ce sens, la présente étude se propose d'étudier le dérèglement du droit administratif tout en recherchant la meilleure articulation possible des régimes juridiques confrontés.

43. **Le plan de recherche** – La remise en cause des caractéristiques fondamentales du contrat administratif se manifeste ainsi tant à l'égard de sa nature contractuelle qu'à l'égard de sa qualification administrative. C'est la raison pour laquelle sera étudiée dans un premier temps l'influence du droit des entreprises en difficulté sur les principes contractuels applicables aux contrats administratifs (**Partie 1**), pour aborder dans un second temps l'altération de leur spécificité administrative (**Partie 2**).

PARTIE 1

UN CONTRAT ADMINISTRATIF MOINS CONTRACTUEL

> *« À côté de l'objectif d'intérêt général que constitue la réalisation à moindre coût, dans les délais et selon une qualité irréprochable des contrats administratifs, est apparue la nécessité de préserver l'outil économique et de sauvegarder l'emploi. […] Dès lors, le droit administratif est amené à prendre en compte les contraintes d'ordre public issues du droit des procédures collectives. Il en résulte une modification du contenu même du droit administratif »*[83]

44. Le droit des entreprises en difficulté est d'essence impérative. Il admet la mise en œuvre de règles exorbitantes du droit commun – civil et commercial – et confie aux organes de la procédure collective des pouvoirs susceptibles d'affecter le droit contractuel. Le droit des contrats administratifs est également, par définition, dérogatoire du droit civil. Pour autant, les contrats administratifs ont avant tout une substance contractuelle et répondent pour l'essentiel aux principes découlant de l'autonomie de la volonté. Ils sont l'aboutissement d'une double théorie générale : la théorie générale des contrats[84] et la théorie générale des contrats administratifs[85]. Selon les Professeurs Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, « *la théorie générale du contrat, mise en forme par les rédacteurs du code civil, reflète directement les choix théoriques, philosophiques et politiques de ces derniers. La conception du contrat, instrument de liberté et expression de la toute-puissance de la volonté repose sur des fondements théoriques, qui ont reçu une traduction juridique sous forme de principes directeurs du contrat* »[86].

45. Il s'agit alors de confronter l'impérativité du droit des entreprises en difficulté avec les règles contractuelles applicables aux contrats administratifs. Les principes contractuels de liberté contractuelle, de consensualisme et de force obligatoire, qui découlent de la théorie de l'autonomie de la volonté, subissent une forme d'altération, née de l'ordre public des procédures collectives. Que ce soit sous l'influence du livre VI du code de commerce, des

---

[83] ECKERT G., *Droit administratif et commercialité*, thèse, Strasbourg, 1994, p. 752.

[84] SAVAUX A., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, thèse, Paris 1, 1993, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 264, 1997.

[85] PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, *precit.* ; LAUBADERE (de) A., actualisé par MODERNE F., DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, *precit.* ; VAYSSE C., *La théorie générale du contrat administratif - Analyse de la résilience d'une notion oscillant entre forces de conservation et besoin de renouvellement*, *precit.*

[86] BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, coll. Sirey, 15ème édition, 2017, n°833, p. 270.

organes de la procédure collective ou encore de normes sectorielles en droit public, le droit administratif des contrats est bouleversé, que ce soit au stade de la passation ou de l'exécution.

46. Un abus volontaire de langage conduit alors à affirmer que le contrat administratif est « moins contractuel », en ce que l'application du droit des entreprises en difficulté affecte la liberté pour l'Administration de choisir son cocontractant (Titre 1) et perturbe l'exécution des engagements contractuels souscrits (Titre 2).

TITRE 1ER

LA RESTRICTION DU CHOIX DU COCONTRACTANT

> *« La constitutionnalisation du principe de la liberté contractuelle ne mérite sans doute pas d'être traitée comme "un non évènement". Du point de vue de la théorie générale des contrats publics, elle est même sans doute une bonne chose.* […] *Le pire n'étant jamais sûr, il est même possible qu'elle renforce la liberté des collectivités territoriales en opposant aux entreprises du législateur qui voudraient y porter atteinte une barrière plus solide que celle qu'érigeait jusqu'à présent le principe de libre administration. »*[87]

47. Les contrats administratifs répondent, comme les contrats de droit privé, au principe constitutionnel de liberté contractuelle[88]. Selon Christine MAUGÜE, on peut l'assimiler, y-compris pour ces conventions, à « *la liberté pour les parties de se rencontrer, de former un contrat, de faire se dérouler le contrat et d'y mettre fin. La liberté contractuelle postule le libre choix du partenaire contractuel* »[89]. Il devrait en résulter, par principe et conformément à cette définition, que la conclusion par l'administration d'un contrat avec une entreprise en difficulté puisse faire l'objet d'un libre choix.

48. Pourtant, certains corpus légaux, réglementaires et jurisprudentiels, en droit administratif comme en droit des entreprises en difficulté, ont pour effet d'apporter des restrictions à la liberté contractuelle des personnes publiques. En effet, le traitement des difficultés auxquelles sont susceptibles de faire face les entreprises oblige parfois à contraindre leur cocontractant public. Cet ordre public contractuel se manifeste dans le présent domaine d'étude par la restriction du choix de contracter avec une entreprise en difficulté et par le risque d'une substitution du cocontractant de l'Administration en cas de cession judiciaire du débiteur.

49. En premier lieu, la limitation des facultés de contracter avec une entreprise en difficulté a pour objectif de garantir la protection de l'action administrative, de l'intérêt général et du service public contre les graves défaillances susceptibles d'affecter le cocontractant en difficulté. En second lieu, le droit des entreprises en difficulté poursuit ses propres objectifs, un intérêt économique tout

---

[87] LLORENS F., « *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* », *CMP* n°5, mai 2007, étude 6.

[88] CC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n°2013-672 DC.

Dans l'objectif de ne pas alourdir les notes de bas de page, les différents commentaires des décisions seront mentionnés dans une table de jurisprudence.

[89] MAUGÜE Ch., « *Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs* », *AJDA* 1998 p. 694.

aussi prééminent, qui conduit à marginaliser la liberté contractuelle comme l'*intuitus personae* dans le but de faire perdurer l'entité économique, parfois par sa transmission à un tiers. Cette rencontre des intérêts publics et économiques conduit de manière convergente à restreindre les facultés pour l'Administration de choisir son cocontractant, lorsque ce dernier fait l'objet de procédure de traitement de ses difficultés.

50. L'altération du choix du cocontractant se manifeste tant au stade de la passation des contrats administratifs (Chapitre 1er) qu'à l'égard des éventuelles cessions judiciaires des entreprises en difficulté, susceptibles de conduire à la substitution du cocontractant (Chapitre 2).

Chapitre 1
L'accès limité des entreprises en difficulté aux contrats administratifs

> *« La question a fait l'objet d'une réglementation stricte à propos de la passation des marchés publics, dont les principes peuvent être étendus à l'ensemble des contrats administratifs. Si celle-ci maintient rigoureusement l'exclusion des entreprises en liquidation, les commerçants en redressement judiciaire sont de plus en plus aisément admis à concourir.* […] *Soucieux de permettre le rétablissement des activités en difficulté, le code des marchés publics a progressivement facilité l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux procédures d'attribution des marchés publics. Cette démarche est symptomatique de l'accent mis sur les préoccupations d'intérêt général économique, au besoin au détriment de la sécurité de l'approvisionnement des services administratifs. »*[90]

51. La question de l'accès des entreprises en difficulté aux contrats administratifs a fait l'objet de diverses interventions législatives et réglementaires sectorielles, dans l'objectif contradictoire de protéger l'intérêt public attaché à l'action administrative, tout en protégeant les débiteurs d'une éviction arbitraire par l'Administration. Pour autant, en l'absence de dispositions générales applicables à l'ensemble des contrats administratifs, la liberté de choix du cocontractant semble prévaloir, nonobstant les procédures engagées pour le traitement de ses difficultés.

52. C'est d'ailleurs ce principe qui s'applique pour les contrats administratifs dont la procédure de passation n'est pas encadrée par un régime spécifique. C'est également le cas en matière de contrats d'occupation du domaine public, puisque l'ordonnance du 19 avril 2017, qui soumet la passation de la plupart de ces contrats à une mise en concurrence préalable, ne prévoit pas spécifiquement de limitation à l'attribution de ces conventions aux entreprises en difficulté[91]. En revanche, les marchés publics et concessions, réformés par les directives du 26 février 2014[92] et désormais inscrites au sein du code de la commande publique, font l'objet de règles claires encadrant la faculté de soumissionner des entreprises placées en situation de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

---

[90] ECKERT G., Droit *administratif et commercialité*, *op. cit.*, pp. 754-755.

[91] Ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

[92] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

53. Au regard de la portée constitutionnelle du principe de liberté contractuelle[93], l'encadrement de l'accès aux contrats de la commande publique devait nécessairement être proportionné et justifié par les divers objectifs d'intérêt général poursuivis. Fort heureusement, conformément au principe de subsidiarité[94], les directives européennes précitées ont prévu, en la matière, une certaine marge de liberté dans la transposition du nouveau droit des marchés publics[95] et des concessions[96]. Le législateur français a pu, par conséquent, opérer une gradation dans les limitations de l'accès aux entreprises en difficulté à la commande publique, en fonction du type de procédure collective engagé.

54. Si l'on peut évidemment saluer la tentative d'instauration d'une conciliation équilibrée des impératifs d'intérêt général avec ceux qui sont inhérents au redressement de l'entreprise en difficulté, les solutions proposées en la matière semblent en grande partie perfectibles. L'on peut, à divers égards, considérer que le droit français de la commande publique est, sur ce point, surprotecteur de l'Administration, au détriment de l'impératif de redressement économique des entreprises en difficulté. Dans l'effort de transposition du nouveau droit de la commande publique, issu des directives européennes précitées, les législateurs des États membres ont procédé différemment en la matière.

55. **La transposition espagnole** - A titre d'exemple, le législateur espagnol, dans son *Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, a fait le choix d'une sévérité qui pourrait paraître excessive[97]. L'article 20 de cette loi, intitulé « *Prohibiciones de contratar* » (interdictions de soumissionner), semble écarter la candidature aux contrats de la commande publique de toute

[93] v. par ex. CC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi,* n°2013-672 DC.

[94] Art. 5 du Traité sur l'Union Européenne.

[95] Art. 57 de la directive 2014/24/UE - Motifs d'exclusion « […] *4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants :* […] *b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales* ».

[96] Art. 38 de la directive 2014/23/UE - Sélection et évaluation qualitative des candidats […] « *7. Les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession si l'une des conditions suivantes est remplie : […] b) lorsque l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activité, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales; le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut toutefois décider de ne pas exclure ou être obligé par l'État membre concerné de ne pas exclure un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas précités lorsqu'il a établi que ce dernier sera en mesure d'exécuter la concession, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de poursuite des activités dans le cadre de ces situations* ».

[97] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*

entreprise en difficulté, quelle que soit la procédure engagée :

> « *En aucun cas pourront contracter avec l'Administration les personnes placées dans une des circonstances suivantes : […] b) Avoir sollicité un placement en procédure collective, avoir été déclarées insolvables dans une procédure collective quelle qu'elle soit, s'être déclarées en faillite, être sujettes à une intervention judiciaire ou avoir été déclarées inaptes […].* »[98]

56. **La transposition britannique** - A l'inverse, le législateur britannique a fait le choix de ne pas contraindre l'Administration à exclure des contrats de la commande publique des entreprises en difficulté. L'article 57 « *Discretionary exclusions* » (exclusions discrétionnaires) de la loi intitulée « *The Public Contracts Regulations 2015* »[99], transposant les directives précitées, prévoit en effet, que :

> *« Les autorités contractantes peuvent exclure de la procédure d'attribution d'un marché public tout opérateur économique dans les situations suivantes : […] (8) Dans la situation où l'opérateur économique est en faillite ou fait l'objet d'une procédure collective ou d'une liquidation judiciaire, lorsque les biens sont administrés par un liquidateur ou par un juge, lorsque l'opérateur est soumis à un accord avec ses débiteurs, lorsque ses activités économiques sont suspendues ou toute autre situation analogue survenant dans le cadre d'une procédure similaire existant dans le droit local d'une des nations constitutives. »*[100]

57. Le législateur français s'est orienté vers une solution médiane entre le modèle espagnol d'exclusion systématique et le modèle britannique, plus libéral. En effet, le droit français prend en compte la nature des procédures préventives et collectives engagées. Lorsque le débiteur a fait le choix de s'engager volontairement dans une procédure issue du livre VI du code de commerce, il dispose d'une liberté d'accès aux contrats administratifs (Section 1). À l'inverse, les entreprises en liquidation judiciaire, dont l'avenir est irrémédiablement compromis, en sont purement et simplement exclues (Section 2). Le cas des entreprises en redressement judiciaire, intermédiaire, est certainement le plus complexe, en ce qu'il est traité par un régime d'accès conditionné aux contrats administratifs (Section 3).

---

[98] Articulo 20 : « *En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra al-guna de las circunstancias siguientes:* […] *b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas* […]».

[99] Loi 2015 n°102, *Public procurement - The Public Contracts Regulations*, 2015.

[100] Art. 57 : Discretionary exclusions : *«* [...] *(8) Contracting authorities may exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations :* [...] *(b)where the economic operator is bankrupt or is the subject of insolvency or winding-up proceedings, where its assets are being administered by a liquidator or by the court, where it is in an arrangement with creditors, where its business activities are suspended or it is in any analogous situation arising from a similar procedure under the laws and regulations of any State ».*

Section 1 : La liberté d'accès aux contrats administratifs des entreprises entrées volontairement en procédure de traitement de leurs difficultés

58. L'examen des dispositions sectorielles relatives à la commande publique comme des dispositions applicables aux entreprises en difficulté conduit au constat d'une absence totale d'encadrement de l'accès aux contrats administratifs des entreprises soumises à une procédure préventive (§1). Cette liberté d'accès aux contrats de droit public peut s'analyser comme une forme de protection de ces entreprises, que l'on peut expliquer par le risque limité, voire hypothétique, qu'elles sont susceptibles d'engendrer pour la bonne exécution des prestations contractuelles (§2).

§1. L'établissement de la liberté d'accès des entreprises soumises à une procédure volontaire de traitement des leurs difficultés aux contrats administratifs

59. Afin d'appréhender au mieux le régime d'accès à la commande publique (B) et aux autres contras administratifs (C) de ces entreprises, il convient au préalable de s'intéresser aux caractéristiques générales de ces procédures volontaires de prévention et de traitement des difficultés (A).

A) Les caractéristiques de ces procédures

60. Si les procédures volontaires issues du livre VI du code de commerce comprennent des dispositifs strictement préventifs (mandat *ad hoc* et conciliation)[101] comme des dispositifs curatifs (les procédures de sauvegarde et de sauvegarde accélérée)[102], toutes partagent au moins deux caractéristiques communes qui permettent de les regrouper. En premier lieu, elles n'imposent aucune restriction quant à la possibilité pour le débiteur de contracter. En second lieu, elles sont engagées à la demande du débiteur, qui manifeste dès lors sa volonté d'anticiper le traitement de ses difficultés précoces. Il convient dès lors de présenter les principales caractéristiques des procédures préventives (1) et de la procédure de sauvegarde (2).

1) *Les procédures préventives*

61. La loi du 26 juillet 2005 a considérablement renforcé la place de la prévention dans le droit des entreprises en difficulté. Elle a permis de conférer aux dirigeants d'entreprises les moyens de prendre à bras le corps leurs difficultés les plus embryonnaires, afin d'éviter qu'elles deviennent

[101] Livre VI, titre Ier du code de commerce : De la prévention des difficultés des entreprises.

[102] Livre VI, titre II du code de commerce : De la sauvegarde.

incurables. Outre des dispositifs d'alerte internes et externes à l'entreprise, le titre I[er] relatif à la prévention du livre VI du code de commerce comprend les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation.

62. **Le mandat *ad hoc*** – Les articles L. 611-3 et suivant du code de commerce permettent à des dirigeants d'entreprise « *qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* »[103] de solliciter auprès du président du Tribunal la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de les accompagner dans le traitement de leurs difficultés précoces. La mission dudit mandataire est fixée par le Tribunal en fonction des besoins du débiteur[104]. Les caractéristiques du mandat *ad hoc* en font la procédure la plus souple et la moins intrusive qui soit : elle ne peut être engagée que par le chef d'entreprise ; elle est à la fois volontaire, confidentielle et n'implique aucune forme de dessaisissement. Il s'agit d'une simple faculté d'accompagnement par un tiers pour faire face aux difficultés rencontrées par l'entreprise.

63. **La conciliation** – Les articles L. 611-5 et suivants du code de commerce permettent à un débiteur de solliciter la désignation d'un conciliateur pour faire face aux mêmes difficultés que celles qui prévalent pour la mise en œuvre du mandat *ad hoc*. Une fois nommé par le président du Tribunal, le conciliateur aura pour mission de préparer la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers, dans le but d'obtenir notamment des remises de dettes ou des délais de paiement. Le conciliateur pourra également préparer la cession de l'entreprise (la *prepack* cession) dans le cadre d'une procédure collective ultérieure[105]. Quelle que soit la mission qui lui sera confiée, le conciliateur ne disposera d'aucun pouvoir sur la gestion de l'entreprise, ni sur les créanciers. Le véritable atout de la conciliation réside dans la mobilisation d'un tiers dans la négociation du sort des créances et de l'entreprise. Une fois l'accord établi, il reviendra au débiteur comme aux créanciers de l'approuver ou de le rejeter librement. L'accord signé est constaté par le juge, ce qui lui confère une force exécutoire[106]. Si les conditions de l'article L. 611-9, II du code de commerce sont remplies, le juge peut également homologuer l'accord conclu par les parties. Qu'il soit constaté ou homologué, l'accord fait obstacle aux poursuites des créanciers signataires[107] et

---

[103] Art. L. 611-4 du code de commerce.

[104] COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7ème édition, 2022, n°52, p. 35 : « *Le plus souvent, cette mission consistera à aider le débiteur à surmonter les difficultés de son entreprise, notamment, en l'aidant soit dans la négociation des délais ou remises de dettes avec ses créanciers, soit dans la recherche de partenaires pour investir dans l'entreprise* ».

[105] Art. L. 611-7, al. 1 du code de commerce.

[106] Art. L. 611-8, I du code de commerce.

[107] Art. L. 611-10-1 du code de commerce.

protège les garants et coobligés[108] dès lors que l'accord est respecté par le débiteur[109]. Toutefois, l'homologation de l'accord a pour vertu d'accorder – de manière incitative – des privilèges à certains créanciers signataires en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective[110]. Il convient également de signaler, sans toutefois entrer dans les détails, l'existence de la sauvegarde accélérée[111], qui est créée spécifiquement pour permettre la mise en œuvre de mesures préparées dans le cadre de la conciliation.

64. Les procédures préventives que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation partagent leurs caractères volontaire, confidentiel – nonobstant l'homologation de l'accord de conciliation – et l'absence d'intrusion de tiers dans la gestion de l'entreprise. Il serait dès lors surprenant que du simple fait de l'engagement d'une procédure préventive, l'entreprise soit privée de sa faculté de contracter. Le législateur a d'ailleurs pris soin en l'article L. 611-16 de prévoir une protection de ces débiteurs face aux cocontractants[112]. Outre les procédures préventives, les débiteurs en difficulté peuvent s'engager volontairement dans une procédure de sauvegarde.

2) *La procédure de sauvegarde*

65. Sans pouvoir tendre à l'exhaustivité, il apparaît toutefois nécessaire de présenter les éléments caractéristiques essentiels de la procédure de sauvegarde.

66. **La sauvegarde** – Définie aux articles L. 620-1 et suivants du code de commerce, la procédure de sauvegarde est « *ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*[113]». Bien qu'elle diffère des procédures plus contraignantes de redressement et liquidation judiciaires, ouvertes au-delà des quarante-cinq jours de cessation des paiements, la sauvegarde partage des traits communs avec les autres procédures collectives : la désignation d'organes de la procédure collective, un jugement d'ouverture, une période d'observation et l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de cession.

---

[108] *ibid.*

[109] Art. L. 611-10-3 du code de commerce.

[110] v. par ex., à propos du privilège de *new money*, art. L. 611-11 du code de commerce.

[111] Art. L. 628-1 à L. 628-8 du code de commerce.

[112] Art. L. 611-16 du code de commerce, *precit.*

[113] Art. L. 620-1 du code de commerce.

67. **Le jugement d'ouverture -** La sauvegarde débute par un jugement d'ouverture rendu par le Tribunal de commerce (en ce qui concerne les entreprises commerciales) ou par le Tribunal judiciaire (en ce qui concerne les sociétés civiles ou agricoles)[114], qui statue sur l'existence de difficultés insurmontables invoquées, sur le fondement d'une étude de la « *situation financière, économique et sociale de l'entreprise* »[115]. Lors de ce jugement, sont nommés les organes de la procédure collective, à savoir un juge-commissaire (maître du déroulement de la procédure et de la protection des intérêts en présence), - le cas échéant – un administrateur (chargé de surveiller et conseiller le débiteur) et un mandataire (qui incarne l'intérêt des créanciers)[116].

68. **La période d'observation –** S'ouvre ensuite une période d'observation d'une durée de six mois renouvelable une fois[117]. Pendant son déroulement, plusieurs principes sont mis en œuvre pour permettre l'élaboration du plan. Le passif antérieur au jugement d'ouverture est gelé[118] et les poursuites des créanciers sont interdites[119]. L'activité de l'entreprise est poursuivie, sauf à ce que soient engagées les résiliations prévues aux articles L. 622-13 et suivants du code de commerce. Afin de cibler au mieux les mesures (cessions, revendications) devant être prises pour assurer le rétablissement de la situation économique de l'entreprise, la période d'observation permet la réalisation d'un inventaire du patrimoine du débiteur[120]. La liste des créanciers, dettes et contrats en cours est ainsi établie. La période d'observation permet à l'ensemble des acteurs de la procédure d'évaluer les chances de rétablissement de l'entreprise et d'aboutir à un plan de sauvegarde pertinent[121]. La période d'observation se conclut par l'adoption dudit plan, sauf à ce que soit décidée, en raison de la cession des paiements pendant plus de quarante-cinq jours pendant la période d'observation, une conversion en redressement judiciaire, voire en liquidation judiciaire – lorsque le redressement est manifestement impossible[122].

---

114 Art. L. 621-2 du code de commerce.

115 Art. L. 621-1 du code de commerce.

116 Art. L. 621-4 du code de commerce.

117 Art. L. 621-3 du code de commerce.

118 Art. L. 622-7 du code de commerce.

119 Art. L. 622-21 du code de commerce.

120 Art. L. 622-6 du code de commerce.

121 Art. L. 626-1 du code de commerce.

122 Art. L. 622-10 du code de commerce.

69. **Plan de sauvegarde -** Le plan de sauvegarde[123], adopté par le Tribunal de la procédure, permet l'adoption de mesures de rétablissement durable de la situation économique de l'entreprise. Il peut prévoir, par exemple, la restructuration des activités de l'entreprise dans l'objectif de parvenir à une meilleure rentabilité, parfois la cession ou l'intensification des diverses branches d'activités ou encore l'amélioration de son organisation interne.

70. Ce panorama synthétique des caractéristiques de la procédure de sauvegarde doit permettre de mieux comprendre le choix du législateur français d'une absence d'encadrement des modalités d'accès des entreprises placées en mandat *ad hoc*, en conciliation ou en sauvegarde aux contrats administratifs, qu'il s'agisse des contrats de la commande publique ou des autres contrats administratifs.

B) Le régime d'accès de ces entreprises à la commande publique

71. En matière de commande publique, le législateur français a fait le choix d'une distinction précise des conditions de candidature des entreprises en difficulté selon la nature de la procédure collective engagée. Il consacre implicitement la liberté de candidature des entreprises en procédures préventives et en sauvegarde.

72. **Droit positif** - L'article L. 2141-3 du code de la commande publique prévoit les conditions d'éviction des entreprises :

> *« Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics les personnes : / 1) Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger ; /2) Qui font l'objet, à la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer en application des articles L. 653-1 à L. 653-8 du code de commerce, ou d'une mesure équivalente prévue par un droit étranger ;/ 3) Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché public ; »*

73. L'article L. 3123-3 du code de la commande publique applicable aux contrats de concession pose un cadre parfaitement identique au texte précité. Ce dernier fait mention de la procédure de liquidation judiciaire, des faillites personnelles et du redressement judiciaire. En revanche, ni la

[123] Art. L. 626-1 et suivants du code de commerce.

sauvegarde, ni la sauvegarde accélérée, ni, *a fortiori,* le mandat *ad hoc* ou la conciliation, ne sont évoqués.

74. **Implications en matière de procédures préventives et de sauvegarde** - Les conséquences de ce silence du législateur français sont doubles. Du point de vue des entreprises en procédure préventive et sauvegarde, l'accès aux contrats de la commande publique n'est pas interdit par des textes. Du point de vue des acheteurs, il est impossible de se fonder sur un placement en procédure de sauvegarde pour évincer un candidat de la procédure de passation. Sur ce point, la transposition a été effectuée à droit constant[124]. L'absence totale de jurisprudence sur ce point précis est compensée par la position commune de l'Administration[125], du Gouvernement[126] et de la doctrine[127] sur l'interprétation à retenir des articles précités : il n'existe aucun contrôle spécifique de la candidature des entreprises placées en procédure préventive ou de sauvegarde.

75. Il en va de même en ce qui concerne la transmission des pièces justificatives relatives à la situation du candidat. L'article R. 2143-11 du code de la commande publique prévoit en effet que la nature des documents pouvant être demandés par l'Administration contractante est établie par un arrêté annexé au code. Or, cette liste, arrêtée le 22 mars 2019[128], ne prévoit pas la fourniture de documents relatifs à la procédure de sauvegarde. En outre, il a été jugé que la liste des pièces justificatives pouvant être exigées est strictement limitative[129]. Il est donc impossible d'exiger d'un candidat sous sauvegarde la production de tout document complémentaire relatif à son état, sauf à mettre en œuvre une discrimination interdite par le droit de la commande publique.

C) Le régime d'accès aux autres contrats administratifs

76. Seuls les contrats de la commande publique font l'objet d'un encadrement législatif et réglementaire en ce qui concerne la candidature des entreprises en mandat *ad hoc*, conciliation et sauvegarde. C'est la raison pour laquelle l'identification d'un régime applicable à l'ensemble des

[124] Art. 43 et 44 du code des marchés publics ; art. 8 et 38 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005.

[125] Fiche DAJ, min. économie*, L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics*, févr. 2015.

[126] Rep. min. n°18705, JO Sénat, 12 avr. 2012, p. 927 (position prise à propos du droit antérieur à la réforme de la commande publique).

[127] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », dossier - complément commande publique, hors-série, *Le Moniteur*, déc. 2014, p. 5.

[128] Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

[129] CE, 13 nov. 2002, *OPHLM de la Communauté urbaine de Nantes,* n°245303.

contrats administratifs est plus complexe.

77. **L'absence de tout autre encadrement légal ou réglementaire** – Contrairement à ce que l'on aurait pu espérer, l'attribution des conventions d'occupation du domaine public, dans certains cas soumise à une mise en concurrence préalable[130], n'encadre nullement l'accès des entreprises en difficulté à ces contrats. Il en va de même pour les autres contrats administratifs, pour lesquels persiste un vide juridique.

78. **L'absence de généralisation d'un régime jurisprudentiel** – La jurisprudence administrative n'est pas plus prolifique quant à la détermination d'un régime d'accès des entreprises en difficulté aux contrats administratifs. Tout au plus, il existe de rares décisions portant sur le non-renouvellement de conventions d'occupation du domaine public à raison du placement en redressement judiciaire, alors fondé sur la résiliation préalable de la convention, à raison du non-paiement fautif des redevances[131]. Mais en dehors de cette hypothèse, dans la jurisprudence administrative, le vide juridique persiste.

79. **L'absence d'encadrement par le droit privé de la faculté de contracter** – En mandat *ad hoc*, en conciliation comme en procédure de sauvegarde, le débiteur ne fait l'objet d'aucun dessaisissement et par conséquent, la gestion de l'entreprise est assurée par le seul débiteur[132]. Plus précisément, l'article L. 622-3 du code de commerce relatif à la sauvegarde dispose que « *le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* ». L'administrateur – s'il est nommé – est, en principe, chargé d'une mission de surveillance et d'assistance[133] ; il ne dispose pas d'un pouvoir de gestion en lieu et place du débiteur. Si le renforcement de la mission de l'administrateur peut être ordonnée par le Tribunal de la procédure collective, l'hypothèse est dérogatoire au droit commun[134]. En outre, si des résiliations de contrats peuvent être réalisées en vertu de l'article L. 622-13 du code de commerce, la faculté de contracter n'est pas affectée. D'une part, le principe en sauvegarde reste la poursuite de l'activité ; l'administrateur est donc supposé favoriser la conclusion de contrats. D'autre part, du point de vue de l'Administration, le processus

[130] Plus précisément les contrats d'occupation privative du domaine public ayant pour objet « *une exploitation économique* », v. , art. 3 de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

[131] CAA Bordeaux, 3 juill. 2008, *SARL J.B.L.,* n°06BX01281.

[132] Art. L. 622-1, I du code de commerce : « *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* ».

[133] Art. L. 622-1, II. et III. du code de commerce.

[134] Art. L. 622-1, IV du code de commerce.

décisionnel interne à l'entreprise importe peu, dès lors qu'il est effectué par une autorité compétente (débiteur ou administrateur selon l'ampleur de la mission confiée à ce dernier).

80. **L'absence de toute obligation générale d'information du cocontractant** – En outre, la Cour de cassation refuse d'identifier la moindre obligation d'information du cocontractant sur la procédure collective engagée[135]. La solution est retenue à propos du redressement judiciaire[136] et s'applique *a fortiori* en procédure de sauvegarde et procédure volontaire ; le défaut d'information du cocontractant sur la procédure collective engagée ne constitue pas une manœuvre dolosive. En revanche, certains procédés de dissimulation d'une procédure collective constituent un dol, notamment eu égard à l'*intuitus personae* qui peut prévaloir dans le contrat[137].

81. **L'exception des procédures de sélection suivies volontairement –** En dehors du cadre contraignant propre à la sélection des candidats aux contrats de la commande publique, l'Administration peut faire le choix de suivre volontairement les procédures de publicité et de mise en concurrence inscrites dans le code de la commande publique, notamment pour l'attribution de conventions d'occupation du domaine public. Ce choix n'est pas source d'illégalité[138], mais dans un tel cas, l'Administration doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et suivre la règle d'attribution qu'elle a fixée[139]. Comme le conclut Jacques-Henri STAHL sur l'arrêt *Société EDA, « la circonstance qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'encadre les décisions de l'autorité domaniale n'interdit pas à cette autorité de définir les modalités de la procédure d'attribution qu'elle entend suivre. Et dans ce cas, il lui incombe, à peine d'illégalité, de respecter les règles qu'elle a instituées »*[140]. Ainsi, dès lors que l'attribution de tout contrat administratif est soumis au code de la commande publique, les règles applicables à l'accès des entreprises en difficulté à ces contrats

---

135 DRAY J., « *Contrat et informations sensibles : une obligation d'en informer le cocontractant ? »*, 18 fév. 2016, https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-informations-sensibles%C2%A0-obligation-informer-20540.htm.

136 Cass. com., 24 sept. 2003, n°00-21.863 : « *Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, relevé qu'aucun texte n'oblige une entreprise à informer son co-contractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire, la cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas établi que la société Socavol n'aurait pas contracté si elle avait connu la situation de la société Valouest et qu'elle ne rapportait pas la preuve que celle-ci se serait livrée à des manoeuvres dolosives à son égard, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé* ».

137 CA Paris, 30 janvier 2008, n°05/21137, en l'espèce, une clause *intuitu personae* démontrait que le cocontractant avait été choisi sur des considérations d'ordre économique relatives à la situation économique de l'entreprise et sur les relations de confiance établies avec ses dirigeants.

138 CLAVAGNIER B., « *L'opportune mise en concurrence pour éliminer une association gênante »*, *Juris associations* 2008, n°388, p. 3, cit. CAA Lyon, 3 juillet 2008, n°06LY00772.

139 PEYRICAL J.-M., « *Domaine des collectivités territoriales : conventions d'occupation domaniale »*, *Encyclopédie des collectivités locales*, chapitre 6, folio n°4860, novembre 2017, cit. CE, 21 sept. 1992, *Cne de Bagnols-sur-Cèze c. SARL Alpha Ambulances*, n°111555 ; CE, 10 oct. 1984, *Ville de Toulouse*, n°47875 ; CAA Douai, 15 juin 2010, *Dufour*, n°09DA01456.

140 J.-H. STAHL concl. sur CE 26 mars 1999, Sté EDA, n°202257 ; « *Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif »*, *AJDA* 1999. p. 430.

sont applicables. Aucune discrimination ne pourrait être légalement justifiée à l'égard des entreprises soumises à une procédure préventive ou de sauvegarde.

82. Le régime ainsi élaboré par le législateur français en droit de la commande publique semble protecteur des entreprises placées en procédure préventive et de sauvegarde. Il est en outre éminemment justifié au regard de la substance de ces procédures volontaires, matérialisée par les dispositions du Code de commerce.

§2. Un régime équilibré au regard des caractéristiques de ces procédures

83. Le législateur français semble avoir correctement pris en considération les caractéristiques des procédures volontaires, telles que définies par le code de commerce, pour établir les modalités d'accès des entreprises à la commande publique. Cette procédure est en effet déclenchée à l'initiative de l'entreprise (A) et n'implique pas de contrainte des organes de la procédure collective dans le déroulement du contrat (B).

A) Des procédures préventives et volontaires

84. Les procédures de mandat *ad hoc*, de conciliation et de sauvegarde auxquelles sont soumis les candidats à l'attribution d'un contrat administratif ne représentent pas, pour l'Administration contractante, un danger immédiat, au regard de leur caractère préventif ainsi qu'à l'aune de la bonne volonté du gérant dont témoigne la sollicitation de l'ouverture de la procédure.

85. **L'absence de cessation des paiements –** L'article L. 611-4 prévoit que le mandat *ad hoc* et la conciliation sont ouverts lorsque survient « *une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* ». L'article L. 620-1 du code de commerce dispose que la sollicitation d'une procédure de sauvegarde vise tout débiteur qui présente des « *difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ». Ces difficultés doivent être certaines et les juges compétents veillent à conserver une appréciation *in concreto*, relativement stricte, de cette condition[141]. Pour autant, la situation financière de l'entreprise ne doit pas être détériorée jusqu'à caractériser un état de cessation des paiements, c'est-à-dire se trouver dans « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »[142] depuis plus de quarante-cinq jours. Ainsi, le contexte financier propice à l'engagement d'une procédure

[141] v. par ex., CA Lyon, 31 mai 2006 ; *Rev. proc. coll.* 2006. 253, obs. ROUSSEL GALLE; *Gaz. Pal.* 6-7 oct. 2006, p. 5, note LEBEL ; *RTD com.* 2006. 675, obs. VALLENS ; *RJ com.* 2007. 71, obs. SORTAIS.

[142] Art. L. 631-1 du code de commerce.

préventive ou de sauvegarde peut être provoqué par divers retards de trésorerie, qui sont malheureusement très courants dans les petites et moyennes entreprises. Les difficultés qui conduisent au jugement d'ouverture ne caractérisent donc pas un état désespéré pour l'entreprise, qui justifierait une éviction de tout contrat de la commande publique. Il aurait donc été illégitime, à ce stade, de compromettre les chances de rétablissement économique que peuvent légitimement espérer les entreprises placées en procédure préventive ou de sauvegarde.

86. **L'initiative du déclenchement de la procédure –** En outre, l'état de cessation des paiements, qui établit l'obligation pour une entreprise en difficulté d'être placée en redressement ou en liquidation judiciaire n'étant pas atteint, le placement en mandat *ad hoc*, conciliation et sauvegarde est demandé par le débiteur[143]. La démarche est donc volontaire. Elle témoigne indéniablement de la volonté du débiteur de se soumettre à une procédure dans le but d'assainir sa situation financière, tout en poursuivant son activité. En effet, en sauvegarde, pendant la période d'observation, le principe d'interdiction des paiements[144] peut permettre de laisser du temps à l'entreprise d'obtenir le règlement par ses débiteurs des impayés ou encore de facturer de nouvelles prestations, ce qui doit théoriquement aboutir au règlement ultérieur de ses dettes, dans le cadre d'un plan. Le choix pour un gérant de demander l'ouverture d'une telle procédure témoigne indubitablement de sa bonne volonté et de l'anticipation de ses difficultés. Rappelons à ce titre que les sauvegardes représentaient seulement 2% des procédures engagées en 2022, les procédures préventives, 15%[145]. Peu de débiteurs sollicitent l'ouverture de ces procédures préventives. Le législateur a, semble-t-il, tenu compte de ce paramètre et fait le choix louable de ne pas préjudicier de manière excessive à l'objectif de maintien et de pérennisation de l'activité de l'entreprise. Il a certainement tenu compte de la nécessité de valoriser le volontarisme des débiteurs de bonne foi, dans une logique incitative. Le sens même de ces procédures repose sur l'anticipation et la volonté du dirigeant ; la liberté d'accès à la commande publique – comme aux autres contrats administratifs – constitue une incitation supplémentaire.

87. En outre, il n'existe aucune raison pour l'Administration de craindre d'être soumise au bon vouloir des organes de la procédure collective, puisque le gérant de l'entreprise en procédure de sauvegarde demeure décisionnaire dans l'entreprise.

---

[143] Art. L. 611-3, L. 611-6 et L. 620-1 du code de commerce.

[144] Art. L. 622-7 du code de commerce.

[145] Observatoire des données économiques du CNAJMJ, *Indicateurs – Procédures collectives & de prévention,* année 2022, https://www.cnajmj.fr/abracad-nor/2023/01/Indicateurs-annuels-Procedures-collectives-et-de-prevention-en-2022.pdf.

B) Un débiteur armé pour la poursuite de l'activité

88. L'appréhension pour l'Administration de subir la substitution du gérant par les organes de la procédure collective, en particulier un tiers mandaté, n'est pas légitime en matière de sauvegarde, pas plus qu'en mandat *ad hoc* et en conciliation. En effet, en comparaison avec les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, ces procédures sont peu contraignantes pour l'entreprise. Elles permettent au gérant de conserver la mainmise sur les décisions stratégiques et courantes de l'entreprise.

89. **La continuation de l'activité de l'entreprise** – Il convient de signaler que, par principe et à l'instar de la procédure de redressement judiciaire, « *l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation* »[146] en sauvegarde. Il en va *a fortiori* de même dans les procédures préventives. Le risque d'interruption des prestations n'est pas imminent, sauf à ce que des résiliations soient prononcées pour les contrats les plus préjudiciables pour l'entreprise, sous la forme d'un « *cherry picking* »[147].

90. **L'absence de dessaisissement du débiteur** – Le mandataire *ad hoc* et le conciliateur ne disposent d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard du dirigeant. Ils accompagnent simplement le débiteur dans la gestion de l'entreprise ou dans la négociation avec les créanciers. En sauvegarde, au cours de la procédure d'observation, l'administrateur – s'il en est nommé – se voit attribuer un rôle restreint de « *surveillance* » ; il exerce également une mission « *d'assistance* » du gérant dans ses opérations de direction[148]. Les fonctions de l'administrateur en procédure de sauvegarde sont sans commune mesure avec celles qu'il exercerait au cours d'un redressement, voire d'une liquidation judiciaire. En effet, dans les procédures précitées, l'administrateur peut être chargé « *d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise* »[149]. La contrainte opposée au gérant par l'administrateur est donc extrêmement limitée au cours des procédures volontaires. Il découle du rôle restreint de l'administrateur une évidence : l'absence de transfert des pouvoirs de direction de l'entreprise aux organes de la procédure collective. En effet, en vertu de l'article L.622-1 du code de commerce, « *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* ». Les choix stratégiques, comme les opérations de gestion courante, demeurent dans le giron entrepreneurial. Le code de commerce instaure également en son article L. 622-3 une protection du rôle du chef

[146] Art. L. 622-9 du code de commerce.

[147] JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°373, p. 238.

[148] Art. L. 622-1 et suivants du code de commerce.

[149] Art. L. 631-12 du code de commerce.

d'entreprise en prévoyant que :

> « *Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi.* »

91. La définition civiliste des actes de disposition fait l'objet d'un débat doctrinal qui porte sur leur étendue. L'on retiendra ici une synthèse de Claude BRENNER, fondée sur la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle :

> « *Les actes de disposition sont non seulement les actes qui emportent aliénation de biens considérés dans leur valeur de capital, mais aussi ceux qui engagent l'avenir du patrimoine* […]*, autrement dit, les actes qui portent atteinte ou risquent de porter atteinte à la valeur d'un bien considéré comme un capital (v. Civ. 1re, 4 avr. 1991, no 89-20.232 , Bull. civ. I, no 115 ; D. 1992. 261, note Gautier).* »[150]

92. En ce sens, les actes de disposition désignent, selon le même auteur, les actes transitifs de vente d'échange, de legs, mais aussi les actes abdicatifs ou extinctifs (renonciations à des droits, résolutions, compromis) voire même des actes comportant un risque suffisant (gage, souscription, cautionnement). En ce qui concerne les actes d'administration, Claude BRENNER cite des éléments de définition combinant les diverses théories doctrinales. Ainsi, ces actes auraient pour caractéristique de permettre « [l']*exploitation,* [la] *gestion,* [la] *mise en valeur normale du patrimoine,* [ces éléments constituant un] *dénominateur commun élémentaire des actes d'administration* »[151]. Ainsi, le gérant d'une entreprise en sauvegarde est encore habilité à poursuivre son activité normale pendant la période d'observation, en conservant à la fois ses capacités d'administration, mais également en usant de toutes les facultés nécessaires pour disposer de son patrimoine.

93. A ce stade, l'administration n'a donc pas de raison légitime de s'alarmer. L'entreprise sous mandat *ad hoc*, conciliation ou sauvegarde demeure souveraine ; le gérant défendra les intérêts propres à tout chef d'entreprise. Les organes de la procédure collective ne pourront faire prévaloir les intérêts des créanciers sur l'exécution du contrat de la commande publique.

94. **Conclusions partielles** – À la lecture du code de commerce, les entreprises en procédure préventive et de sauvegarde sont aptes – et même incitées – à poursuivre leur activité et à conclure

[150] BRENNER C., « *Acte juridique », Répertoire de droit civil,* Dalloz, janv. 2013.

[151] *Ibid.*

de nouveaux contrats. En outre, ni l'intérêt général, ni la continuité du service public ne sont mis en péril immédiat par la situation de l'entreprise et par les mesures qui sont prises pour régler ses difficultés. La liberté d'accès aux contrats administratifs des entreprises en procédure préventive et en sauvegarde devrait alors être garantie. Pourtant, seul le droit de la commande publique protège les débiteurs d'une exclusion arbitraire. Il semblerait nécessaire qu'un principe général de non-discrimination soit généralisé à l'ensemble des contrats administratifs. Le juge administratif pourrait s'appuyer sur les dispositions du code de commerce pour ce faire.

95. Le législateur français semble donc avoir fait le choix de la primauté des intérêts légitimes de l'entreprise sur la protection de l'Administration, laquelle n'apparait pas nécessaire et aurait pu être considérée comme excessive. Ces dispositions manifestent une cohérence avec le code de commerce, qui tend à inciter les débiteurs à anticiper les difficultés ; elles devraient être généralisées à tous les contrats administratifs. Mais cette balance entre considérations économiques et d'intérêt général doit être abordée de manière radicalement opposée en ce qui concerne la procédure de liquidation judiciaire.

Section 2 : L'interdiction d'accès au contrat administratif des entreprises en liquidation judiciaire

96. L'analyse de la liquidation judiciaire conduit logiquement à l'instauration d'un régime drastique en matière d'accès à la commande publique (§1). Il conviendra alors de s'intéresser plus spécifiquement à certaines caractéristiques de la procédure, qui ont légitimement pu conduire le législateur à construire une telle interdiction de soumissionner (§2).

§1. L'établissement de l'interdiction d'accès des entreprises placées en liquidation judiciaire aux contrats administratifs

97. Cette prohibition peut être expliquée par la nature de la procédure de liquidation judiciaire (A), qui justifie amplement l'exclusion des entreprises qui y sont soumises aux contrats administratifs (B).

A) Les caractéristiques de la procédure

98. La lecture des articles L. 640-1 et suivants du code de commerce permet d'appréhender les principaux traits de la procédure, qu'il convient de synthétiser.

99. **Les éléments caractéristiques de la liquidation judiciaire** – La procédure de liquidation judiciaire partage avec le redressement judiciaire un élément commun : l'état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. Mais elle s'en distingue par le constat de l'impossibilité de parvenir à un redressement. Ouverte dès la réunion des deux éléments caractéristiques précédemment évoqués, cette procédure ne fait en principe pas l'objet d'une période d'observation. Elle peut survenir en dehors de toute autre procédure collective comme pendant la période d'observation ou pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement. La liquidation judiciaire est définie aux articles L. 640-1 et suivants du code de commerce :

> *« Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. »*[152]

[152] Art. L. 640-1 du code de commerce.

100. L'objectif de la procédure est donc de mettre un terme à toute activité de l'entreprise en liquidant et en partageant entre les créanciers les produits de la cession globale ou séparée des biens du débiteur. A cet effet, l'ensemble du patrimoine de l'entreprise débitrice ou l'entreprise elle-même fait l'objet d'une vente ; il revient aux organes de la procédure collective de réaliser l'actif et d'apurer le passif. Notons au demeurant qu'une poursuite de l'activité peut toutefois être décidée à titre provisoire, en vue de protéger l'intérêt public ou les créanciers[153].

101. **Jugement d'ouverture** – La saisine du Tribunal de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire constitue une obligation pour le débiteur[154], mais peut être efectuée par un créancier ou par le ministère public[155]. Après avoir constaté la cessation des paiements et l'impossibilité de parvenir à un redressement, le Tribunal désigne les organes de la procédure collective, qui sont principalement le juge-commissaire, le liquidateur et le représentant des salariés[156]. La désignation d'un administrateur n'est pas systématique[157].

102. **Déroulement de la procédure** – L'article L. 641-4 prévoit que « *le liquidateur procède aux opérations de liquidation en même temps qu'à la vérification des créances* ». Il exerce, selon l'alinéa 5 de ce même article, les licenciements économiques en application du jugement de liquidation. Le dessaisissement du débiteur au profit du liquidateur est total, tant en matière patrimoniale que dans la gestion de l'entreprise[158]. Lorsque cela est possible, la liquidation peut s'effectuer par une cession partielle ou totale de l'entreprise, ce qui peut limiter les conséquences pour les salariés de l'entreprise[159]. La procédure peut également consister en une cession isolée des actifs de l'entreprise[160]. L'outil économique sera alors totalement détruit. L'apurement du passif est facilité, dès lors que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues* »[161]. Le partage entre les créanciers des produits de la cession de l'actif du débiteur est encadré par les dispositions du code de commerce, distinguant les créanciers privilégiés (salariés,

153 Art. L. 641-10 du code de commerce.

154 Art. L. 640-4 du code de commerce.

155 Art. L. 640-5 du code de commerce.

156 Art. L. 641-1 du code de commerce.

157 Art. L. 641-10 du code de commerce.

158 Art. L. 641-9 du code de commerce.

159 Art. L. 641-10 *precit*., L. 642-1 et suivants du code de commerce.

160 Art. L. 642-18 et suivants du code de commerce.

161 Art. L. 643-1 du code de commerce.

Trésor public, titulaires de garanties), prioritaires, des créanciers chirographaires[162]. La clôture de la procédure s'effectue à l'issue de ces opérations, notamment lorsque tous les créanciers ont été satisfaits ou en cas d'insuffisance d'actifs[163].

103. Eu égard à la nature de la procédure de liquidation judiciaire, le législateur a adopté un régime d'accès extrêmement strict, en ce qui concerne l'accès des entreprises concernées aux contrats de la commande publique.

B) Le régime d'accès aux contrats de la commande publique

104. Le principe posé par le droit de la commande publique est absolu. Il proscrit toute passation d'un contrat de la commande publique avec une entreprise placée en liquidation judiciaire.

105. **L'interdiction absolue de soumissionner –** Le code de la commande publique prévoit en ses articles L. 2141-3 et L. 3123-3 que *« sont exclues de la procédure de passation les personnes / 1° Soumises à la procédure de liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce ou faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger »*[164].

106. **L'interdiction de soumissionner dès l'ouverture de la procédure –** L'interdiction posée par le législateur est inconditionnelle. Aucune entreprise n'est susceptible d'être recevable à soumissionner dès lors qu'elle a fait l'objet d'un jugement la plaçant en liquidation judiciaire. Ainsi, « *ce principe d'exclusion est suffisamment clair et absolu pour ne pas, en pratique, donner lieu à de vraies difficultés pratiques de mise en œuvre pour les acheteurs publics* »[165].

107. **L'ouverture de la liquidation judiciaire postérieurement à la date de remise des offres –** Bien que cette question n'ait pas été soumise aux juridictions administratives, l'on peut, par un raisonnement comparatif, estimer qu'un placement en liquidation judiciaire après la date de remise des candidatures ou des offres entraîne l'exclusion d'office du candidat. En effet, la jurisprudence *Commune de Chaumont*[166], portant sur le redressement judiciaire, oblige le candidat à déclarer à l'acheteur l'ouverture de la procédure collective en vue d'un réexamen de sa

[162] Art. L. 643-2 et suivants du code de commerce.

[163] Art. L. 643-9 et suivants du code de commerce.

[164] Art. L. 2141-3, 1° et L. 3123-3, 1° du code de la commande publique, *precit.*

[165] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », *precit.*, p. 6.

[166] CE, 26 mars 2014, *Commune de Chaumont*, n°374387.

candidature, ce qui peut conduire à son exclusion, y-compris après la sélection des offres. Il en sera logiquement de même en cas de liquidation judiciaire.

108. **Liquidation judiciaire du membre d'un groupement –** Ainsi qu'énoncé, « *un groupement d'entreprises ne peut être déclaré attributaire d'un marché que si toutes les entreprises qui le composent ont préalablement été admises à présenter une offre* »[167]. Il ne peut donc comprendre une entreprise en liquidation judiciaire. En outre, les articles L. 2141-13 et L. 3123-16 du code de la commande publique permettent la substitution d'un membre du groupement ou d'un sous-traitant en liquidation judiciaire afin d'éviter l'exclusion de l'ensemble des co-traitants[168].

109. **Conséquence de la dissimulation du placement en liquidation judiciaire** – A l'instar de toute dissimulation d'une cause d'exclusion[169], le fait pour l'entreprise soumissionnaire de ne pas faire état de son placement en liquidation judiciaire est une fraude. L'acheteur, la constatant, procédera donc à tout moment au retrait de l'éventuelle décision d'attribution et procèdera à une nouvelle sélection[170].

110. Le code de la commande publique est clair et ferme sur la passation des contrats qui en relèvent avec des entreprises en liquidation judiciaire. En revanche, il n'existe pas de dispositions aussi claires applicables aux autres contrats administratifs.

C) Le régime d'accès aux autres contrats administratifs

111. Bien qu'il n'existe pas, en droit public, de règle générale applicable aux entreprises en liquidation judiciaire, le droit privé, qui pose la principe de la cessation d'activité, interdit *de facto* la souscription ou la poursuite d'engagements contractuels de toute nature**.**

112. **L'interdiction par le droit privé –** Ainsi que l'énonce l'article L. 640-2 du code de commerce, *« la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ».* Le prononcé du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire implique la cessation immédiate de l'activité de l'entreprise. Si l'article L. 641-10 prévoit qu'un maintien de l'activité est possible pour limiter l'aggravation du

[167] CE, 9 déc. 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres,* n°70836.

[168] Art. L. 2141-13 et L. 3123-16 du code de la commande publique.

[169] CE, 3 oct. 2012, *Société Déménagements Le Gars*, n°360952.

[170] CE, 8 déc. 1997, *Sté A2IL*, n°154715.

passif, cette poursuite est limitée par l'article R. 641-18 du même code à une durée de trois mois. Ainsi, eu égard à l'objet de la procédure et à la durée maximale de poursuite, le but du maintien de l'activité n'est certainement pas de conclure de nouveaux contrats. L'entreprise est administrée par le liquidateur[171], qui, comme le débiteur, est tenu au respect des dispositions précitées et soumis au principe de cessation de l'activité.

113. Ainsi, le régime posé en matière de commande publique, qui proscrit la conclusion d'un contrat avec une entreprise placée en liquidation judiciaire, est simple et absolu, conforme à la lettre comme à l'esprit des dispositions qui se rapportent à cette procédure. Il pourrait s'appliquer identiquement à l'ensemble des contrats administratifs. Il s'accommode des mécanismes plus particuliers applicables à la liquidation judiciaire. L'analyse du droit instaurant cette procédure explique et justifie à elle-seule ce choix retenu par le droit de la commande publique.

§2. Un régime équilibré au regard des caractéristiques de la procédure de liquidation judiciaire

114. L'évocation des caractéristiques essentielles de la procédure de liquidation judiciaire illustre les raisons qui ont pu conduire le législateur à poser une interdiction absolue de soumissionner.

115. **Le cessation de l'activité du débiteur –** Par assimilation, l'on pourrait affirmer que le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire est l'arrêt de mort de l'entreprise en difficulté. Le déroulement des opérations qui en découlent constitue une clôture progressive mais brutale de l'entreprise. Tout espoir de redressement et de poursuite de l'objet social de l'entreprise est alors abandonné. Si une poursuite d'activité peut être prononcée, c'est uniquement pour limiter l'accroissement du passif et pour une durée de trois mois[172]. L'objectif n'est évidemment pas de souscrire de nouveaux engagements contractuels, d'autant plus que l'outil économique n'a pas vocation à être préservé.

116. **L'apurement du passif –** En outre, les missions des organes de la procédure collective sont éminemment incompatibles avec l'exécution d'un marché public ou d'une concession. Bien que le jugement d'ouverture n'implique pas *ipso facto* la résiliation immédiate des contrats en cours, divers articles prévoient les conditions dans lesquelles il sera mis un terme à diverses

[171] Art. L. 641-10 du code de commerce.

[172] Art. R. 641-18 du code de commerce.

conventions[173]. Des licenciements seront immanquablement prononcés par le liquidateur, amoindrissant la capacité de l'entreprise à exercer toute activité[174]. De plus, l'apurement du passif impliquera soit une cession de l'entreprise[175] (ce qui est susceptible de porter atteinte à l'*intuitus personae*[176]), soit à une cession des actifs[177] (ce qui a pour effet de détruire l'outil économique). L'entreprise, en cessation des paiements, jugée inapte à tout rétablissement économique, subissant une lente agonie, est incapable d'exécuter un contrat de la commande publique.

117. **Conclusions partielles** – La liquidation judiciaire rend inéluctable la cessation d'activité, ce qui constitue un péril pour l'intérêt général et la continuité du service public. C'est donc légitimement que le législateur a fait le choix de proscrire toute candidature à la passation d'un marché public ou d'une concession. L'absence de toute intervention légale ou réglementaire interdisant l'accès des entreprises en liquidation aux autres contrats administratifs ne semble pas poser de difficulté, eu égard à la clarté des dispositions du code de commerce sur l'avenir du débiteur.

118. Si les régimes juridiques relatifs à l'accès des entreprises en procédure préventive, en sauvegarde et en procédure de liquidation judiciaire aux contrats administratifs sont équilibrés et ne suscitent pas vraiment de débat, il en va autrement de la question de la conclusion d'un contrat administratif avec une entreprise placée en redressement judiciaire.

[173] Art. L. 641-11-1 et suivants du code de commerce.

[174] Art. L. 641-4 du code de commerce, *precit.*

[175] Art. L.642-1 et suivants du code de commerce, *precit.*

[176] L'hypothèse de la cession de l'entreprise en difficulté sera abordée dans le chapitre ultérieur.

[177] Art. L. 642-18 et suivants du code de commerce, *precit.*

Section 3 : Le régime juridique imparfait d'accès au contrat administratif des entreprises placées en redressement judiciaire

119. La situation des entreprises en redressement judiciaire qui souhaiteraient accéder à des contrats administratifs est conditionnée, complexe et imparfaite. Conditionnée d'abord, puisque, bien que la cessation des paiements impose de nombreuses contraintes, le redressement judiciaire a pour objectif le rétablissement économique de l'entreprise, notamment par la poursuite d'activité. Complexe ensuite, parce que la prise en compte des phases successives de cette procédure contraint l'Administration à un examen du déroulement du redressement judiciaire. Imparfaite enfin, puisque le droit est très restrictif en matière de contrats de la commande publique ; lacunaire pour ce qui concerne les autres contrats administratifs. Ainsi, il existe des obstacles à l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats administratifs (§1) qui semblent excessifs et devraient justifier une évolution du droit (§2).

§1. Des limitations à la candidature des entreprises en redressement judiciaire

120. Une étude des dispositions de droit administratif et de droit commercial est nécessaire pour décrire et comprendre le régime d'accès aux contrats administratifs des entreprises en redressement judiciaire (A). Le choix du législateur d'instaurer une limitation certaine – mais pas absolue – à la conclusion de contrats administratifs avec ces entreprises tient compte, de manière évidente, de l'esprit du droit commercial applicable à cette procédure (B).

A) L'étendue des restrictions en matière de redressement judiciaire

121. Il est essentiel d'identifier la complexité des dispositions applicables aux entreprises en redressement judiciaire, intermédiaire aux deux autres principales procédures collectives (1), pour exposer les solutions retenues par le législateur en matière de commande publique (2) et en ce qui concerne les autres contrats administratifs (3).

1) *Les caractéristiques de la procédure*

122. La procédure de redressement judiciaire est prévue à l'article L. 631-1 du code de commerce. Elle est « *ouverte à tout débiteur* […] *qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.* […] *La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation* […] ».

123. **Le jugement d'ouverture : saisine et compétence** – Eu égard au caractère obligatoire du placement en redressement judiciaire, l'initiative de saisine de la juridiction compétente n'appartient pas au seul débiteur. Ce dernier est néanmoins tenu à une obligation légale de « déposer le bilan » – selon l'expression consacrée – auprès du greffe, dans les quarante-cinq jours suivant le début de la cessation des paiements[178]. Le juge peut également être saisi par un créancier, par voie d'assignation, voire même par une requête du ministère public[179] (le mécanisme de saisine d'office ayant été supprimé par une ordonnance de 2014[180]). Les règles de compétence juridictionnelle sont identiques à celles que prévoit le code de commerce en matière de sauvegarde.

124. **Le jugement d'ouverture : contrôle des conditions d'ouverture** – Le Tribunal de la procédure collective doit statuer sur le caractère effectif de la cessation des paiements invoquée. Selon la définition donnée précédemment, il statuera sur l'exigibilité du passif et l'insuffisance ou l'indisponibilité des actifs, par une analyse comparative de ces éléments[181]. La preuve de cet état doit être apportée par le requérant, quel qu'il soit[182]. Une fois la condition de cessation des paiements remplie, le Tribunal de la procédure collective doit statuer sur la possibilité de rétablissement de la situation économique de l'entreprise. En effet, l'article L. 640-1 du code de commerce portant sur la liquidation judiciaire ne distingue cette dernière du redressement judiciaire que par ce critère. Ainsi, le juge saisi d'une cessation des paiements statuera sur le choix de la procédure, en se prononçant sur les chances de succès d'une tentative de sauvetage de l'entreprise en difficulté par une procédure de redressement judiciaire, dans les conditions suivantes :

> *« Lorsque la situation du débiteur qui a déclaré être en état de cessation des paiements apparaît manifestement insusceptible de redressement, le tribunal invite celui-ci, en l'absence de demande subsidiaire aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, à présenter ses observations sur l'existence des conditions de l'article L. 640-1. Il statue ensuite, dans la même*

178 Art. L. 631-4 du code de commerce.

179 Art. L. 631-5 du code de commerce.

180 Art. 5 à 7 de l'ordonnance n°2014-1088 du 26 septembre 2014.

181 Art. L. 631-1 du code de commerce.

182 CA Toulouse, 28 janv. 1974, *JCP, éd. Cl*, 1974.11496, note J. A ; Cass. Com. 22 juin 1999, n°96-12.746, *Rev. pr. coll.* 2000, p. 45, obs. DELEVEUVILLE.

décision, sur la demande de redressement judiciaire et, le cas échéant, sur l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. »[183]

125. **Le jugement d'ouverture : désignation des organes de la procédure collective** – L'article L. 631-9 du code de commerce prévoit que les conditions de désignation des organes de la procédure collective sont essentiellement identiques à celles prévues à l'article L.621-4 dudit code en ce qui concerne la procédure de sauvegarde. Les acteurs principaux de la procédure seront donc le juge-commissaire, l'administrateur et le mandataire. Cependant, l'administrateur se voit habilité à exercer une mission de représentation du débiteur ou d'assistance du gérant, plus contraignantes que la surveillance prévue en procédure de sauvegarde[184].

126. **La période d'observation** – À l'instar de la procédure de sauvegarde, la période d'observation est ouverte pour six mois reconductibles, au cours desquels le tribunal peut décider d'une éventuelle transformation de la procédure en liquidation judiciaire[185]. Un inventaire est également réalisé[186]. Les principes d'interdiction des paiements et de suspension des poursuites[187] s'appliquent ; le passif antérieur à l'ouverture de la procédure est gelé. L'administrateur procède aux résiliations de certains contrats par le biais de l'option, conformément à l'article L. 631-14 du code de commerce. À la différence de la sauvegarde, sont déclarés nuls certains actes défavorables au maintien de l'actif, accomplis entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture : ce sont les nullités de la période suspecte[188].

127. **Plan de redressement** – Sauf à ce que la situation de l'entreprise se détériore à tel point que le placement en liquidation judiciaire soit prononcé, un plan de redressement est adopté au terme de la période d'observation, dans des conditions similaires à celles qui prévalent en procédure de sauvegarde[189]. Il peut s'agir d'un plan de redressement portant sur la réorganisation de l'entreprise et le désintéressement des créanciers ou d'un plan de cession. Si le plan de redressement est une conséquence directe du bilan dressé au cours de la période d'observation, l'entreprise en difficulté n'est plus totalement soumise aux contraintes de la procédure collective pendant l'exécution du

[183] Art. L. 631-7 du code de commerce.

[184] Art. L. 631-14 du code de commerce.

[185] Art. L. 631-7 du code de commerce.

[186] Art. L. 631-9 du code de commerce.

[187] Art. L. 631-14 du code de commerce.

[188] Art. L. 632-1 du code de commerce.

[189] Art. L. 631-19 du code de commerce.

plan. Ainsi, *« le jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise mettant fin, dès son prononcé, à la période d'observation, le débiteur retrouve la totalité de ses pouvoirs, sous réserve de ceux qui sont attribués à l'administrateur pour la mise en œuvre du plan et au commissaire à l'exécution du plan pour veiller à l'exécution de celui-ci »*[190].

128. Au regard du caractère contraignant de la procédure, inhérent à cessation des paiements, le législateur français s'est montré sévère en ce qui concerne l'accès aux contrats de la commande publique des entreprises placées en redressement judiciaire.

2) *Le régime d'accès aux contrats de la commande publique*

129. A la différence de la procédure de sauvegarde précédemment évoquée – qui partage pourtant de nombreux traits avec la procédure ici étudiée –, l'accès aux contrats de la commande publique des entreprises placées en redressement judiciaire est limité.

130. **Une exclusion conditionnée** – Les articles L. 2141-3 et L. 3123-3 du code de la commande publique disposent que *« sont exclues de la procédure de passation les personnes : / 3) Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution* [du contrat] *»*. Ces textes posent un principe d'exclusion de la commande publique des entreprises en redressement judiciaire. Seules peuvent être admises à soumissionner celles qui peuvent justifier d'une « habilitation » à exécuter le contrat, qui se manifeste sur le plan temporel. Les termes imprécis de la présente disposition obligent à se référer à la partie réglementaire du code, notamment pour comprendre la nature de l' « habilitation requise ». Le code de la commande publique contient en son article R. 2143-9 une liste des pièces à fournir, permettant au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de se prononcer sur la recevabilité de sa candidature :

> *« Afin de prouver qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-3, le candidat produit son numéro unique d'identification permettant à l'acheteur d'accéder aux informations pertinentes par le biais d'un système électronique mentionné au 1° de l'article R. 2143-13 ou, s'il est étranger, produit un document délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de son pays d'origine ou d'établissement, attestant de l'absence de cas d'exclusion. / Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, il produit la copie du ou des jugements prononcés. »*

[190] Cass. soc., 20 janv. 1993, n°88-42.702, *Bull. civ.* 1993, V, n°16 ; *D.* 1994, somm. p. 40, note DERRIDA (F.).

131. Le numéro unique d'identification remplace depuis le décret du 21 mai 2021[191] le document K (ou Kbis ou D1). Il permet à l'Administration de consulter de nombreuses informations administratives relatives à l'entreprise, y-compris la mention des « *décisions intervenues dans les procédures de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaires des entreprises* »[192]. Ce numéro apporte donc une information synthétique sur la situation de l'entreprise candidate. Pour autant, conformément à l'article précité, l'appréciation par l'Administration de l'habilitation de l'entreprise à soumissionner nécessite que soit transmises, en outre, les décisions juridictionnelles relatives au redressement engagé. En effet, seuls les jugements permettent une analyse précise de l'avancée de la procédure. Néanmoins, l'imprécision que manifestent les dispositions précitées a obligé l'Administration – et partant le juge administratif – à s'interroger à la fois sur la définition de la phase de redressement judiciaire au sens du code de la commande publique et sur la nature et la temporalité de l'habilitation à soumissionner. L'interdiction relative s'applique-t-elle à l'ensemble des phases de la procédure, incluant la période d'observation et l'exécution d'un plan de redressement ? L'habilitation est-elle explicite ? Qui est compétent pour la prononcer ?

132. **Une délimitation temporelle de la procédure de redressement judiciaire** – L'imprécision des articles précités du code de la commande publique conduit à s'interroger sur la portée de leur application aux entreprises en redressement judiciaire, en période d'observation et en plan de redressement. L'interrogation est essentielle dans la mesure où, dans l'exécution du plan de redressement, le gérant a retrouvé la quasi-plénitude de ses pouvoirs. L'absence de distinction claire des deux phases de la procédure de redressement judiciaire est surprenante, eu égard à leur dissemblance. L'Administration s'est positionnée implicitement par le biais d'une fiche pratique de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie[193], en ne différenciant pas les temps successifs de la procédure collective. Les juridictions administratives ne semblaient pas avoir été conduites à se positionner de manière ferme et définitive sur cette question. Des décisions rendues en référé précontractuel par les tribunaux administratifs avaient semé le doute, par leur hétérogénéité sur cette question. Ainsi, le Tribunal administratif de Dijon avait annulé la procédure d'attribution d'un marché public dans laquelle le pouvoir adjudicateur avait écarté la candidature d'une entreprise en plan de redressement qui n'avait pas produit de document d'habilitation[194]. Il considérait ainsi que l'entreprise n'était plus en redressement judiciaire. À

[191] Décret n°2021-631 du 21 mai 2021 relatif à la suppression de l'exigence de présentation par les entreprises d'un extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers dans leurs démarches administratives.

[192] Art. R. 123-122 du code de commerce.

[193] Fiche DAJ, min. économie, *L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics* – février 2015, *precit.*

[194] TA Dijon, réf., 16 mars 2007, *SARL N S c/ Conseil Général de Saône-et-Loire,* n°0700454, v. FAYOLLE (L.), *« La période de redressement judiciaire » au sens du Code des marchés publics, JCP A* n°37, 10 sept. 2007, p°2222.

l'inverse, le Tribunal administratif de Montpellier avait débouté une entreprise placée dans la même situation, en estimant que le redressement judiciaire s'étend à la phase d'exécution du plan de redressement[195]. Le doute ainsi instauré a légitimement soulevé la critique doctrinale[196]. La Cour administrative d'appel de Bordeaux a remédié à cette incertitude, en confirmant explicitement que le redressement judiciaire, au sens du droit de la commande publique, s'étend également à la période d'exécution du plan de redressement :

> *« Il incombe au pouvoir adjudicateur de vérifier les capacités de l'entreprise placée en redressement judiciaire à exécuter le marché compte tenu de son placement dans cette situation pour s'assurer de la recevabilité de sa candidature. Une entreprise placée en redressement judiciaire est ainsi tenue de justifier, lors du dépôt de son offre, qu'elle est habilitée, par le jugement prononçant son placement dans cette situation, à poursuivre ses activités pendant la durée d'exécution du marché, telle qu'elle ressort des documents de la consultation. Cette obligation incombe à l'entreprise y compris lorsqu'elle fait l'objet d'un plan de redressement. »*[197]

133. Jusqu'en 2019, le Conseil d'État ne s'était jamais explicitement prononcé sur cette question. Par conséquent, la doctrine considérait que « *dans le doute et tant que la jurisprudence ne sera pas fixée sur ce point, les candidats faisant l'objet d'un plan de redressement ont, par précaution, intérêt à se considérer comme étant toujours en situation de "redressement judiciaire" et à se soumettre aux obligations formelles s'imposant à ce titre* »[198]. Par une décision *Dauphin Télécom*[199], le Conseil d'État a finalement clarifié la jurisprudence sur cette question. Confirmant le raisonnement de la cour administrative d'appel de Bordeaux dans la décision *Société entreprise du bâtiment Dus*, le Conseil d'État considère que les entreprises soumises à un plan de redressement doivent être considérées comme étant soumises aux dispositions du code de la commande publique applicables aux entreprises en redressement judiciaire candidates à un marché public ou à un contrat de concession[200]. Cela implique, conformément à ces dispositions, la transmission du ou des jugements à titre de justification de la situation de l'entreprise (le jugement d'ouverture et, le cas échéant, le jugement adoptant le plan

---

195 TA Montpellier, réf., 14 févr. 2008, *SARL N S*, n°0800369.

196 LAUGIER M., « *Entreprises en difficulté et accès aux marchés publics : quand l'esprit est contredit par la lettre des textes* », *Revue des procédures collectives* n°2, avr. 2008, étude 17.

197 CAA Bordeaux, 1er décembre 2016, *Société Entreprise du bâtiment Dus*, n°14BX01718, v. HOEPFFNER H., « *Candidature d'une entreprise placée en redressement judiciaire », CMP* n°2, févr. 2017, comm. 42.

198 LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », *precit.*

199 CE, 25 janv. 2019, *Société Dauphin télécom*, n°421844 ; AGRESTA S., HUL. S., « *Contrôle dans le temps des interdictions de soumissionner par le pouvoir adjudicateur », AJDA* 2019, p. 885 ; DIETENHOEFFER J., *« Contrôle des candidatures des entreprises soumises à un plan de redressement »*, *CMP* n°4, Mai 2019, comm. 111 ; DREYFUS J.-D., « *Une entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement doit être regardée comme admise à la procédure de redressement judiciaire pour l'application de l'ordonnance sur les marchés publics* », *AJ contrat* 2019, p. 138.

200 Art. L. 2141-3, L. 3123-3 CCP.

de redressement).

134. **La preuve de l'habilitation : la production des justificatifs pour la passation des marchés publics** – L'article R. 2143-9 du code de la commande publique, précité, prévoit la transmission du numéro unique d'identification ainsi que la copie du ou des jugements rendus concernant le redressement judiciaire de l'entreprise candidate. Si la période d'observation est en cours, seul le jugement d'ouverture sera transmis, voire les éventuelles décisions prolongeant la période d'observation. Si cette période est échue, s'y ajoutera le jugement arrêtant l'éventuel plan de redressement. Lorsque l'entreprise est régie par un droit étranger, l'article R. 2143-9 précité prévoit les conditions dans lesquelles des documents alternatifs peuvent se substituer à ceux prévus en matière d'entreprise de droit national. Il peut s'agir de « *tout document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement du candidat* ». Le même article prévoit que l'absence de cas d'exclusion peut être établie par « *une déclaration sous serment ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement* ». En l'absence de transmission des documents exigés, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice devra, dans les conditions prévues aux articles R. 2144-1 et suivants du code de la commande publique, après demande de régularisation, déclarer irrecevable ladite candidature. En effet, l'admission de la candidature d'une entreprise en redressement qui n'aurait pas fourni les documents requis exerce une « *influence déterminante dans le choix de l'attributaire* [et] *le vice affectant le marché litigieux justifie son annulation totale* »[201], y-compris par le biais du référé précontractuel[202].

135. **La preuve de l'habilitation : la production de documents pour la passation des contrats de concession** – Le droit des concessions reproduit, bien que de manière moins détaillée, l'obligation pour le candidat de justifier ne pas être visé par cause d'exclusion de l'article L. 3123-3 du code de la commande publique et en particulier, par l'absence d'habilitation due à la procédure collective. Cette exigence est prévue aux articles R. 2143-6 et suivants du code de la commande publique[203] :

[201] CAA Nancy, 28 novembre 2013, *Office public d'habitat Metz Habitat Territoire*, n°13NC00967.

[202] CE, 26 mars 2014, *Commune de Chaumont*, n°374387, v. POUPEAU D., « *Office du juge du référé précontractuel en présence d'un candidat en redressement judiciaire », Dalloz Actualité*, 9 avril 2014.

[203] Rendus applicables par l'article R. 2344-3 du code de la commande publique.

> *« L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4, une déclaration sur l'honneur. »*

L'article R. 2344-4 prévoit en outre que :

> *« Si un candidat est concerné par un motif d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit à l'appui de sa candidature de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, moyens de preuve, compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé ».*

136. Il en résulte que la vérification de l'aptitude d'une entreprise en redressement judiciaire à se porter candidate à l'attribution d'une concession est effectuée sur la base d'une déclaration sur l'honneur (qui semble purement formelle) ainsi que sur des documents justificatifs, qui ne font pas l'objet d'une énumération détaillée et feront l'objet d'une demande expresse de la part de l'autorité concédante. Bien qu'il n'existe *a priori*, aucune jurisprudence qui l'affirmerait, on peut supposer que la transmission des jugements rendus par le Tribunal de la procédure collective est la seule manière pour l'autorité concédante de se positionner sur l'habilitation à soumissionner. Le régime de production des documents justificatifs lors de la passation des contrats de concession devrait donc être identique à celui qui est prévu par les dispositions relatives aux marchés publics.

137. **La preuve de l'habilitation pendant la période d'observation** – Il résulte d'une jurisprudence constante que l'habilitation s'analyse à partir des documents transmis et notamment des jugements produits. Plus précisément, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doit tenir compte de l'adéquation des délais suivis par les organes de la procédure collective avec la durée prévisionnelle du contrat. Pour les entreprises placées en redressement judiciaire, au cours de la période d'observation, la jurisprudence est claire :

> *« Une société en redressement judiciaire n'est pas recevable à soumissionner à un marché dont l'exécution s'étend au-delà de la période d'observation admise par le jugement l'autorisant à poursuivre son activité »*[204]

Par conséquent, ces entreprises ne peuvent se porter candidates qu'à des contrats courts, c'est-à-dire d'une durée d'exécution des prestations inférieure aux six mois pendant lesquels court la

[204] CE, 10 nov. 2010, *Ministre de la Défense c/Sté Multi Travaux Guyane*, n°341132, v. *AJCT* n°3, 17 janv. 2011, p°2026.

période d'observation[205], situation qui semble pour le moins marginale. L'habilitation semblerait également prendre en compte la durée des éventuelles reconductions du contrat ainsi que l'ensemble des tranches d'exécution[206].

138. **La preuve de l'habilitation pendant le plan de redressement** – À l'inverse, le Conseil d'État a estimé dans sa décision *Société Dauphin Télécom* que la durée du plan de redressement est indifférente pour permettre l'attribution d'un contrat de la commande publique à une entreprise placée en redressement judiciaire :

> « *La circonstance que le plan de redressement mis en place par ces jugements prévoyait l'apurement du passif sur une durée limitée et que la durée d'exécution du marché excédait, en l'espèce, la durée d'apurement du passif restant à courir était à cet égard sans incidence, le plan de redressement ne limitant pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le marché ne pouvait être attribué à la société Dauphin Télécom au motif qu'elle se serait trouvée dans le cas d'interdiction prévu par le c) du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 doit être écarté.* »[207]

139. **Le placement en redressement judiciaire après le dépôt de la candidature** – Le sort de l'entreprise placée en redressement judiciaire entre l'admission de sa candidature et la signature du contrat est régi par un considérant didactique de la décision *Commune de Chaumont* :

> *« Dans l'hypothèse où l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public a été placée en redressement judiciaire après la date limite fixée pour le dépôt des offres, elle doit en informer sans délai le pouvoir adjudicateur, lequel doit alors 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 ; que, dans la négative, le pouvoir adjudicateur ne peut poursuivre la procédure avec cette société ; que, lorsqu'il est soutenu devant lui que le placement en redressement judiciaire de l'entreprise, y compris lorsqu'il est intervenu après le dépôt de son offre, affecte la recevabilité de sa candidature, il appartient au juge du référé précontractuel d'apprécier si cette candidature est recevable et d'annuler, le cas échéant, la procédure au terme de laquelle l'offre de l'entreprise aurait été retenue par le pouvoir adjudicateur. »*[208]

---

[205] Art. L. 621-3 et L. 631-7 du code de commerce.

[206] TA Clermont-Ferrand, 4 avril 2011, *Sté Bénétis SAS*, n°1100529, cité par LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », *precit*.

[207] CE, 25 janvier 2019, *Société Dauphin télécom*, n°421844, *precit*.

[208] CE, 26 mars 2016, *Commune de Chaumont*, n°374387.

140. Deux enseignements peuvent être tirés de ce considérant. En premier lieu, l'entreprise candidate placée en redressement judiciaire est tenue d'en informer diligemment l'acheteur. Selon Florence REILLE, la violation de cette obligation pourrait constituer une cause d'irrecevabilité de l'offre présentée, sanctionnée par le juge administratif[209]. En second lieu, à la suite de la notification par le candidat de l'ouverture de la procédure collective, le pouvoir adjudicateur est chargé de réexaminer la recevabilité de l'offre au regard de l'habilitation de l'entreprise à exécuter le marché. Cela impliquera nécessairement la transmission des documents justificatifs, et plus particulièrement du jugement d'ouverture. La période d'observation déterminée par le Tribunal de la procédure collective devra donc couvrir la durée du marché[210]. Les candidats devenus irrecevables à soumissionner *a posteriori,* en raison de l'ouverture du redressement judiciaire, seront exclus de la procédure d'attribution ; un nouveau classement des offres devra être effectué. Le Conseil d'État indique également que l'examen de la recevabilité de la candidature peut même s'exercer, via la procédure du référé précontractuel, à l'égard de l'entreprise dont l'offre a été retenue par l'acheteur. Au-delà de la lettre du texte, il faut conclure de cette décision qu'un placement en redressement judiciaire en cours de procédure, eu égard à la durée de la période d'observation, aura pour effet quasi-systématique d'évincer l'immense majorité des entreprises placées dans cette situation.

141. **Le membre d'un groupement placé en redressement judiciaire** – Il résulte d'une jurisprudence constante du Conseil d'État qu'« *un groupement d'entreprises ne peut être déclaré attributaire d'un marché que si toutes les entreprises qui le composent ont préalablement été admises à présenter une offre* »[211]. Ainsi, l'ensemble des entreprises membres du groupement économique doivent pouvoir attester de leur aptitude à exécuter le marché, en prenant en compte la durée prévisionnelle d'exécution contenue dans les documents de la consultation. Mais le législateur a défini un régime spécifique, applicable aux entreprises membres d'un groupement qui feraient l'objet d'un placement en redressement judiciaire en cours de procédure de passation. En effet, les articles L. 2141-13 et L. 3123-16 du code de la commande publique prévoient que *« lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure ».* En créant cette faculté de substitution de l'entreprise défaillante, le législateur s'est

[209] REILLE F., « *Entreprise en difficulté et marché public : l'entente plus qu'imparfaite* », *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales* n°9, mai 2014, repère 165.

[210] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », *precit.*

[211] CE, 9 déc. 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres,* n°70836, v. aussi CAA Douai, 31 oct. 2000, *S.A. entreprise Dezellus*, n°97DA01214.

montré plus clément à l'égard des groupements qu'à celui des entreprises en difficulté candidates à titre individuel. En effet, en l'absence de texte, l'application combinée des jurisprudences *Commune de Chaumont* et *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres* aurait certainement conduit au rejet de la candidature et de l'offre du groupement, subséquemment à la défaillance de l'un de ses membres. La même solution de substitution est retenue en ce qui concerne les sous-traitants proposés par les soumissionnaires, aux articles L. 2141-14 et L. 3123-17 du code la commande publique. L'objectif du législateur est assurément d'épargner les candidats principaux des éventuelles déficiences qui affectent leurs cocontractants.

142. **Conséquence de la dissimulation du placement en redressement judiciaire** – En tout état de cause, la dissimulation d'un redressement judiciaire est considérée par le juge administratif comme une fraude. Par conséquent, il appartient à l'Administration, lorsqu'elle constate un tel passage sous silence, indifféremment du délai, de procéder au retrait de l'éventuelle décision d'attribution et de réexaminer les offres en vue d'une nouvelle sélection[212].

143. **L'obstacle relatif à la production du certificat de régularité fiscale et sociale –** Outre l'obstacle propre au placement en redressement judiciaire, l'impératif pour le soumissionnaire d'avoir satisfait à ses obligations fiscales et sociales est une barrière supplémentaire, souvent collatérale à l'état de cessation des paiements par l'entreprise et à l'interdiction de paiement des créances antérieures à la procédure collective. En effet, les articles L. 2141-2 et L. 3123-2 du code de la commande publique prévoient que :

> *« Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles. La liste de ces impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales est fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code. Cette exclusion n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, ont conclu et respectent un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes ».*

[212] CE, 8 déc. 1997, *Sté A2IL*, n°154715 : « *la société "Delmas Automatismes" a sciemment dissimulé qu'elle se trouvait en état de redressement judiciaire ; que, par suite, la commission n'a pas commis une erreur de droit en retirant sa décision du 4 décembre 1989 par laquelle elle avait retenu l'offre de la société "Delmas Automatismes" et en décidant de reprendre l'examen des offres* ».

144. La partie réglementaire du code de la commande publique prévoit en ses articles R. 2143-7 et R. 3123-18 que la régularité sociale et fiscale des entreprises candidates peut être établie par la production des « *certificats délivrés par les administrations et organismes compétents* », c'est-à-dire par l'URSSAF et le Trésor public. Le défaut de production desdits documents oblige l'acheteur à rejeter la candidature de l'entreprise, comme a pu l'affirmer le Conseil d'État statuant en référé précontractuel[213].

145. **La production de l'attestation de régularité sociale pendant la période d'observation** – En premier lieu, en ce qui concerne l'attestation de régularité sociale, il convient de relater une évolution notable, initiée par les juridictions civiles, qui a permis de faciliter l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats administratifs. En effet, suivant les instructions issues d'une lettre circulaire ACOSS du 24 juin 2008[214], l'URSSAF avait initialement considéré que les entreprises en période d'observation ne pouvaient être considérées comme étant en règle au regard de leurs obligations sociales. Elles ne pouvaient donc se voir délivrer une attestation de régularité sociale. La position de l'URSSAF a été infirmée par une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 23 avril 2015[215], confirmée par la Cour de cassation le 16 juin 2016[216]. L'obligation pour l'URSSAF de considérer qu'au cours de la période d'observation, les entreprises sont soumises au principe d'interdiction de paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture et donc à jour de leurs obligations sociales, constitue un élargissement conséquent des conditions d'accès des entreprises en difficulté aux contrats de la commande publique.

146. **La production de l'attestation de régularité fiscale pendant la période d'observation –** En second lieu, en matière de régularité fiscale, la position de l'Administration compétente a également évolué dans un sens plus favorable à l'entreprise en difficulté. Le BOFIP prévoyait,

---

213 CE, 13 nov. 2002, *Commune du* Mans, n°245354.

214 Lettre circulaire ACOSS n°2008-054 du 24 juin 2008 relative aux entreprises en redressement judiciaire soumissionnaires de marchés publics.

215 CA Aix-en-Provence, 23 avril 2015, *URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ SAS Horizon*, n°14/00132.

216 Cass. civ. 2ème, 16 juin 2016, *URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ SAS Horizon,* n°15-20.231; DI MARTINO M., « *Entreprises en difficulté et marchés publics* », *Revue des procédures collectives* n°1, janvier 2017, prat.1 ; PETIT F., *Revue des procédures collectives* n°5, sept. 2016, étude 14 ; RONET-YAGUE D., *JCP E.* n°37, 15 sept. 2016, 1472 : « *Mais attendu que, selon l'article L. 622-7 du code de commerce, le jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes ; qu'il en résulte 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 attendu que l'arrêt retient qu'il est constant qu'avant l'ouverture de la procédure collective, la société ne s'était pas acquittée de la totalité de ses cotisations et contributions à leur date d'exigibilité initiale, mais que celles-ci n'étaient plus exigibles dès lors que la procédure était ouverte, laquelle faisait même interdiction au débiteur de s'acquitter de cette dette ; que pendant la période d'observation, la société était à jour des cotisations dues pour ladite période ; / Que de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a exactement décidé que l'URSSAF devait délivrer à la société l'attestation prévue par l'article L. 234-15 du code de la sécurité sociale ».*

jusqu'en 2016, qu' « *une entreprise placée, au 31 décembre N-1, en période d'observation dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire est encore en état de cessation des paiements et ne bénéficie d'aucun plan. Elle ne pourra donc pas, à ce titre, obtenir une attestation de régularité fiscale* »[217]. Désormais, l'Administration fiscale prend en compte les objectifs issus du droit de la commande publique et du code du commerce, qui consistent à permettre la poursuite de l'activité des entreprises en redressement judiciaire pendant la période d'observation, afin de permettre leur éventuel rétablissement économique. La doctrine administrative prévoit désormais qu' *« une attestation de régularité fiscale peut donc être délivrée à une entreprise en période d'observation dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement. Dès lors qu'elle est encore en état de cessation des paiements et ne bénéficie d'aucun plan, elle ne pourra pas obtenir une attestation de régularité fiscale dématérialisée, mais pourra obtenir une attestation de régularité fiscale n°3666 (CERFA n°10640) si elle est à jour de ses obligations postérieurement à l'ouverture de la procédure collective »*[218]. Par conséquent, la délivrance de l'attestation requise en matière fiscale est désormais possible pendant la période d'observation, mais elle est conditionnée par le paiement de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés et de la taxe sur la valeur ajoutée[219] devenus exigibles postérieurement au jugement d'ouverture.

147. **La production des attestations de régularité sociale et fiscale pendant le plan de redressement** – La position de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale est constante. L'URSSAF doit délivrer l'attestation de régularité sociale aux entreprises faisant l'objet d'un plan de continuation :

> « *Il n'y a pas d'obstacle à la délivrance de l'attestation de régularité lorsque la date à laquelle est appréciée la situation de l'entreprise se situe au cours de la seconde phase de la procédure de redressement judiciaire, c'est à dire à compter de l'adoption du plan de continuation de l'entreprise par le tribunal. Ainsi l'attestation pourra être délivrée : si le plan est respecté au 31 décembre de l'année précédant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence / ou à la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence.* »[220]

148. La position de l'Administration fiscale est identique. Les entreprises en plan de redressement se verront délivrer une attestation de régularité fiscale dès lors qu' *« au dernier jour du mois précédant la*

[217] BOFIP, Dispositions juridiques communes – Attestation de régularité fiscale, 15/03/2013, BOI-DJC-ARF-20130315, pt. n°420.

[218] BOFIP, Dispositions juridiques communes – Attestation de régularité fiscale, 07/12/2016, BOI-DJC-ARF-20161207, pts. n°410-420.

[219] CERFA n°10640, Attestation de régularité fiscale n°3666, DGFiP.

[220] Lettre circulaire ACOSS n°2008-054 du 24 juin 2008 relative aux entreprises en redressement judiciaire soumissionnaires de marchés publics, *precit.*

demande, [ces entreprises] *auront respecté le plan de redressement ou, à défaut, régularisé leur situation à la date de la demande d'attestation.* »[221]

149. La question de l'accès à la commande publique des entreprises en redressement judiciaire fait l'objet d'un encadrement strict. Il en va différemment des autres contrats administratifs.

3) *Le régime d'accès aux autres contrats administratifs*

150. Comme précédemment évoqué, seuls les contrats de la commande publique font l'objet d'un encadrement par le droit public en ce qui concerne la candidature des entreprises en difficulté. C'est pourquoi il faut se référer aux limites apportées par le droit des entreprises en difficulté.

151. **L'absence de tout autre encadrement légal ou jurisprudentiel** – À l'instar de la procédure de sauvegarde, le droit public et la jurisprudence administrative ne limitent pas l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats administratifs, même en ce qui concerne les conventions d'occupation privative du domaine public[222].

152. **L'encadrement limité par le droit privé de la faculté de contracter** – En procédure de redressement judiciaire, le débiteur ne fait pas nécessairement l'objet d'un dessaisissement. L'article L. 622-3 du code de commerce[223], qui prévoit que « *le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur* », permet, en principe, la gestion de l'entreprise par ses instances classiques, sous le contrôle de l'administrateur pour certains actes. En revanche, lorsqu'en vertu des dispositions de l'article L. 631-14, alinéa 3, l'administrateur exerce une mission de représentation, il a le pouvoir de s'opposer à la signature d'un contrat. Néanmoins, cette hypothèse n'affecte pas la capacité de l'entreprise à contracter. À l'inverse, le principe du redressement judiciaire consiste dans la poursuite de l'activité[224]. En outre, les modalités de partage des pouvoirs au sein de l'entreprise importent peu du point de vue de l'Administration, dès lors que l'engagement contractuel est souscrit par une autorité compétente (débiteur ou administrateur).

---

[221] BOFIP, Dispositions juridiques communes – Attestation de régularité fiscale, 07/12/2016, BOI-DJC-ARF-20161207, pt. n°430.

[222] Les contrats d'occupation privative du domaine public ayant pour objet « *une exploitation économique* » font pourtant l'objet d'une mise en concurrence préalable : ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, art. 3.

[223] Rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L. 631-14 du même code.

[224] Art. L. 631-1, al. 2 du code de commerce.

153. **L'absence de toute obligation générale d'information du cocontractant** – Ainsi que cela a été développé en ce qui concerne la procédure de sauvegarde, la Cour de cassation refuse d'identifier la moindre obligation d'information du cocontractant sur la procédure collective engagée[225], en particulier en cas de redressement judiciaire[226]. Seuls les procédés dolosifs de dissimulation du redressement judiciaire sont sanctionnés[227].

154. **L'exception des procédures de sélection suivies volontairement –** L'Administration peut légalement faire le choix de suivre volontairement les procédures de mise en concurrence du code de la commande publique pour l'attribution de contrats qui n'y sont pas normalement soumis[228]. Mais lorsqu'elle le fait, l'Administration est tenue de suivre la règle d'attribution qu'elle a fixée[229]. Dès lors, les règles applicables à l'accès des entreprises en redressement aux contrats de la commande publique sont applicables. Ces entreprises devront donc, notamment, être habilitées à exécuter leurs obligations pendant la durée du contrat, ce qui exclut essentiellement les entreprises en période d'observation.

155. L'accès conditionné des entreprises placées en redressement judiciaire à la commande publique découle du régime intermédiaire de la procédure, énoncé par le livre VI du code de commerce, qui, en raison de la cessation des paiements, procède à un partage des pouvoirs au sein de l'entreprise. C'est donc au regard des caractéristiques du redressement judiciaire que le législateur a souhaité limiter l'accès de certaines de ces entreprises aux contrats de la commande publique.

---

225 DRAY J., « *Contrat et informations sensibles : une obligation d'en informer le cocontractant ?* », 18 fév. 2016, https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-informations-sensibles%C2%A0-obligation-informer-20540.htm.

226 Cass. com., 24 sept. 2003, n°00-21.863 : « *Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, relevé qu'aucun texte n'oblige une entreprise à informer son co-contractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire, la cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas établi que la société Socavol n'aurait pas contracté si elle avait connu la situation de la société Valouest et qu'elle ne rapportait pas la preuve que celle-ci se serait livrée à des manoeuvres dolosives à son égard, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé* ».

227 CA Paris, 30 janv. 2008, n°05/21137, en l'espèce, une clause *intuitu personae* démontrait le cocontractant avait été choisi sur des considérations d'ordre économique relatifs à la situation économique de l'entreprise et sur les relations de confiance établies avec ses dirigeants.

228 CLAVAGNIER B., « *L'opportune mise en concurrence pour éliminer une association gênante* », *Juris associations* 2008, n°388, p. 3, cit. CAA Lyon, 3 juill. 2008, n°06LY00772.

229 PEYRICAL J.-M., « *Domaine des collectivités territoriales : conventions d'occupation domaniale* », *Encyclopédie des collectivités locales*, chapitre 6, folio n°4860, nov. 2017, *precit.*

B) Un régime juridique en quête d'équilibre au regard de la nature de la procédure

156. Bien qu'elles visent à traiter les difficultés des entreprises avec des procédés relativement proches, les procédures de redressement judiciaire et de sauvegarde doivent être distinguées à bien des égards. Le régime juridique imposé par le code de commerce aux entreprises en redressement judiciaire peut justifier les solutions retenues par le législateur, encadrant leur accès aux contrats de la commande publique. Il faudra essentiellement constater que ces limitations peuvent se justifier par l'essence contraignante du redressement judiciaire (1), ainsi que par les restrictions graduelles aux pouvoirs du gérant (2).

1) *Une procédure toujours imposée*

157. Ainsi qu'énoncé précédemment, l'article L. 631-1 du code de commerce définit la procédure de redressement de manière descriptive, « *ouverte à tout débiteur […] qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.* » Pour autant, il découle du droit applicable aux entreprises en cessation des paiements, notamment des modalités de saisine et des larges pouvoirs du Tribunal de la procédure collective, que le redressement judiciaire est une procédure impérative, ce qui peut justifier le choix du législateur de conditionner la participation des entreprises placées dans cette situation aux procédures de passation des contrats de la commande publique.

158. **Un élément déclencheur : la cessation des paiements de plus de quarante-cinq jours –** Cet état, contitué par l'impossibilité les dépenses exigibles avec l'actif disponible depuis plus de quarante-cinq jours, est certes un élément de qualification légale. Pour autant, ce critère est également la traduction d'une situation économique considérée comme particulièrement préoccupante. L'entreprise est insolvable. Les salaires, les impôts et cotisations, les fournisseurs, ne peuvent être payés. L'activité est dès lors compromise en l'absence d'ouverture d'une procédure collective. L'interdiction de paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture, qui constitue un gel du passif, bien loin de l'esprit punitif qui prévalait en droit des faillites[230], est l'un des seuls instruments de sauvetage de l'entreprise, permettant la continuation de l'activité. Ainsi que l'a correctement pris en compte le législateur en matière de commande publique, la situation de l'entreprise en redressement judiciaire est intermédiaire. Sur le plan économique, elle serait désespérée sans ouverture d'une procédure collective. Pour autant, grâce

[230] TRICOT D., « *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?* », *Revue des procédures collectives* n°3, mai 2012, dossier 21.

aux instruments juridiques du droit des entreprises en difficulté, l'activité de l'entreprise est maintenue, ce qui permet d'envisager un éventuel rétablissement économique. Mais l'effet d'aubaine que peut constituer l'ouverture de la procédure collective ne saurait en dissimuler la nécessaire contrepartie, c'est-à-dire l'encadrement particulier de la gestion du débiteur, les pouvoirs contraignants des organes de la procédure collective.

159. **La saisine obligatoire du Tribunal –** Bien que le détail des conditions de saisine du Tribunal de la procédure collective n'ait pas d'implication directe dans la passation des contrats de la commande publique, il peut *a minima* témoigner d'un certain dessaisissement du gérant au profit des divers intérêts en présence, au détriment de l'intérêt social normalement poursuivi. En effet, outre l'obligation légale de saisine par le gérant dans les quarante-cinq jours suivant le début de la cessation des paiements[231], la même capacité, offerte aux créanciers et au ministère public[232], témoigne d'un large effacement de la volonté de l'entreprise. L'ouverture de la procédure collective ne relève pas d'un objectif commun pour l'ensemble des protagonistes. Pour le gérant, il s'agit d'une contrainte légale, mais qui peut engendrer des effets bénéfiques pour l'avenir de l'entreprise. Du point de vue des créanciers (URSSAF, Trésor public, banques, salariés, fournisseurs…), c'est en revanche le paiement des dettes qui va motiver la saisine, indifféremment du maintien des activités de l'entreprise pour la plupart d'entre eux. Le ministère public défend quant à lui l'intérêt de la collectivité, qui se distingue indubitablement des motivations purement économiques du gérant. Ce conflit d'intérêts divergents est synthétisé par le code de commerce, qui définit les trois objectifs du redressement judiciaire : « *faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »[233].

160. **Le risque de mutation forcée de la procédure en liquidation judiciaire –** Conformément aux articles L. 631-7 et L. 631-15 du code de commerce, que ce soit lors du jugement d'ouverture ou pendant la période d'observation, la transformation de la procédure de redressement en liquidation judiciaire peut être prononcée à tout moment par le Tribunal de la procédure collective. En effet, la première condition relative à la cessation des paiements est acquise ; la seconde, l'impossibilité de parvenir à un rétablissement économique, peut se manifester au cours de la période d'observation, voire même pendant l'exécution du plan par une nouvelle cessation des paiements[234]. Ainsi, si la sévérité des conditions d'accès aux contrats de la commande publique

[231] Art. L. 631-4 du code de commerce.

[232] Art. L. 631-5 du code de commerce.

[233] Art. L. 631-1 du code de commerce

[234] Art. L.631-20-1 du code de commerce.

des entreprises en redressement judiciaire est critiquable, elle peut s'expliquer par les caractéristiques de la procédure et le risque d'échec des mécanismes du redressement judiciaire.

161. Au-delà de l'application des règles impératives issues du code de commerce, le Tribunal de la procédure collective peut également faire varier le degré d'autonomie du gérant dans la mise en œuvre de la procédure collective.

2) *Une gestion généralement encadrée*

162. La limitation des pouvoirs de gestion au sein de l'entreprise est variable et en tout état de cause déterminée par les jugements du Tribunal de la procédure collective. Ce phénomène de contrainte se manifeste essentiellement au cours de la période d'observation, bien que certains effets puissent perdurer pendant l'exécution du plan de redressement.

163. **Les divers degrés de dessaisissement pendant la période d'observation** – Il résulte du régime défini par le code de commerce que le gérant de l'entreprise en difficulté peut subir l'implication plus ou moins forte de l'administrateur. En effet, des missions attribuées par le Tribunal à ce dernier, découle, en creux, la restriction des pouvoirs du gérant. Les pouvoirs de l'administrateur sont de deux natures. Il existe des fonctions obligatoires définies par le code de commerce et des missions déterminées par le jugement d'ouverture[235]. Les pouvoirs propres issus du code de commerce sont notamment la demande de prononcé de mesures conservatoires[236], la faculté de prononcer, moyennant l'autorisation du juge-commissaire, des licenciements urgents, inévitables et indispensables[237], ainsi qu'un rôle central en matière de continuation des contrats en cours[238]. En cas d'interdiction bancaire, l'administrateur fait également fonctionner sous sa signature les comptes en banque de l'entreprise[239]. L'administrateur, le mandataire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public sont également en charge d'exercer l'action en nullité des actes pris par le gérant[240]. Mais en outre, le Tribunal peut définir des missions plus ou moins contraignantes à la charge de l'administrateur. Les degrés d'intervention sont définis à l'article L. 631-12 du code de commerce, qui prévoit que le ou les administrateurs pourront être chargés

235 Art. L. 631-12, al. 1 du code de commerce.

236 Art. L. 631-10-1 du code de commerce.

237 Art. L. 631-17 du code de commerce..

238 Art. L. 631-14 et L. 622-13 du code de commerce.

239 Art. L. 631-12 al. 5 du code de commerce.

240 Art. L. 632-4 du code de commerce.

d' « *assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux, ou d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise* ». La mission d'assistance de l'administrateur se manifeste essentiellement par la contresignature des actes de gestion concernés[241], ce qui constitue une contrainte pour le gérant. La mission d'administration l'est d'autant plus. En cas de représentation, l'entreprise est intégralement gérée par l'administrateur ; il s'agit d'un dessaisissement total. En outre, l'article L. 631-12 prévoit la possibilité pour le Tribunal de modifier à tout moment la mission de l'administrateur. Ainsi, la définition du degré de liberté de gestion par le juge, via les compétences attributives de l'administrateur, peut être de nature à perturber les intérêts propres à l'entreprise. La nécessité pour l'Administration contractante de connaître les détails de la procédure collective est donc essentielle. L'encadrement sévère de l'accès des entreprises placées en procédure d'observation aux contrats de la commande publique peut donc se justifier, eu égard à l'ensemble de ces éléments.

164. Les éléments précédemment évoqués peuvent expliquer tant la sévérité des dispositions du code de la commande publique que l'instauration d'un régime juridique complexe prenant en compte les délais et phases procédurales.

165. Il convient toutefois d'opérer une évaluation critique de cette solution de compromis, en confrontant les objectifs du droit de la commande publique aux aspects les plus économiques du droit des entreprises en difficulté.

[241] Cass. com., 4 juin 2013, *Crédit mutuel de Cherbourg Napoléon*, n°12-17.203 : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que l'administrateur s'était vu confier une mission d'assistance sans aucune restriction, la cour d'appel en a justement déduit que cette mission emportait obligation pour ce dernier d'assister la société débitrice dans tous les actes de gestion au nombre desquels figure le fonctionnement des comptes bancaires sous leur double signature* ».

§2. Des limitations excessives à la candidature des entreprises en redressement judiciaire

166. Si les solutions instaurées en matière de sauvegarde et de liquidation judiciaire sont indiscutables au regard des caractéristiques de ces procédures, le choix intermédiaire du législateur applicable aux entreprises en redressement judiciaire fait débat. Le régime juridique applicable à l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats administratifs – et plus spécifiquement aux contrats de la commande publique – est construit comme un compromis entre les intérêts de l'Administration et ceux de l'entreprise en difficulté. Pour autant, il conviendra de remettre en question la pertinence ou l'efficience de ce compromis (A) et d'envisager d'éventuelles alternatives à celui-ci (B).

A) L'instauration d'un compromis imparfait

167. Comme le titrent Pierre PINTAT et Mélanie VERNET, le régime juridique de la passation des marchés publics avec les entreprises en difficulté est « *un équilibre à parfaire* »[242]. Concilier les objectifs de poursuite de l'activité de l'entreprise, d'une part, et de garantie de bonne exécution des prestations attendues par l'Administration, d'autre part, n'est pas chose aisée. Le compromis établi par le législateur en matière d'accès aux contrats de la commande publique des entreprises en redressement judiciaire semble alors à la fois surprotecteur et négligeant à l'égard de l'Administration (1), mais aussi contraire aux objectifs de la procédure de redressement, tels que définis par le code de commerce (2).

1) *Un compromis surprotecteur de l'Administration contractante*

168. L'application d'une détermination stricte de la faculté pour les entreprises en redressement judiciaire de se porter candidates à un contrat de la commande publique est éminemment restrictive, en particulier pendant la période d'observation. En effet, le législateur semblerait avoir fait le choix de contraindre l'action administrative, afin de protéger ses intérêts. En témoigne notamment la réponse ministérielle de Nicole BELLOUBET, alors Garde des sceaux, qui entendait promouvoir la préservation de « *l'équilibre nécessaire entre le risque économique pesant sur la personne publique et le soutien aux entreprises en difficulté* »[243]. Le premier objectif semble néanmoins prioritaire du point de vue du législateur (a), bien que le droit positif ne permette pas de le remplir

[242] PINTAT P. , VERNET M., « *Passation des marchés et droit des entreprises en difficulté : un équilibre à parfaire* », *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°127, p. 26.

[243] Rep. Min., n°7669, JO Sénat, 16 mai 2019, p. 2627.

pleinement (b).

a) ***La protection excessive de l'action administrative***

169. Tel que cela a été énoncé précédemment[244], à l'inverse du législateur britannique, le droit de la commande publique français a fait le choix d'un encadrement rigide de la faculté de candidature des entreprises en redressement judiciaire. L'exclusion quasi-systématique des entreprises placées en période d'observation témoigne indéniablement d'une volonté de protection des intérêts de l'Administration, au détriment du rétablissement économique du cocontractant débiteur. Éviter les erreurs d'appréciation des acheteurs publics, les guider dans les méandres du droit des entreprises en difficulté est louable. Pour autant, ce rempart contre les défaillances n'est satisfaisant que s'il est équilibré au regard des objectifs contradictoires – ou du moins distincts – du droit de la commande publique et du droit des procédures collectives. Deux voies s'ouvraient donc au législateur français. La première consistait à prendre en compte l'ensemble des intérêts présents, administratifs et économiques, dans une analyse unitaire du droit. La seconde, qui a semble-t-il été retenue en matière d'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats de la commande publique, semble faire primer la protection de l'Administration sur les logiques du rétablissement économique des entreprises.

170. **La nécessité d'une prise en compte de l'ensemble des intérêts présents** – La correcte conciliation du droit des contrats administratifs avec le droit des entreprises en difficulté supposerait la prise en compte des différents objectifs législatifs, des intérêts de l'Administration comme ceux des entreprises candidates à la signature du contrat. Certes, il est très clair qu'au regard des règles issues des directives européennes relatives à la commande publique, favoriser les entreprises en difficulté au détriment des entreprises ordinaires n'est pas au nombre des préoccupations majeures. Il s'agit alors, plus simplement, d'affiner la conciliation des objectifs contradictoires, afin de placer, dans la mesure du possible, tous les opérateurs sur un pied d'égalité.

171. **L'insuffisance de la conciliation des objectifs** – Le régime juridique qui porte sur l'accès des entreprises en difficulté aux contrats de la commande publique actuel se veut conciliateur. En effet, il crée une progressivité des conséquences, en fonction de la gravité de la procédure collective engagée. Mais en ce qui concerne la procédure intermédiaire, le redressement judiciaire, la sécurisation de l'action administrative semble primer sur les objectifs du droit des procédures

[244] v. *supra* n°56.

collectives. Le caractère abstrait du principe d'habilitation à la poursuite de l'activité[245] et la brutalité de son application jurisprudentielle en ce qui concerne la période d'observation[246] poursuivent l'unique objectif de réduire à la portion congrue les éventuelles défaillances dans l'exécution du contrat administratif.

172. **Tentative d'approche globale de la conciliation des objectifs** – Le strict encadrement de l'accès des entreprises en période d'observation aux contrats administratifs, dont les conséquences sont significatives, n'est pas issu d'une conciliation correcte des objectifs. Une analyse globale aurait conduit le législateur à prendre en compte les articles L. 631-1 et L. 640-1 du code de commerce, qui, en définissant respectivement le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire, font des entreprises en redressement judiciaire des entités économiques ayant vocation au rétablissement économique. En effet, au moment de la cessation des paiements, le Tribunal de la procédure collective effectue un premier examen de la gravité des difficultés rencontrées par l'entreprise avant de prononcer le jugement d'ouverture. Le choix d'un « simple » redressement judiciaire témoigne de l'éventualité d'un rétablissement économique du débiteur, auquel il faut laisser la possibilité de poursuivre l'activité. En outre, en cas de placement en redressement judiciaire, la période d'observation doit, par définition, permettre aux organes de la procédure collective d'évaluer plus précisément, par la poursuite de l'activité, si l'entité économique est capable de se rétablir financièrement et dans quelles conditions – c'est-à-dire grâce à l'élaboration d'un plan de redressement. Ainsi, cette privation quasi-systématique d'accès à la commande publique au cours de la période d'observation fausse les conditions de la poursuite d'activité et peut conduire à une liquidation judiciaire subséquente.

173. Les strictes conditions d'accès à la commande publique des entreprises placées en période d'observation semblent ainsi excessives, surprotectrices de l'Administration, au détriment des entreprises et des objectifs issus du droit des procédures collectives. Mais en outre, la rigueur qu'instaurent le législateur et le juge est quasi-platonique.

b) *Une protection inefficace de l'action administrative*

174. En dépit des précautions jugées excessives qui sont prises pour prémunir l'acheteur public de toute défaillance de son cocontractant, il faut constater l'imperfection de cette solution sur un plan purement pratique, en démontrant l'impossibilité de remplir l'objectif de protection que fixe

[245] Art. L. 2141-3, 3° et L. 3123-3, 3° du code de la commande publique

[246] CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la Défense c/ Sté Multi Travaux Guyane*, n°341132, v. *JCP A.* n°3, 17 janv. 2011, 2026, *precit.*

le législateur.

175. **L'inefficacité de la surprotection administrative, les hypothèses de survenance d'une liquidation judiciaire pendant l'exécution** – La méthode précédemment décrite est d'abord inefficace, en ce que la période d'observation n'est pas plus propice à la survenue d'un liquidation judiciaire que d'autres situations. En effet, la liquidation judiciaire peut également survenir en dehors de la période d'observation, que ce soit pendant l'exécution du plan de redressement ou même en cas de cessation des paiements au cours d'une procédure de sauvegarde, voire en dehors de toute procédure judiciaire. Un rapport de France Stratégie expose même qu'à l'analyse des jugements d'ouverture, « *dans deux cas sur trois, il s'agit d'une liquidation directe ; dans un cas sur trois, la procédure table sur un possible redressement de la santé financière de l'entreprise* »[247]. Le souci du législateur de restreindre l'accès des entreprises placées en période d'observation aux contrats de la commande publique semble donc plus dogmatique qu'efficient.

176. **Une surprotection administrative partielle** – En outre, cette protection de l'administration n'est que relative. En effet, elle ne s'applique qu'aux contrats de la commande publique, au détriment des autres contrats administratifs. Or, à titre d'exemple, les contrats ayant pour objet l'occupation du domaine public[248] sont également susceptibles de revêtir un enjeu économique et financier majeur. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles l'ordonnance relative à la propriété des personnes publiques[249] prévoit la mise en concurrence des titres d'occupation permettant l'exercice d'une activité économique sur le domaine public. Outre l'intérêt économique d'une « *meilleure valorisation du domaine des personnes publiques* »[250], l'intérêt financier des personnes publiques, lié à la perception des redevances domaniales, aurait pu conduire le législateur à s'intéresser à la solvabilité des occupants. En effet, un placement en redressement ou en liquidation judiciaires de l'occupant du domaine public, accompagné de mécanismes de cessation des paiements ou encore de partage entre les créanciers des biens liquidés, peut porter atteinte aux finances des créanciers publics par la privation de toute redevance d'occupation. Il n'existe pourtant aucun mécanisme coercitif imposant aux propriétaires publics de contrôler la situation de l'entreprise avant de conclure un contrat d'occupation du domaine public et ce, y-

[247] Document de travail France Stratégie, « *Les procédures collectives de traitement des difficultés financières des entreprises en France*», avr. 2018, https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fs-dt-2018-4-procedures-collectives-18042018.pdf.

[248] Les contrats portant occupation du domaine public sont des contrats administratifs par détermination législative ; art. L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

[249] Ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

[250] Compte rendu du Conseil des ministres du 19 avril 2017 - Propriété des personnes publiques.

compris en cas de mise en concurrence préalable.

177. Si le présent propos ne vise pas à promouvoir la généralisation de l'encadrement très strict aujourd'hui applicable aux contrats de la commande publique, il conduit à s'interroger sur l'instauration de principes généraux visant à mieux guider la personne publique contractante. Pourrait-être envisagée la création d'un principe d'exclusion des entreprises placées en liquidation judiciaire des contrats administratifs à objet économique et, à l'inverse, un principe de non-discrimination à l'encontre des entreprises placées en sauvegarde, voire en redressement judiciaire.

178. **Une manifestation du compartimentage des matières juridiques** - En tout état de cause, analyser le droit positif en matière d'accès aux contrats administratifs des entreprises en redressement judiciaire conduit à constater l'imperfection d'un compromis, issu du cloisonnement des matières juridiques. Cette conciliation imparfaite ne tient pas compte des intérêts similaires des parties aux contrats de la commande publique et des parties aux autres contrats administratifs. En découle un vide juridique partiel, qui engendre des incertitudes considérables. Cette même méthodologie, causée par la *summa divisio*, pousse le législateur à une appréhension maladroite du droit des contrats administratifs et du droit des entreprises en difficulté. Eu égard à la multiplication des interactions entre les objets juridiques distincts, l'hermétisme des doctrines publiciste et privatiste conduit à des imperfections regrettables.

179. C'est précisément la raison pour laquelle il convient de confronter plus précisément le droit de la commande publique aux objectifs du droit des entreprises en difficulté.

2) *Un compromis en contradiction avec l'objectif de redressement économique*

180. Le rétablissement économique des entreprises est un objectif de nature économique, érigé par le droit des entreprises en difficulté au rang législatif. Cet objectif est poursuivi tant au cours de la période d'observation que lors de l'exécution du plan de redressement.

181. **Objectifs et principes régissant l'activité des entreprises placées en période d'observation** – En ce qui concerne la période d'observation, il résulte de l'article L. 622-9 du code de commerce[251] que *« l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation, sous réserve des dispositions des articles L. 622-10 à L. 622-16 »*. La réserve apportée par les articles L. 621-10 à

[251] Applicable à la procédure de redressement judiciaire par l'article L. 631-14 du même code.

L. 621-16 du code de commerce au principe de poursuite d'activité pendant la période d'observation concerne essentiellement l'éventualité d'une conversion en liquidation judiciaire, d'une cession totale ou partielle de l'activité de l'entreprise[252] et des hypothèses de résiliation de certains contrats en cours[253]. Pour autant, le Professeur Pierre-Michel LE CORRE énonce que la poursuite de l'activité est indispensable, qu' « *aucune autorisation du tribunal dans ce sens n'est nécessaire. On peut même poser la règle qu'il n'est pas possible d'ouvrir un redressement judiciaire tout en interdisant la poursuite de l'activité. La solution est logique dès lors qu'on observe que la période d'observation est une phase conçue pour le redressement de l'entreprise et qu'elle a pour seule tension cette recherche* »[254].

182. En effet, l'objectif du redressement judiciaire est précisément le rétablissement de la santé économique et financière des entreprises. Cette procédure offre au débiteur l'opportunité de se redresser en développant son activité, par la mise à disposition d'outils d'apurement du passif. La période d'observation, qui doit permettre aux organes de la procédure collective de prendre connaissance de l'activité et des éventuels dysfonctionnements de l'entreprise, n'est pas, en principe, supposée influer sur la poursuite de l'activité :

> *« Le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ouvre à cet effet une période d'observation, pendant laquelle l'activité de l'entreprise est poursuivie. L'objectif de cette période d'observation est de diagnostiquer les capacités et potentialités de l'entreprise en difficulté tout en la soumettant à un régime protecteur pour lui permettre de se réorganiser et de présenter in fine un plan de continuation. »*[255]

183. **Les conséquences néfastes d'une application imparfaite du droit des entreprises en difficulté –** Une diminution d'activité, susceptible d'être provoquée par une impossibilité d'accéder aux contrats de la commande publique, voire à d'autres contrats administratifs, fausse l'appréciation des organes de la procédure et peut, ainsi, conduire à une liquidation judiciaire ou une cession d'activité injustifiée. Certaines entreprises dont la part d'activité dans la commande publique est conséquente, en particulier dans le domaine du bâtiment et des travaux publics, sont ainsi susceptibles d'être fortement impactées par le principe d'habilitation issu du code de la commande publique. Le phénomène fait d'ailleurs l'objet de critiques de parlementaires et dans la doctrine :

---

[252] Art. L. 622-10 du code de commerce.

[253] Art. L. 622-13 du code de commerce, articles L. 622-14 et suivants en matière de baux.

[254] LE CORRE P. M., *Droit et pratique des procédures collectives,* Dalloz, 9ème édition, 2017-2018, n°421.11, p. 846.

[255] KRIEGK C., ETIENNE-MARTIN E., « *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficulté ? », Revue des procédures collectives* n°2, mars 2015, étude 5.

> *« L'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 protège certes les entreprises de toute exclusion des marchés publics. Cependant, selon l'article 48 du code des marchés publics, les entreprises en redressement ne peuvent y accéder que si la période de redressement couvre la durée prévisible d'exécution du marché. Or, la clientèle de l'entreprise Manucère est constituée à plus des deux-tiers par des commandes publiques dont la durée d'exécution excède la période d'observation de six mois ouverte à la suite d'un dépôt de bilan. Pour cette raison, il lui demande quelles dispositions peuvent être envisagées afin d'éviter que l'article 48 interdise de facto à cette entreprise de concourir à des marchés publics. »*[256]

> *« Il est déjà assez difficile à une entreprise en redressement judiciaire de surmonter ses difficultés : ce handicap risque, pour des entreprises ayant vocation à travailler pour l'État, de sonner le tocsin de leur activité, et de constituer un motif de liquidation judiciaire, ce type d'entreprise étant par principe exclue de sa clientèle naturelle, sans que l'on s'inquiète de sa pertinence sur le marché, de ses perspectives de redressement, et de son potentiel réel. Il n'est pas sûr que l'État y ait intérêt, car les cotisations dues risquent de devenir définitivement irrécouvrables. »*[257]

184. **L'insuffisante conciliation des objectifs –** Cette critique a été à de multiples reprises soulevée par des parlementaires lors des séances de questions au Gouvernement[258] :

> *« L'accès aux marchés publics des entreprises en redressement judiciaire se trouve ainsi fortement limité. Qui plus est, dans l'hypothèse où la durée d'exécution du marché est supérieure à celle de la période d'observation admise par le jugement l'autorisant à poursuivre son activité, l'entreprise ne sera pas recevable à soumissionner au dit marché. Cette interprétation a été confirmée par une décision du Conseil d'État du 26 mars 2014. Une procédure de redressement judiciaire commence par une période d'observation d'une durée maximale de six mois, renouvelable une fois. Ainsi pendant cette période d'observation, il sera impossible à l'entreprise en difficulté de candidater pour un marché de plusieurs années, l'empêchant par là même de redresser sa situation. Aussi, il lui demande de lui préciser si le Gouvernement envisage de modifier ces dispositions qui fragilisent davantage les petites et moyennes entreprises. »*[259] .

185. La doctrine universitaire ne salue pas plus unanimement ce compromis et critique précisément l'incohérence de la conciliation opérée par le droit de la commande publique. Ainsi, Christine

---

[256] QAG. n°856, 7 juin 1999, M. LAUNAY Jean.

[257] TEBOUL G., « *L'entreprise en difficulté et les marchés publics », Gaz. Pal.* n°201, 19 juill. 2008, p. 2.

[258] QAG. n°07669, 8 nov. 2018, Mme ESTROSI SASSONE Dominique, JO Sénat, p. 5656.

[259] QAG. n°65762, 7 oct. 2014, AUDIBERT TROIN Olivier, JOAN, p. 8351, v. aussi

LEBEL dénonce l'incohérence du droit des marchés publics au regard du droit des entreprises en difficulté :

> *« La critique doit être formulée à l'encontre des dispositions du Code des marchés publics. En effet, il semble quasi impossible pour une entreprise soumise à un redressement judiciaire de pouvoir répondre aux exigences formulées notamment par l'article 44 car la durée de la période d'observation échappe totalement à l'entreprise. Cette exclusion lui enlève une chance supplémentaire de pouvoir présenter un projet de plan de redressement. Ainsi, cette réglementation semble se situer aux antipodes de celle du Code de commerce, et notamment par rapport aux modifications réalisées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 destinées à favoriser le rebond du débiteur en difficulté. »*[260]

La critique est également portée à l'encontre du législateur, qui semble faire peu de cas de l'incohérence de l'esprit et de la lettre :

> *« Les obstacles rencontrés par les entreprises en difficulté pour accéder aux marchés publics sont souvent un handicap supplémentaire pour leur redressement. Même si les pouvoirs publics affichent la volonté de simplifier l'accès de ces entreprises aux marchés publics, force est de constater que les différents acteurs restent très frileux. Le renouvellement par anticipation de la période d'observation peut constituer un moyen pour contourner cette difficulté. »*[261]

> *« Si les pouvoirs publics ne cessent d'affirmer l'intérêt qu'ils portent au sort des entreprises en difficulté, on ne peut que constater leur frilosité lorsqu'il s'agit d'ouvrir à pareille entreprise la voie des marchés publics.* […] *Pour les entreprises en redressement judiciaire, si ce droit demeure, son exercice apparaît particulièrement délicat.* […] */Le jugement de redressement* [ouvre]*, certes, une période d'observation durant laquelle l'activité est inévitablement maintenue, mais pour une durée souvent incompatible avec la durée d'exécution d'un marché public, surtout si l'on considère que le débiteur ne pourra invoquer une prolongation de la période d'observation avant de l'avoir obtenue. Un piège que la jurisprudence administrative contribue à refermer par une application stricte de la règle (V. CE, 10 nov. 2010, n°341132) et que les textes confirment en n'ouvrant pas à l'entreprise la possibilité d'exposer sa situation réelle et ses perspectives de redressement »*[262]

---

[260] LEBEL Ch., « *Appel d'offres ouvert dans le cadre d'un marché public : éviction d'un candidat en redressement judiciaire pour insuffisance de garanties financières* », *Revue des procédures collectives* n°6, novembre 2009, comm. 158.

[261] KRIEGK C., ETIENNE-MARTIN E., « *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficulté ? », Revue des procédures collectives* n°2, mars 2015, étude 5, *precit.*

[262] REILLE F., « *Marché public - Entreprise en difficulté et marché public : l'entente plus qu'imparfaite* », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n°9, mai 2014, repère 165.

Ou encore, sur une problématique annexe :

> *« Une entreprise en difficulté doit pouvoir poursuivre son activité pour espérer se redresser. Le Code des marchés publics et les règles relatives aux règles de candidature à ces marchés, tout comme la jurisprudence administrative, ne semblent pas faciliter la tâche de ces entreprises lorsqu'elles soumettent leur candidature dans le cadre d'un appel d'offres. /À l'heure où la réflexion se noue sur l'accès des PME aux marchés publics, l'esprit des textes, pourtant fraîchement réformés, se trouve contrarié par la lettre.* […] *Malgré un texte affirmatif, le Code des marchés publics n'a manifestement pas intégré les règles actuelles du droit des entreprises en difficulté par méconnaissance de ses différentes phases. »*[263]

186. La défectuosité de la conciliation des objectifs du droit public et du droit des entreprises en difficulté en matière d'accès des débiteurs aux contrats administratifs nécessitait et nécessite encore un perfectionnement, qui serait salutaire pour les entreprises soumises à une procédure de redressement judiciaire.

B) Le rééquilibrage de ce compromis

187. Eu égard à la prise de conscience parlementaire et doctrinale des difficultés issues du droit de la commande publique à l'égard des entreprises en redressement judiciaire, des pistes de rééquilibrage nécessitent d'être examinées. Pour autant, il serait injuste de considérer que le droit de la commande publique est resté indifférent aux critiques. Des améliorations ont récemment été apportées, pour faciliter l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux marchés publics et contrats de concession (1), bien que des efforts puissent et doivent encore être accomplis (2).

1) *Des progrès récents*

188. L'évolution du droit de la commande publique va dans le sens d'une prise en compte grandissante des intérêts des entreprises en redressement judiciaire, ce qu'il convient de saluer. En effet, peuvent être soulignées deux infléchissements jurisprudentiels et administratifs, de nature à améliorer le sort des débiteurs concernés. En effet, au cours de la période d'observation, des attestations de régularité sociale et fiscale peuvent désormais être délivrées, entrouvrant ainsi les portes de la commande publique (1). De même, la jurisprudence *Société Dauphin Télécom* a permis

[263] LAUGIER M., « *Entreprises en difficulté et accès aux marchés publics : quand l'esprit est contredit par la lettre des textes* », *Revue des procédures collectives* n°2, avr. 2008, étude 17.

de lever tout obstacle quant à la candidature des entreprises en plan de redressement (2).

a) ***La délivrance des attestations de régularité sociale et fiscale pendant la période d'observation***

189. D'abord sourds à la critique[264] soulevée à l'égard des directives des organismes de Sécurité sociale et du Trésor public, les juridictions comme l'Administration ont récemment infléchi leur position. L'évolution est salutaire pour les entreprises en période d'observation.

190. **La délivrance de l'attestation de régularité sociale et fiscale : justification –** La délivrance de l'attestation de régularité sociale et fiscale aux entreprises placées en période d'observation met fin à un système d'exclusion *contra legem* de ces entreprises. En effet, en vertu du code de la commande publique, seules les entreprises en redressement judiciaire qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre l'activité pendant la durée du contrat doivent être exclues des marchés publics et contrats de concession. Les dispositions précitées, qui imposaient la production des certificats dont il est question, n'ont pour objet que de sanctionner les manquements aux législation sociales et fiscales. Les entreprises placées en période d'observation sont soumises au principe d'interdiction du paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture[265]. Ainsi, d'une part, l'entreprise est soumise à une interdiction de paiement de ses dettes, en vertu d'un jugement contraignant. D'autre part, le défaut de paiement des créances fiscales et sociales résulte d'une cessation des paiements, qui est la condition de déclenchement de la procédure de redressement judiciaire ; l'entreprise ne peut faire face à son passif exigible avec ses actifs disponibles[266]. Si cette cessation des paiements a historiquement été criminalisée, ce n'est pas l'esprit contemporain du droit des entreprises en difficulté. La dimension sanctionnatrice de ce droit, qui demeure bien que de manière marginale en cas de faute du gérant[267], n'est plus le fondement philosophique contemporain du livre VI du code de commerce. L'accent est porté, depuis la loi de 1985, sur les objectifs suivants : « *la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et*

---

[264] TEBOUL G., « *L'entreprise en difficulté et les marchés publics », Gaz. Pal.* n°201, 19 juill. 2008, page 2, *precit. : « Une lettre circulaire de l'Acos n°2008-054, ayant pour objet les entreprises en redressement judiciaire soumissionnaires de marchés publics, et la délivrance de l'attestation de régularité sociale et fiscale (annulant la lettre circulaire du 4 mai 1998 1998-54), datée du 24 juin 2008, nous semble poser de graves problèmes. Alors même que le projet d'ordonnance réformant la loi du 26 juillet 2005 affiche une volonté d'aider l'entreprise en difficulté, surtout lorsqu'elle semble viable, cette circulaire montre une conception tout à fait différente. La direction de la Sécurité sociale demande en effet à ses organismes de recouvrement de considérer que les entreprises candidates à un marché public, en cours de période d'observation à la suite de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, ne peuvent être considérées en situation régulière au regard de la condition d'accès posée par le Code des marchés publics.* […] *Il est à craindre qu'en adoptant une attitude aussi intransigeante, l'administration ne se tire une balle dans le pied en compromettant le recouvrement de ses créances, en obérant une activité future soumise à cotisations sociales et fiscales, et en contredisant les objectifs affichés par le gouvernement. »*

[265] Art. L. 622-7 du code de commerce.

[266] Art. L. 631-1 du code de commerce.

[267] Art. L. 654-1 et suivant du code de commerce incriminant la banqueroute.

de l'emploi et l'apurement du passif »[268]. La levée des obstacles tendant à permettre aux entreprises placées en redressement judiciaire d'accéder à la commande publique est donc une condition *sine qua non* du maintien de l'activité des entreprises.

191. **La délivrance de l'attestation de régularité sociale et fiscale : conséquences –** La délivrance de l'attestation de régularité sociale et fiscale est indéniablement un progrès, en ce qu'elle met un terme à une discrimination à l'égard des entreprises en période d'observation. Pour autant, les conséquences de cette évolution sont presqu'exclusivement symboliques. Le maintien de l'obstacle lié à la corrélation de la durée de la période d'observation et de la durée du contrat continue d'exclure *de facto* l'immense majorité des entreprises de la commande publique. Un mouvement semble avoir été tracé : celui de l'élargissement des conditions de candidature des entreprises en difficulté. Ce mouvement n'est pas achevé en ce qui concerne les entreprises en période d'observation.

192. *A contrario*, en ce qui concerne les entreprises en plan de redressement, le mouvement précédemment décrit semble en voie de parachèvement.

b) *L'absence de prise en compte de la durée du plan de redressement*

193. Grâce à l'impulsion de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, puis du Conseil d'État, les incertitudes relatives à l'accès à la commande publique des entreprises en plan de redressement sont levées. L'évolution ne peut qu'être saluée.

194. **L'absence de prise en compte de la durée du plan de redressement : rappel de l'évolution –** Jusqu'aux décisions *Sté Entreprise du bâtiment Dus*[269] et *Société Dauphin Télécom*[270], l'incertitude demeurait quant à la portée des articles L. 2141-3, 3° et L. 3123-3, 3° du code de la commande publique. Au regard des divergences des juges du fond[271], une hésitation persistait quant à la définition du redressement judiciaire au sens des articles précités : le redressement comprenait-il la période d'observation et le plan de redressement, ou seulement la première ? En appliquant les articles précités à une entreprise soumise à un plan de redressement et en jugeant que « *la circonstance que le plan de redressement mis en place par ces jugements prévoyait l'apurement du passif sur une*

[268] Art. 1 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

[269] CAA Bordeaux, 1er déc. 2016, *Société Entreprise du bâtiment Dus*, n°14BX01718, *precit.*

[270] CE, 25 janv. 2019, *Société Dauphin télécom*, n°421844, *precit.*

[271] TA Dijon, réf., 16 mars 2007, *SARL N S c/ Conseil Général de Saône-et-Loire*, n°0700454, *precit.* ; TA Montpellier, réf., 14 févr. 2008, *SARL N S,* n°0800369, *precit.*

durée limitée et que la durée d'exécution du marché excédait, en l'espèce, la durée d'apurement du passif restant à courir était à cet égard sans incidence, le plan de redressement ne limitant pas dans le temps la poursuite de l'activité de l'entreprise »[272], le Conseil d'État confirme que le redressement judiciaire couvre la période d'observation et la période de redressement, mais qu'il n'existe aucune limite temporelle quant à l'attribution d'un contrat de la commande publique à une entreprise pendant l'exécution du plan. Cette clarification, éminemment nécessaire au regard du principe de sécurité juridique, a pour vertu complémentaire de faciliter l'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats de la commande publique.

195. **L'absence de prise en compte de la durée du plan de redressement : justifications** – À la suite de l'adoption du plan de redressement, les risques de mutation en liquidation judiciaire et les éventuelles cessions de branches d'activité ont *a priori* été écartés ou réalisés, du moins dans l'immédiat. La logique voudrait donc que l'activité de l'entreprise puisse se poursuivre dans des conditions propices à l'apurement du passif. En outre, l'adoption du plan de redressement met fin à l'immense majorité des contraintes pesant sur l'entreprise placée en période d'observation ; le débiteur redevient *in bonis*. En effet, comme l'affirmait le rapporteur public, Gilles PELLISSIER en concluant dans l'affaire *Sté Dauphin Télécom*, « *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 œuvre 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 (C. com., art L. 626-14)* »[273].

196. **L'absence de prise en compte de la durée du plan de redressement : conséquences –** L'instauration d'une jurisprudence fondatrice concernant la situation des entreprises soumises à l'exécution d'un plan de redressement est à saluer. Sont désormais levés les obstacles et les incertitudes qui dissuadaient la candidature des entreprises placées dans cette situation. Ces dernières sont libres, moyennant la transmission des justificatifs (jugement d'ouverture et jugement d'adoption du plan), de concourir pour l'attribution de contrats de la commande publique. Ce progrès, cette clarification, vectrice de sécurité juridique, était nécessaire tant pour les acheteurs publics que les entreprises en redressement.

[272] CE, 25 janv. 2019, *Société Dauphin télécom*, n°421844, *precit.,* cons. 11.

[273] PELLISSIER G., concl. sur CE, 25 janvier 2019, *Société Dauphin télécom*, n°421844.

197. Mais on ne peut que regretter, comparativement, la rigueur du droit applicable aux entreprises en période d'observation. La jurisprudence administrative instaure ainsi une trop grande différence entre les entreprises en période d'observation et en plan de redressement, source d'iniquités. C'est pour cette raison qu'une nouvelle évolution pourrait être envisagée, pour corriger le déséquilibre ainsi instauré.

2) *Des évolutions attendues*

198. Ainsi que les précédents développements ont permis de le démontrer, la situation des entreprises en période d'observation est trop contrainte. Celle des candidats aux contrats administratifs non-soumis au code de la commande publique est indéterminée. Des mutations pourraient donc émerger, afin de mieux concilier le droit des contrats administratifs avec les impératifs du droit des entreprises en difficulté, tant en ce qui concerne le droit de la commande publique (a) que le droit des contrats administratifs (b).

a) *L'amélioration possible du sort des entreprises en période d'observation dans l'accès à la commande publique*

199. En préambule, il convient de rappeler que les directives européennes encadrant la passation des marchés publics ne sont que peu contraignantes à l'égard des États membres :

> *« Les pouvoirs adjudicateurs* ***peuvent*** *exclure ou être obligés par les États membres à exclure tout opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché dans l'un des cas suivants: [...] b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales* [274]*.»*

200. Ainsi, en n'encadrant pas les modalités de restriction de la candidature des entreprises en difficulté, le législateur européen laisse une marge d'appréciation sérieuse aux États membres, dont le Parlement français pourrait à nouveau se saisir. Peuvent donc être envisagés des mécanismes visant le renouvellement de la période d'observation, la création d'une habilitation par les organes de la procédure collective, voire même l'anticipation de la substitution du cocontractant en cas de défaillance.

[274] Art. 57 de la directive 2014/24/UE, v. aussi art. 38 de la directive 2014/23/UE.

201. **Le renouvellement par anticipation de la période d'observation –** Clémence KRIEGK et Éric ÉTIENNE-MARTIN suggèrent qu'un renouvellement anticipé de la procédure d'observation pourrait élargir le champ d'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrat de la commande publique[275]. En effet, la période d'observation, d'une durée de six mois, ne couvre que de manière rarissime la durée d'exécution du contrat. Si deux renouvellements peuvent survenir, pour porter la période d'observation à une durée maximale de dix-huit mois, ces derniers ne peuvent être prévus par avance et ne pourront donc pas être pris en compte par l'acheteur public, en ce qu'ils ne sont pas anticipés par le Tribunal de la procédure collective. Les auteurs de l'article précité estiment que l'instauration d'une procédure de renouvellement anticipé de la période d'observation est possible. La Cour de cassation ne sanctionne en effet, « *ni le dépassement des délai de la période d'observation, ni sa prolongation exceptionnelle en l'absence de demande du procureur de la République* »[276]. Par conséquent, « *par analogie, il est donc possible d'adapter la position de la Cour de cassation au cas des entreprises en difficulté souhaitant soumissionner aux marchés publics, tout comme aux entreprises industrielles ayant un cycle de production très long afin de leur permettre de sécuriser leur carnet de commande. Rien n'empêche en effet le tribunal de procéder à une "prolongation par anticipation" de la période d'observation en fixant, dans la limite de la durée maximale fixée par la loi, une durée de période d'observation compatible avec la durée prévisible d'exécution du marché public. La liberté étant de principe en droit français, ce qui n'est pas interdit peut donc a priori être autorisé.* »[277]. Les auteurs estiment par ailleurs que le moment du rappel à deux mois est propice pour prononcer le renouvellement par anticipation de la période d'observation, voire même encouragé par les dispositions du code de commerce[278].

202. Malgré l'intérêt évident de cette solution à droit constant, il convient de rester mesuré tant à l'égard de sa faisabilité que de la complexité de sa mise en œuvre. En effet, la Cour de cassation ne s'est pas formellement positionnée sur l'applicabilité du renouvellement par anticipation aux entreprises souhaitant se porter candidates à des contrats de la commande publique. En outre, cette procédure de renouvellement nécessite, de la part de l'entreprise et des organes de la procédure collective, que soit sollicité et prononcé un jugement, dans une temporalité conforme aux délais de la procédure de passation du contrat. En tout état de cause, la prolongation de la

[275] KRIEGK C., ETIENNE-MARTIN E., « *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficulté ?* », *precit.*

[276] Cass. com., 10 juin 2008, 07-17.043, Publié au bulletin.

[277] KRIEGK C., ETIENNE-MARTIN E., « *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficulté ?* », *precit.*

[278] Art. L. 631-15, I. du code de commerce : « *Au plus tard au terme d'un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture, le tribunal ordonne la poursuite de la période d'observation s'il lui apparaît que le débiteur dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes. Toutefois, lorsque le débiteur exerce une activité agricole, ce délai peut être modifié en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de cette exploitation. / Le tribunal se prononce au vu d'un rapport, établi par l'administrateur ou, lorsqu'il n'en a pas été désigné, par le débiteur* ».

période d'observation reste une solution imparfaite. D'une part, la prolongation de la période d'observation retarde l'adoption du plan de redressement et maintient des contraintes accrues sur l'entreprise. D'autre part, la succession de deux périodes de six mois ne porte l'habilitation qu'à une année, ce qui limite *de facto* l'acheteur à l'attribution de prestations contractuelles de moindre ampleur.

203. **L'habilitation par un avis des organes de la procédure collective sur le sort probable de l'entreprise –** Une solution alternative pourrait consister à prévoir, dans les cas des entreprises en période d'observation, que l'habilitation à exécuter le contrat pendant la durée du marché résulterait dans un avis rendu par l'un des organes de la procédure collective – par exemple, l'administrateur judiciaire. Ainsi, l'habilitation pourrait découler d'un avis positif, qui affirme qu'au regard de la situation de l'entreprise, l'éventualité d'une liquidation judiciaire ou d'une cession d'activité de l'entreprise est à écarter pendant la durée du contrat. À l'inverse, un avis négatif signifierait que l'entreprise est peu susceptible de redressement et crée un risque accru de cessation de l'activité pendant l'exécution du contrat. L'instauration d'un tel avis aurait pour effet de décloisonner les phases du redressement judiciaire. La différence de régime juridique actuellement instaurée entre la période d'observation et le plan de redressement ne se justifie pas, en ce que le risque d'une mutation en liquidation judiciaire – même s'il est minime – n'est pas écarté. Grâce à un tel mécanisme, une entreprise en fin de période d'observation qui dispose de chances sérieuses d'obtenir l'adoption d'un plan de redressement pourrait être libérée d'une contrainte temporelle dénuée de tout sens économique.

204. En ce qui concerne la faisabilité de ce mécanisme, un questionnement sur la hiérarchie des normes doit se poser. En effet, les articles L. 2141-3 et L. 3123-3 du code de la commande publique prévoient que les entreprises en redressement judiciaire doivent « *avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché* ». Une intervention du législateur ne semble pas absolument nécessaire pour mettre en œuvre une habilitation par avis. En raisonnant par analogie, l'on peut s'intéresser aux justificatifs relatifs aux autres causes d'exclusion de la commande publique ; le pouvoir réglementaire prévoit en effet que les justificatifs permettant le contrôle par l'acheteur public peuvent prendre la forme d'une déclaration sur l'honneur[279] ou encore d'attestations (de régularité sociale et fiscale)[280]. Au regard de la variété des outils de contrôle de l'absence de cause d'exclusion, l'instauration d'un avis de l'administrateur sur la

[279] Art. R. 2143-6 du code de la commande publique.

[280] Art. R. 2143-7 du code de la commande publique.

poursuite d'activité à titre d'habilitation pourrait être une solution. Un décret en Conseil d'Etat[281] semblerait donc suffire à modifier l'article R. 2143-9 du code de la commande publique[282].

205. **La création d'un mécanisme de substitution simplifiée du cocontractant en redressement judiciaire –** De manière alternative ou complémentaire à la solution précédemment énoncée, le code de la commande publique pourrait prévoir un outil permettant de pallier les défaillances éventuelles de l'entreprise en période d'observation pendant l'exécution du contrat. Une fois la mise en concurrence achevée, les soumissionnaires arrivés en deuxième et troisième position – si tant est que leur candidature soit recevable – pourraient être considérés comme des attributaires en puissance en cas d'inaptitude du titulaire à exécuter les prestations contractuelles si ses difficultés financières venaient à s'aggraver, ou si la résiliation du contrat était prononcée. Il conviendrait de contrôler que les anciens soumissionnaires sont toujours aptes à se porter candidats et de les mettre en situation de mettre à jour leur offre, sans toutefois rouvrir une procédure ouverte de publicité et de mise en concurrence. L'intérêt d'une telle solution serait de réduire les délais de passation du contrat de substitution et d'assurer une transition en douceur entre les cocontractants successifs.

206. En tout état de cause, des solutions peuvent être imaginées pour éviter l'exclusion quasi-systématique des entreprises en période d'observation. Le législateur, le pouvoir réglementaire voire même, dans une moindre mesure le juge, pourraient se saisir de la question pour mieux adapter le droit de la commande publique aux enjeux du redressement judiciaire. Si une mauvaise conciliation des objectifs de ces deux droits peut avoir des conséquences dommageables, il en va de même en cas de vide juridique. C'est le cas en ce qui concerne l'accès des entreprises en difficulté aux contrats administratifs exclus du code de la commande publique. Des solutions peuvent cependant être apportées, bien que partiellement.

b) *L'instauration difficile de principes applicables à l'ensemble des contrats administratifs*

207. L'absence d'encadrement de l'accès aux contrats administratifs résulte à la fois du caractère jurisprudentiel et empirique de la construction de leur régime juridique, mais aussi de fausses présomptions.

---

[281] Art. 1, alinéa 2 du décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique : « *Les articles dont le numéro est précédé de la lettre « R » correspondent à des dispositions relevant d'un décret en Conseil d'Etat* ».

[282] La rédaction de l'alinéa 2 de l'article R. 2143-9 pourrait ainsi être modifiée : « *Lorsque le candidat en redressement judiciaire est plan de redressement, il produit la copie du ou des jugements prononcés. Lorsque le candidat en redressement judiciaire est en période d'observation, il produit un avis motivé de l'administrateur judiciaire sur l'habilitation à exécuter le contrat* ».

208. **Un vide juridique préjudiciable : les données du problème** – La première erreur consisterait à présumer de la rationalité absolue des choix de l'Administration, qui la conduirait à une correcte appréciation de la gravité de la situation de l'entreprise au regard de la procédure collective engagée. Mais encore faut-il que l'Administration prenne les précautions nécessaires pour connaître de la situation de l'entreprise avant de contracter. Il faudrait ensuite que les conséquences adéquates en soient tirées et qu'une conciliation soit opérée, ce qui semble compromis en l'absence de cadre juridique et de toute procédure de sélection. La seconde erreur consiste à présumer que seuls les contrats de la commande publique nécessitent un encadrement, alors qu'il existe de nombreux autres cas dans lesquels la défaillance du cocontractant peut entraîner des conséquences, notamment sur le plan économique. Pour certains contrats, en particulier ceux qui concernent la gestion des biens publics, toute opération contractuelle à caractère onéreux peut porter atteinte aux intérêts économiques et financiers de la personne publique en cas de défaillance de l'entreprise cocontractante. De ces omissions résulte un vide juridique, qui mériterait d'être comblé, *a minima* par l'instauration de mécanismes préventifs, voire coercitifs.

209. **Réflexion sur un cadre à l'attribution de contrats administratifs aux entreprises en difficulté –** Dès lors qu'un cadre contraignant est susceptible d'être instauré, plusieurs questionnement surviennent. Comment imposer une restriction à la liberté contractuelle en l'absence de toute procédure de sélection du cocontractant ? Où doit se situer le curseur, l'équilibre parfait en ce qui concerne la période d'observation ? La souplesse qui caractérise le choix du cocontractant dans les contrats administratifs ne doit pas être remise en cause. Cette réflexion conduit dès lors à envisager la création de mécanismes légers, ne perturbant pas le droit commun des contrats administratifs. Il serait inutile de généraliser un encadrement trop strict et imparfait, tel qu'il a été instauré en droit de la commande publique. En outre le champ d'application d'un tel encadrement ne peut qu'être limité aux contrats ayant une implication économique et financière, qui créent un risque d'une telle nature pour l'Administration.

210. Sur un plan purement préventif, il conviendrait d'inciter les acteurs administratifs à prendre connaissance de la situation de l'entreprise avant la conclusion du contrat. La transmission d'une telle information permettrait à l'Administration d'envisager l'influence qu'est susceptible d'exercer la procédure collective sur l'exécution du contrat, puis d'en tirer les conséquences.

211. Sur un plan plus coercitif, l'on pourrait envisager la création de principes législatifs guidant

l'Administration dans ses relations contractuelles avec les entreprises en difficulté. Pourrait alors être envisagée la généralisation d'un principe d'exclusion des contrats administratifs à l'égard des entreprises placées en liquidation judiciaire. En matière de sauvegarde, voire de redressement judiciaire, un principe de non-discrimination pourrait être promu. Il conduirait à limiter les conséquences des préjugés que peuvent susciter les difficultés des entreprises.

212. **Conclusions partielles** – L'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats administratifs est particulièrement conditionnée. En effet, au regard de l'état de cessation des paiements, le risque d'une conversion en liquidation judiciaire n'est pas exclu. Les risques pour l'intérêt général attaché au contrat administratif et pour la continuité du service public ne sont pas à négliger. Toutefois, les contrats de la commande publique et les autres contrats administratifs ne font pas l'objet d'un régime d'accès uniforme, ce qui est contestable. De même, les entreprises en période d'observation et en plan de redressement sont soumis à des règles différentes. La situation des débiteurs en période d'observation est particulièrement contrainte. Si des évolutions contemporaines peuvent être saluées en matière d'accès des entreprises en période d'observation à la commande publique, des progrès nouveaux sont encore à construire.

213. Il est nécessaire de clarifier le régime d'accès des entreprises en redressement judiciaire à l'ensemble des contrats administratifs, dans le sens d'une garantie de non-discrimination excessive. Il conviendrait également d'améliorer le sort des entreprises en période d'observation quant à leur accès à la commande publique. Un renouvellement par anticipation de la période d'observation peut être une solution partielle pour éviter les exclusions mécaniques. L'habilitation par un avis de l'administrateur sur le sort probable du débiteur permettrait également d'élargir et de fiabiliser la passation des contrats administratifs avec des entreprises en période d'observation. La création d'un mécanisme de substitution simplifiée en cas de résiliation ou de défaillance du débiteur permettrait également de garantir la nécessaire continuité des prestations contractuelles et du service public.

214. La situation des entreprises en redressement judiciaire ne permet pas de justifier un système d'exclusion mécanique, sans prise en compte de la réalité concrète de l'état du débiteur. Confrontées soit à la crainte des défaillances, soit à la volonté de l'Administration d'aider les entreprises en difficulté, les débiteurs en redressement judiciaire doivent faire l'objet d'un traitement plus juste et mesuré quant à leur accès aux contrats administratifs.

Conclusion du chapitre 1

215. Contrairement au droit commun des contrats administratifs, lacunaire, le droit de la commande publique organise les conditions d'attribution des conventions qui en relèvent aux entreprises en difficulté, en imposant des obstacles graduels à leur candidature en fonction de la gravité de la procédure engagée. Ainsi, les entreprises en sauvegarde sont libres d'accéder à ces contrats ; la candidature des entreprises en redressement judiciaire est conditionnée ; l'attribution de contrats administratifs aux entreprises en redressement judiciaire est impossible.

216. Cet encadrement résulte d'une conciliation entre les objectifs contradictoires du droit de la commande publique et du droit des entreprises en difficulté. La finesse de cette conciliation peut s'apprécier en ce qui concerne le sort des entreprises en redressement judiciaire, procédure intermédiaire et complexe.

217. La conciliation opérée par le législateur est imparfaite, puisqu'il est presque impossible pour les entreprises en période d'observation du redressement judiciaire d'accéder à la commande publique. Malgré des progrès récents, permettant notamment la délivrance des attestations de régularité sociale et fiscale à ces entreprises pour leur candidature et la possibilité de contracter avec une entreprise soumise à un plan de redressement, le droit de la commande publique mérite encore des améliorations (renouvellement par anticipation de la période d'observation, habilitation par un avis des organes de la procédure collective ou encore mécanisme de substitution automatique du cocontractant en cas de défaillance) pour mieux prendre en compte les objectifs de la procédure collective engagée.

218. Pour le reste des contrats administratifs à objet économique, le vide juridique, hautement préjudiciable, mériterait d'être comblé. Sans généraliser un cadre trop contraignant, des principes généraux pourraient être instaurés pour limiter l'arbitraire administratif.

219. Malgré quelques imperfections, l'accès des entreprises en difficulté aux contrats administratifs reste généralement borné, encadré par le législateur, ce qui n'est pas le cas de la quasi-totalité des autres aspects du sujet étudié.

Chapitre 2

La cession judiciaire des contrats administratifs

« Le débat sur l'intuitu personae nous paraît être un faux débat en matière de cession du contrat. En effet la jurisprudence exigeant le consentement du cédé lors de l'opération de cession ne se justifie pas […] par le recours à la notion d'intuitu personae. […] Non seulement l'intuitu personae n'a sans doute pas l'importance qu'on lui reconnait souvent dans les contrats administratifs mais en outre, il ne joue aucun rôle particulier dans le mécanisme de cession du contrat. Le fondement juridique de l'intervention du cédé doit être cherché ailleurs. »[283]

220. Le régime juridique de la cession des contrats administratifs est extrêmement contraint, conformément à l'avis du 8 juin 2000[284]. Il en va *a fortiori* de même pour la cession des contrats de la commande publique, sous l'impulsion notamment de la jurisprudence *Pressetext*[285] et *Wall AG*[286]. La rencontre de ces règles de droit administratif avec la cession judiciaire qui prévaut en droit des entreprises en difficulté promet une confrontation délicate.

221. La cession des contrats est nécessairement encadrée, au regard du droit commun des contrats. Le code civil prévoit notamment, en son article 1216, qu'« *un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.* » Ce principe, autrefois tiré par la jurisprudence en interprétation de l'ancien article 1134, est désormais consacré par une section relative à la cession des contrats[287]. Selon le Professeur Rozen NOGUELLOU, l'acceptation du cédé, qui conditionne la transmission des obligations, constitue un « *principe général du droit contractuel* »[288], appliqué droit civil et commercial comme en droit administratif[289].

---

[283] NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif,* 2002, tome I, p. 205 et 208 ; le Professeur Rozen Noguellou recherche la justification de l'accord préalable à la cession d'un contrat administratif par le caractère personnel de tout rapport contractuel, issu de l'ancien article 1134 du code civil (articles 1103 et 1193). Elle réfute ainsi la portée de la notion d'*intuitu personae* dans l'encadrement de la cession des contrats administratifs.

[284] CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, n°364803.

[285] CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/Republik Osterreich [Bund.]*, aff. C-454/06.

[286] CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08.

[287] Cette section, comprenant les articles 1216 à 1216-3 du code civil, est issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[288] NOGUELLOU R., *op. cit.*, tome I, p. 212, note 645. Il y est en outre précisé que « *le juge administratif reconnait déjà l'existence d'un tel principe, et même s'il ne figure pas dans le Code civil, les attendus de principe dégagés par le juge judiciaire paraissent indiquer qu'il raisonne de la même manière* ».

[289] Cass. ch. civ., 14 février 1859 ; Cass. com., 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n°117 ; CE, 31 mai 1985, *OPHLM de la Haute-Loire*, n°31463 ; CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, n°364803.

222. La cession de contrat est définie en droit privé comme « *l'attribution à un tiers de la qualité de cocontractant au cours de l'exécution du contrat en remplacement de la partie qui "quitte le théâtre contractuel". Il s'agit d'une opération juridique qui met en présence trois personnes : le cédant, le cédé et le cessionnaire* »[290]. Cette définition simple, héritée de la réforme du droit des obligations, met fin à de nombreuses controverses doctrinales faisant s'affronter les conceptions dualiste et unitaire de la cession de contrat. La solution finalement retenue est la plus englobante, en ce qu'elle analyse la transmission du contrat dans son intégralité, sans distinguer le régime juridique de la cession de dette et de créance[291]. En tout état de cause, la question de l'accord du cédé est une constante en droit commun des contrats.

223. En matière de contrats administratifs, la nécessité d'un aval préalable de l'Administration contractante est renforcée par les impératifs liés à la préservation de l'intérêt général voire de continuité du service public. Comme l'affirme Aurélien ANTOINE, « *la référence aux notions d'intérêt public ou de service public est tout aussi déterminante pour comprendre le régime de la cession du contrat de concession, qui implique un assouplissement de la mise en œuvre de l'intuitus personae* »[292].

224. L'assouplissement de l'*intuitus personae* est encore accru lorsque la cession du contrat est prononcée par le juge judiciaire dans le cadre d'une procédure collective. Dans une telle situation, eu égard à l'exorbitance qui caractérise le droit des entreprises en difficulté, l'accord de la personne publique contractante n'est en principe pas requis pour procéder à la substitution du cocontractant[293].

225. C'est bien de ce mécanisme dérogatoire de substitution forcée, la cession judiciaire des contrats, qu'il est question. L'obligation pour l'Administration de consentir au remplacement de son cocontractant par un tiers est l'un des exemples les plus illustratifs de la complexité et du caractère insolite de la confrontation des principes du droit des contrats administratifs avec un mécanisme du droit des entreprises en difficulté. Les présents développements traiteront donc uniquement de l'application de ce mécanisme au contrat administratif, sans s'intéresser aux autres modes de cession des contrats, qu'elles soient légales ou contractuelles. De même, le changement de cocontractant résultant de l'exercice d'un pouvoir exorbitant par la personne publique

[290] FAGES B. (dir.)., *Le Lamy – Droit du contrat,* Lamy expert 2019, Wolters Kluwer, n°1789, p. 1789.

[291] FAGES B., *precit.*, n°1791 et suiv., p. 1789.

[292] ANTOINE A., « *L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique* », *RFDA* 2011, p. 879.

[293] CAA de Nancy, 26 janvier 2005, *Galand*, n°00NC01239.

contractante ne sera évoqué qu'ultérieurement.

226. Pour comprendre l'application de la cession judiciaire au droit des contrats et plus particulièrement au droit des contrats administratifs et pouvoir en mesurer les éventuelles problématiques en matière de remise en concurrence, de groupements, de sous-traitance ou encore de responsabilité, il convient de s'intéresser à la genèse de cette solution. Seule une analyse de la teneur du principe d'approbation de la cession par l'Administration contractante et du mécanisme de cession judiciaire du contrat peut permettre d'appréhender la pertinence de la conciliation qui en résulte.

227. Les principes régissant la cession des contrats administratifs et ceux concernant la cession judiciaire des contrats dans le cadre d'une procédure collective s'opposent frontalement (Section 1). C'est la raison pour laquelle un régime dérogatoire a été élaboré pour faire face à la particularité de l'hypothèse de la cession judiciaire d'un contrat administratif dont le titulaire est une entreprise en difficulté (Section 2).

Section 1 : La confrontation de principes antagoniques

228. Alors que le droit de la commande publique encadre rigoureusement la faculté de cession des contrats administratifs, en particulier au regard des impératifs d'intérêt général et de l'encadrement de la passation de ces conventions, le droit des entreprises en difficulté impose la cession inconditionnelle des contrats, dès lors que cette dernière est décidée par le juge judiciaire dans le cadre d'une procédure collective. Avant d'évoquer la conciliation de ces principes, il faut présenter la substance des deux corpus normatifs, en étudiant les principes généraux de la cession des contrats administratifs (§1) puis la cession judiciaire des contrats dans le cadre d'une procédure collective (§2).

§1. Le droit commun de la cession des contrats administratifs

229. L'encadrement de la cession de contrats administratifs est assuré par la nécessité d'une acceptation préalable du nouveau cocontractant par la personne publique (A), ainsi que par la remise en concurrence préalable de l'attribution des contrats administratifs qui y ont été soumis (B).

A) La nécessité d'une autorisation de l'Administration

230. La nécessité d'obtenir une autorisation de la personne publique pour procéder à la cession d'un contrat administratif doit être explicitée, puisqu'elle découle de nombreux principes propres au droit administratif et au droit contractuel (1). C'est également de ces principes que découle l'encadrement de l'éventuel refus que pourrait opposer l'Administration à la cession du contrat (2).

1) *Le principe de nécessité de l'autorisation de l'Administration*

231. Le principe selon lequel l'Administration doit donner son aval avant de procéder à la cession du contrat administratif auquel elle est partie est justifié par de nombreux paramètres (a), c'est pourquoi la jurisprudence sanctionne la violation de cette obligation (b).

a) *Les justifications du principe*

232. La cession des contrats administratifs est encadrée. Cet encadrement trouve sa source à la fois dans les principes généraux régissant les contrats et par l'objet même des contrats administratifs.

233. **En droit civil : les conséquences de l'*intuitus personae*** – La conception privatiste de la cession des contrats retenue par le code civil est qualifiée d'« *unitaire* » par le Professeur Virginie LARRIBAU-TERNEYRE[294] ; elle est définie par la substitution de la qualité de partie au contrat et pas seulement par la cession des droits et obligations qui n'en est que la conséquence. Ainsi, « *le lien personnel et intuitu personae entre le cédant est le cédé n'est […] pas un obstacle à la transmission* »[295]. Néanmoins, *l'intuitus personae* et le principe de personnalité des contrats justifient la nécessité d'une acceptation du cédé avant de procéder à la modification du cocontractant, y-compris en droit civil. Bien que le principe n'ait été intégré au code civil que depuis l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats[296] à l'article 1216 dudit code, la jurisprudence de la Cour de cassation consacrait déjà cette obligation sur la base de l'ancien article 1165[297]. Le consentement du cédé à la cession est la condition *sine qua non* du respect de l'*intuitus personae* qui prévaut dans de nombreux contrats. Comme l'affirme le Professeur Lionel ANDREU, *« l'exigence du consentement du cédé rend peu utiles les clauses d'incessibilité du contrat et évince toute difficulté de transmission des contrats conclus intuitu personae ou affectés d'une clause d'incessibilité : le contractant cédé, qui participe à la cession, décidera s'il accepte le cessionnaire ou le refuse. On comprend alors que la Cour de cassation considère "que le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti »*[298].Ainsi, le principe d'autorisation de la cession par l'Administration trouve sa légitimation dans les principes généraux du contrat, dégagés tant par la jurisprudence de la Cour de cassation que par le code civil.

234. **En droit administratif : la relativisation de la place de l'*intuitus personae*** – En droit des contrats administratifs, la place de l'*intuitus personae* ne peut qu'être encore relativisée. Comme l'affirment le Professeurs RICCI et LOMBARD, il existe « *des différences culturelles […] entre le droit civil et le droit administratif. Ceci vient, notamment, de ce que cette forme de cession a été reconnue dès le XIXème siècle*

[294] LARRIBAU-TERNEYRE V., BUFFELAN-LANORE Y., *Droit civil – les obligations,* Sirey, 16ème édition, 2018-2019, n°1787, p. 585.

[295] Ibid.

[296] Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[297] Cass. Com., 6 mai 1997, bull. civ. IV, n°118 ; Cass. Civ. 1ère, 30 avril 2009, n°08-11.093.

[298] ANDREU L., « *Contrat – Effets du contrat – Cession de contrat* », Fasc. Art. 1216 à 1216-3, *Jcl. Civil Code*, Lexis Nexis, 21 avril 2018, cit. Cass. com., 7 janv. 1992, n°90-14.831.

en droit administratif, en même temps qu'un régime juridique complet ; ce n'est que plus tard que la notion et son régime feront leur apparition en droit civil »[299]. Ainsi, le droit public admet plus aisément cette dérogation conditionnelle à l'*intuitus personae* que constitue la cession des contrats. Pourtant, historiquement, les grands théoriciens des contrats administratifs, et notamment Gaston JEZE, accordaient à ce principe une importance primordiale, estimant notamment que « *le principe de l'exécution personnelle se trouve […] mis en cause lorsque le cocontractant entend transférer à un tiers tout ou partie de l'objet du contrat […]. Le principe de l'intuitu personae conduit, sinon à les interdire absolument, du moins à les soumettre à autorisation ».*[300] Le Professeur Rozen NOGUELLOU explique notamment que le refus de soumettre les concessions à une adjudication préalable s'expliquait dans la jurisprudence par la place accordée à l'*intuitus personae* dans ces contrats[301]. L'accroissement des obligations de mise en concurrence des contrats administratifs a donc pu conduire à une relativisation progressive de l'*intuitus personae* dans ces conventions.

235. Aussi, la doctrine administrative considère en majorité aujourd'hui que peu de contrats administratifs revêtent un véritable *intuitus personae*. Dans un développement relatif à la cession, le Professeur Marion UBAUD-BERGERON cite les contrats d'agent public et les contrats de subvention, dans une moindre mesure les conventions d'occupation du domaine public [302], encore très empreints d'un caractère personnel[303]. Le Professeur Rozen NOGUELLOU, théorisant l'*intuitus personae* en droit des contrats administratifs, estime que la place de cette notion est particulièrement restreinte et se conçoit ainsi :

> *« La notion d'intuitus personae ne présente, en réalité, un intérêt que lorsqu'une personne est l'objet de l'obligation, c'est-à-dire lorsqu'elle est la seule qui, en raison de ses qualités personnelles, peut exécuter l'obligation »*[304]

---

299 RICCI J.-C., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations,* Sirey, éd. 2018, n°930, p. 486.

300 NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif*, thèse, Paris 2, 2002, p. 198, cit. JEZE G., *Théorie générale des contrats de l'administration*, tome II, p. 215.

301 *Ibid.* cit CE, 30 octobre 1936, *Sibille*, *Rec.* p. 936.

302 UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs,* 4ème édition, Lexis Nexis, 2022, n°740, p.381.

303 Ibid., p.63, n°107-108 ; dans une réflexion relative à l'*intuitus personae* dans les contrats administratifs, le Professeur UBAUD-BERGERON démontre qu'en réalité, l'ensemble des contrats administratifs peut revêtir un caractère personnel, en particulier eu égard à la relation qui s'instaure entre l'Administration et son cocontractant pour la poursuite d'une mission d'intérêt général. Pour autant, le développement des procédures de passation des contrats administratifs ont réduit considérablement la portée de l'*intuitus personae* de ces conventions. Ainsi, « *Ainsi compris, l'intuitus personae a au final une incidence juridique faible en droit administratif, ce qui devrait inciter la doctrine à retenir une acception plus étroite, mais plus efficiente, de la notion ».*

304 NOGUELLOU R., thèse *précit.*, p. 204, cit. JEULAND E., *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, thèse, Rennes 1, 1996, n°252, v. aussi ERSTEIN L., « *Principes généraux applicables au contrat administratif », Jcl. CMP*, Lexis Nexis 2019, *« Tous les contrats ne sont d'ailleurs pas soumis à ces obligations. Quand, au-delà des compétences et de la rémunération du cocontractant, la mission qui doit être confiée est telle qu'elle implique en quelque sorte une relation de confiance entre les parties, le choix n'est soumis à aucune formalité ou*

236. L'on peut ainsi en déduire que, si l'*intuitus personae* a permis de justifier la construction du régime de la cession des contrats, en raison de la place historique que ce principe occupait en droit administratif, ce n'est plus cette préoccupation qui préside au maintien de l'exigence d'une autorisation préalable de l'Administration pour y procéder. Il convient d'en rechercher la justification ailleurs.

237. **La poursuite de l'intérêt général par les contrats administratifs** – Par définition jurisprudentielle, les contrats administratifs ont pour objet la satisfaction de l'intérêt général[305]. Le critère matériel alternatif d'identification de ces conventions est constitué par un intérêt général qualifié – l'exécution d'un service public [306]- ou par la faculté d'user de pouvoirs dérogatoires de contraintes dans l'intérêt général – les clauses exorbitantes. En effet le service public implique la satisfaction d'un intérêt général[307] ; l'exercice des pouvoirs de l'Administration contractante en vertu des clauses du contrat est essentiellement conditionné par l'intérêt général[308]. Dans cet environnement contractuel spécifique, le cocontractant ne devrait pas pouvoir, à sa guise, prendre des décisions pouvant impacter la bonne exécution des engagements contractuels, notamment par la cession de sa qualité de cocontractant. Le contrôle de l'Administration sur les velléités de cession semble donc se justifier au regard de la prééminence de l'intérêt général dans les contrats administratifs. En ce qui concerne les contrats de la commande publique, l'encadrement de la cession est *a fortiori* nécessaire.

238. **L'impératif de publicité et de mise en concurrence** – La cession des contrats de la commande publique, soumis à un régime de passation strict, implique nécessairement l'accumulation de contraintes supplémentaires. Il serait en effet incohérent que le premier titulaire du contrat fasse

contrainte particulière ou seulement à des procédures très allégées. C'est le cas des délégations de service public ou de certaines prestations intellectuelles, comme les prestations juridiques rendues par les avocats, par exemple. »

[305] Si l'analyse ne peut être menée de manière identique lorsqu'il s'agit de contrats administratifs par détermination de la loi, force est de constater que ces contrats ont également un lien très fort avec l'intérêt général (v. par ex : contrats de la commande publique, contrats domaniaux, contrats d'agent public).

[306] V. CE, 4 mars 1910, *Thérond*, n°29373, Rec. CE 1910, p. 193 ; CE, Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin,* n°98637, Rec. CE 1956, p. 167. Notons cependant que depuis l'abrogation malencontreuse de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qualifiant d'administratifs les contrats portant sur l'exécution de travaux publics, par l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006, le Conseil d'État a confirmé la permanence de cette règle dans une décision CE, 7 août 2008, *SA Gestion des eaux de Paris*, n°289329. Ainsi, les travaux publics seraient désormais un critère matériel de qualification jurisprudentielle. Ce nouveau critère matériel ne jure néanmoins pas avec l'analyse, puisque l'intérêt général est au nombre des critères de qualification des travaux publics (CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n°45681).

[307] CE, Sect., 13 juillet 1968, *Narcy*, n°72002, rec. p. 401 ; CE, Sect., 22 février 2007, *APREI*, n°264541.

[308] v. par ex. le pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général : CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n°32401.

l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, tout en pouvant ultérieurement céder librement le contrat à un tiers. C'est notamment ce qu'a pu sanctionner la Cour de justice des communautés européennes dans un arrêt *Presstext*[309], suivie par le législateur de l'Union Européenne[310], ce qui fera l'objet de développements ultérieurs.

239. **L'intégration d'une autorisation à la convention** – La cession d'un contrat administratif porteur d'une autorisation administrative pose des problèmes d'une importance supplémentaire. C'est principalement le cas des contrats incluant une autorisation d'occupation du domaine public. La jurisprudence considérait initialement que les autorisations d'occupation du domaine public, unilatérales comme contractuelles, ne pouvaient être cédées, eu égard à leur caractère strictement personnel et révocable[311]. En effet, l'autorisation d'utiliser le domaine public des personnes publiques est conditionné par la préservation de l'affectation du bien[312]. C'est ce qui justifie le fort *intuitus personae* de l'occupation[313] : la personne publique doit pouvoir garder le contrôle sur son domaine public.

240. L'enjeu est encore plus prégnant lorsqu'à l'autorisation d'occupation privative s'ajoute l'octroi de droits réels à l'occupant[314]. En découle la soumission légitime de la cession de ces contrats est à l'acceptation de l'Administration :

> *« Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis dans le cadre de mutations entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir, y compris dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens et dans les cas mentionnés*

[309] CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/Republik Osterreich [Bund.]*, aff. C-454/06.

[310] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dont la transposition, sur cet aspect, est codifiée aux articles R. 2194-6 et R. 3135-6 du Code de la commande publique.

[311] A propos des autorisations unilatérales, v. CE, 10 mars 1989, *Munoz*, n°73146 ; à propos des autorisations contractuelles, v. CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et a.*, n°41589. Le Conseil a récemment fait évoluer sa jurisprudence pour admettre la cession de ces contrats, à la condition que le cédant obtienne l'accord de la personne publique gestionnaire du domaine, v. CE, 18 septembre 2015, *Sté Prest'Air*, n°387315 ; CE, 7 décembre 2015, *Sté Nationale immobilière*, n°375643.

[312] L'occupation doit en effet être conforme (art. L. 2121-1 du CG3P), ou du moins compatible (art. L. 2122-1 à L. 2122-4 du CG3P) avec l'affectation du domaine public.

[313] Notons cependant que l'*intuitus personae* des autorisations d'occupation du domaine semblerait avoir reculé depuis la mise en concurrence des titres d'occupation du domaine public, v. ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

[314] En matière de baux emphytéotiques administratifs, v. art. L. 1311-2 à L. 1311-4 du CGCT ; en matière d'AOT constitutives de droit réels, v. L. 1311-5 à L. 1311-8 du CGCT.

> *aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 2122-8, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé. De tels transferts ne peuvent intervenir lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y oppose. / Le titulaire de l'autorisation d'occupation temporaire peut demander à l'autorité qui a délivré le titre de lui indiquer si, au vu des éléments qui lui sont soumis à ce stade et sous réserve d'un changement ultérieur dans les circonstances de fait ou de droit qui l'obligerait à revenir sur sa décision, elle délivrera l'agrément à une personne déterminée qui lui sera substituée, pour la durée de validité du titre restant à courir, dans les droits et obligations résultant de ce titre. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux autorisations d'occupation du domaine public qui ont été délivrées après une procédure de publicité et de mise en concurrence* […] »[315]

241. Ainsi, en droit public comme en droit privé, le principe selon lequel le cédant doit recueillir l'accord du cédé trouve des justifications convergentes : la personnalité des contrats et l'*intuitus personae*. En droit public, la préservation de l'intérêt général, les procédures de passation et la présence envisageable d'autorisations, ont conduit le législateur comme la jurisprudence à imposer un encadrement de la cession des contrats. Il s'agit à présent de s'intéresser plus précisément à préciser la teneur de cet encadrement : le principe selon lequel la cession des contrats administratifs est soumise à l'obtention d'un accord de l'Administration.

b) *L'établissement du principe*

242. Comme à l'accoutumée en droit administratif français, la jurisprudence a construit progressivement, à partir du XIXème siècle, un régime protecteur de l'Administration, consistant à limiter la transmission de la qualité de partie aux contrats administratifs.

243. **Un principe séculaire du droit des contrats administratifs** – Si le régime de la cession des contrats administratifs est aujourd'hui constitué par un principe général établi[316], c'est parce que la jurisprudence administrative a été confrontée à cette question dès la seconde moitié du XIXème siècle et a conséquemment construit un régime juridique complet très prématurément[317]. A titre

[315] Art. L. 2122-7 du CG3P.

[316] NOGUELLOU R., thèse *précit.*, p. 187.

[317] CE, 6 mars 1856, *Corduriès*, Rec. p.184, CE, 11 juillet 1894, *Ville de Courtenay,* 2è esp., n°479 ; CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, req. n°8248, Rec. CE p. 54, concl. ROMIEU ; CE, 5 juin 1908, *Delmas c/ Cne de Pornic,* p. 633 ; CE, 13 novembre 1908, *Wuillaume c/ Cne de Troisvilles,* p. 914.

d'exemple, l'arrêt *Laffitte* de 1869 semblait déjà très clairement conditionner la cession d'un contrat administratif à l'approbation de la personne publique contractante :

> « *Considérant que les adjudicataires des services de l'État n'ont droit de se substituer ou de s'adjoindre des associés en ce qui touche à l'exécution du service dont ils sont chargés, qu'autant qu'ils y ont été expressément autorisés.* »[318]

244. **L'affermissement du principe** – La solution précédemment énoncée s'est ensuite confirmée au cours du XXème siècle, pour s'appliquer progressivement à l'ensemble des contrats administratifs. Ainsi, la cession du contrat sans agrément de la personne publique contractante lui est inopposable[319] ; le cédant conservant la qualité de partie[320]. L'Administration peut alors exiger de lui la poursuite des engagements contractuels[321]. A l'inverse, le cessionnaire ne peut revendiquer l'exécution des obligations contractuelles – notamment financières – de la part de la personne publique à son égard[322]. La cession non-autorisée a même été assimilée à une faute grave pouvant justifier la résiliation pour faute du contrat[323].

245. **La matérialisation de l'autorisation** – L'autorisation de la cession ne peut être donnée, abstraitement, dès la conclusion du contrat ; les clauses de renonciation à la faculté de refuser un nouveau cocontractant ou d'agrément anticipé de toute cession sont d'ailleurs entachées de nullité[324]. La jurisprudence administrative admet néanmoins les clauses d'agrément de la cession, lorsque le cessionnaire est identifié dès la passation du contrat[325]. Sur un plan temporel encore, il n'existe pas d'obligation de recueillir l'accord de l'Administration avant de procéder à la cession[326],

---

[318] NOGUELLOU R., thèse *précit.*, p. 188, cit. CE, 28 juillet 1969, *Laffitte,* Rec. p. 709.

[319] CE, 22 févr. 1967, *Sté du Gaz de Nogent-l'Artaud et extensions*, Lebon, p. 87. ; CE, 2 févr. 1979, *Ville Châlons-sur-Marne c/ GIE Publicitor,* Lebon, p. 752. ; CAA Bordeaux, 26 juin 2018, *Malmezat-Prat*, n°16BX01768.

[320] CE, 9 juill. 1924, *Sté Le secteur électrique de la vallée d'Auge*, Lebon p. 656 ; CE, 5 janvier 1951, *Cne de Lesparrou*, Lebon, p. 3.

[321] CE, 16 mai 1872, *Héritiers Coiret*, Lebon, p. 321 ; CE, 11 juill. 1894, *Ville Courtenay,* Lebon, p. 479 ; CE, 6 mai 1936, *Boutet*, Lebon, p. 505 ; CAA Douai, 4 juill. 2002, *Synd. intercommunal d'assainissement de la région de Douai,* n°99DA00001.

[322] CE, 21 déc. 1937*, Duguet,* Lebon, p. 13 ; CAA Marseille, 18 juin 1998, *Sté de développement du Val d'Allos,* n°97MA00677 *;* CAA Paris, 5 nov. 1998, *Sté Coquelicot Promotion,* BJCP, p. 481. ; CE, 21 févr. 1986, *Min. Urbanisme, Logement et Transports c/ SECRE.*

[323] CE, 20 janv. 1905, *Cie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, req. n°8248, precit. ; CE, 17 déc. 1926, *Monnot*, Lebon p. 1123, résiliation aux torts du cocontractant justifiant, le cas échéant, la réparation d'un préjudice.

[324] CE, 9 juill. 1920, *Cie française du Congo occidental,* Lebon p. 676 ; CE, 6 mai 1985, *Eurolat,* n°41589.

[325] CE, 30 mai 1980, *Frery,* Lebon p. 256 : *« M. Fréry est autorisé à créer dès à présent une SARL qui, dès communication à la commune des formalités de constitution de ladite société, sera subrogée dans tous ses droits et obligations. »*

[326] CE, 3 oct. 1997, *SARL Gravolux*, n°160338.

même si cette dernière n'aura de valeur juridique qu'à compter de cet agrément. Sur un plan formel, si, en principe l'autorisation de céder le contrat doit être explicite[327], la jurisprudence a progressivement admis l'agrément tacite du cessionnaire et découler d'un « *comportement positif de la collectivité, démontrant son acceptation du nouveau titulaire du contrat*, [qui] *peut, notamment, être regardé comme constituant une telle autorisation »*[328].

246. **Des réponses supplémentaires apportées par l'avis du 8 juin 2000[329]** – Le Conseil d'État, saisi par le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, a eu à se prononcer sur les règles applicables à la cession des marchés publics et concessions. Il considère que le droit applicable aux marchés publics et concessions peut s'accomoder des solutions traditionnellement rendues par la jurisprudence administrative ; l'exigence d'une remise en concurrence n'est pas généralisée, sauf à ce que soit remis en cause les éléments essentiels du contrat, « *tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers* »[330].

247. **L'encadrement européen de la cession des contrats de la commande pubique –** Les institutions européennes ont progressivement infléchi le cadre de la cession des contrats de la commande publique. En premier lieu, les décisions *Pressetext*[331] et *Wall AG*[332] ont fortement limité la faculté de céder ces contrats sans remise en concurrence[333]. En second lieu, les directives de 2014 réformant le droit de la commande publique[334] ont conduit à un encadrement strict de la

[327] CE, 21 févr. 1986, *Min. Urbanisme, Logement et Transports c/ SECRE*, precit.

[328] CAA Bordeaux, 26 juin 2018, n°16BX01768 ; v. aussi CE, ass. 1930*, Commune de Pointe-à-Pitre* et *CE*, 2001, *Territoire des Îles Wallis et Futuna,* lorsque la personne publique adresse des ordres de services au nouveau cocontractant ; ou encore CAA Bordeaux, 24 nov. 2014, n°13BX00511, « *en acceptant […] la remise du rapport de la 2ème phase du marché ainsi que l'exécution et le règlement de sa 3ème phase* ».

[329] CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, n°364803.

[330] *ibid.*

[331] CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh,* aff. C-454/06, *CMP* 2008, repère 9, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *CMP* 2008, comm. 186, note W. ZIMMER ; Dr. adm. 2008, comm. 132, note R. NOGUELLOU ; AJDA 2008, p. 2008, note J.-D. DREYFUS ; RDI 2008, p. 501, obs. R. NOGUELLOU ; RFDA 2011, p. 98, note H. HOEPFFNER.

[332] CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08 ; *AJDA* 2010, p. 946, note M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *CMP* 2010, n°222, note W. ZIMMER ; *RDI*, p. 385, note R. NOGUELLOU ; *DA*, n°109, note R. NOGUELLOU ; *BJCP*, 2010/71, p. 259.

[333] Et notamment du « *principe de non-discrimination en raison de la nationalité*, [du] *principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et* [de] *l'obligation de transparence qui en découle* », v. ibid., cons. 32.

[334] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dont la transposition est codifiée par le Code de la commande publique.

faculté de transmettre ces conventions[335]. La souplesse relative caractérisant le régime juridique de la cession des contrats administratifs semble alors devoir se dissiper lorsque le contrat en question est soumis au code de la commande publique[336]. Le régime séculaire de la cession des contrats administratifs est donc aujourd'hui restreint aux seuls contrats administratifs ne relevant pas du code de la commande publique[337].

248. Reste que même en dehors des hypothèses dérogatoires, telle la cession judiciaire des contrats dans le cadre d'une procédure collective, le refus d'agrément du cessionnaire n'est pas discrétionnaire.

2) *L'encadrement des conditions d'un éventuel refus*

249. L'*intuitus personae* n'est peut-être pas le principe qui justifie l'encadrement des conditions de cession des contrats administratifs, dans la mesure où le refus d'agréer la cession est lui-même encadré par la jurisprudence.

250. **L'absence d'un pouvoir discrétionnaire de refuser la cession -** Les professeurs LOMBARD et RICCI analysent que « *loin d'être discrétionnaire, le pouvoir d'acceptation est, au contraire, très encadré car les motifs de refuser la cession d'un contrat administratif sont assez peu nombreux et bien limités* »[338].Dans cette logique, Catherine BERGEAL, Commissaire du Gouvernement au Conseil d'État, estime même qu'il existe « *un certain droit du concessionnaire à obtenir l'autorisation de cession* »[339]. Ainsi que l'affirme très clairement le Conseil d'État dans un avis de la section des finances en date du 8 juin 2000, « *l'autorisation de cession ne peut légalement être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux.* »[340]

---

335 V. notamment, article L. 2194-1 du Code de la commande publique : *« Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : / 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; / 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; / 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ; / 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; / 5° Les modifications ne sont pas substantielles ; / 6° Les modifications sont de faible montant. / Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.* »

336 Ce point sera abordé en détail dans le B) L'absence dérogatoire de remise en concurrence des contrats de la commande publique, p. 133.

337 Nonobstant les hypothèses de cession judiciaire des contrats administratifs qui feront l'objet de développement ultérieurs.

338 RICCI J.-C., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations*, Sirey, éd. 2018, n°942, p. 492.

339 BERGEAL C., concl sur CE, 9 juillet 1997, *Société des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes*, n°156784, v. « *Combinaison du contentieux contractuel et du contentieux de l'excès de pouvoir : le cas des résiliations de concession »*, *RFDA* 1998, p. 535

340 CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie,* n°364 803, III.

251. **La légalité du motif de refus –** La décision *Mélon* a posé le principe selon lequel seuls des éléments intrinsèques au contrat peuvent justifier un refus de cession[341]. L'Administration ne peut donc se fonder sur des justifications extérieures à la bonne exécution du contrat. Plus précisément, la jurisprudence administrative a peu à peu encadré le refus du cédé, en ciblant « *l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat* »[342]. Le refus peut alors résulter de l'incapacité du cessionnaire à exécuter les stipulations contractuelles[343]. Est également envisagée la situation dans laquelle le cessionnaire « *bien que présentant ces garanties, se trouve potentiellement dans une situation de conflit d'intérêt avec l'Administration* »[344]. En matière de commande publique, la cession du contrat est susceptible de constituer une modification substantielle du contrat, justifiant un refus sur le fondement du Code de la commande publique[345]. En somme, les hypothèses de refus d'agrément du cessionnaire sont extrêmement encadrées et ne laissent dès lors à l'Administration qu'une faible marge de manœuvre.

252. **Les conséquences juridictionnelles d'un refus illégal –** Un refus considéré par abusif est sanctionné par le juge administratif. Cette sanction peut notamment prendre la forme d'une annulation de la décision de refus. La question qui se pose est celle du type de contentieux engendré par une telle décision, selon que le recours est intenté par le cédant ou le cessionnaire. En premier lieu, la jurisprudence ancienne permet d'envisager l'hypothèse de saisine du juge de l'excès de pouvoir par un tiers intéressé (le cessionnaire) à l'encontre d'un acte détachable du contrat (la décision de refus)[346]. Mais la décision *Transmanche*[347], ouvrant la voie au recours de plein contentieux des tiers contre les actes d'exécution d'un contrat administratif, pourrait avoir pour conséquence d'infléchir cette veine jurisprudentielle, ou du moins de la refondre profondément. En deuxième lieu, le cédant, encore partie au contrat, peut classiquement obtenir l'annulation de la décision de refus illégale par le biais du plein contentieux contractuel. La jurisprudence estime

---

341 CE, sect., 19 févr. 1932, *Mélon*, Lebon, p. 206.

342 CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie,* n°364 803, III. *precit.,* v. aussi CE, 14 nov. 1913, *Cne Trun* : Lebon, p. 1097 ; CE, 9 juill. 1920*, Cie française du Congo occidental,* Lebon, p. 676 *;* CE, 8 mars 1944, *Cne Balagnères,* Lebon, p. 80 ; CE, 1er juill. 1949, *Sté guadeloupéenne de distribution d'énergie électrique,* Lebon p. 764 ; CAA Lyon, 9 avr. 1991, *Cne Saint-Gervais*, n°89LY01122 et n°89LY01123 ; *« le concessionnaire ne présente plus les garanties techniques financières ou de tout autre ordre au vue desquelles la concession avait initialement été attribuée ».*

343 CE, 5 juill. 1935, *Ville de Reuilly*, Lebon 1935, p. 771.

344 BRENET F., MESLIN-LIERE S., « *Cession de contrat »*, *JCL Administratif*, fasc. 780, Lexis Nexis, mai 2019, cit. CE, 31 juill. 1996, *Sté des téléphériques du Mont-Blanc,* n°126594, tout en précisant que le juge ne statuait pas, en l'espèce, sur une cession de contrat.

345 Art. R. 2194-6, R. 2194-7, R. 3135-6 et R. 3135-7 du Code de la commande publique

346 CE, 1er juill. 1949, *Cie guadeloupéenne de Distribution d'Énergie Électrique*, préc.

347 CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat Mixte de Promotion de l'Activité Transmanche (SMPAT)*, n°398445.

en effet qu'une telle décision relève de l'exécution du contrat[348]. En troisième lieu, la responsabilité de l'Administration peut être engagée à raison des préjudices causés par une décision de refus illégale[349], même à la suite d'un silence abusif gardé par l'Administration contractante sur une demande de cession[350].

253. **Les conclusions à tirer de cet encadrement du refus –** L'Administration ne dispose pas d'un libre choix en matière d'agrément du cessionnaire. Ce constat relativise considérablement la place de l'*intuitus personae* et du principe de personnalité dans le droit de la cession des contrats administratifs, *a fortiori* dans la mesure où l'agrément ne se fonde que sur des considérations intrinsèquement contractuelles. La personne du cessionnaire ne fait l'objet que d'un examen technique et financier. Ce régime semblait plutôt adapté aux marchés publics et concessions, bien qu'une nouvelle mise en concurrence n'ait pas été exigée[351]. A l'inverse, lorsque le contrat concerne, par exemple, l'occupation privative du domaine public, on pourrait imaginer que la faculté de refuser la cession du contrat soit accrue. En effet, ces contrats, qui ont pour principale caractéristique de contenir une autorisation administrative, étaient initialement incessibles[352]. Au regard du caractère récent du revirement de jurisprudence en la matière[353], le juge administratif ne semble pas avoir défini le régime du refus de cession des contrats portant autorisation d'occupation privative du domaine public. Mais s'il devait le faire, il n'est pas absolument certain qu'un régime identique puisse être appliqué[354]. En revanche, il convient de préciser que, malgré la réduction à la portion congrue de la faculté de refuser la cession sollicitée, l'obtention d'un accord de la personne publique est une condition *sine qua non* transmission du contrat administratif.

254. Ce régime séculaire en droit français a été profondément impacté par le droit de l'Union

348 CE, 8 mars 1944, *Cne Balagnères,* Lebon, p. 80., precit. ; CE, 1er juill. 1949, *Sté guadeloupéenne de distribution d'énergie électrique,* Lebon p. 764, precit.

349 CE, 9 juill. 1997, *Société des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes*, n°156784, Lebon, p. 939 ; RFDA 1998, p. 535, concl. C. Bergeal.

350 CE, 13 nov. 1908*, Wuillaume c/ Cne Troisvilles,* Lebon p. 914. ; CE, 9 mars 1984*, J.C. Havé,* 30624 ; CE, 6 févr. 1946, *Deffarges*, Lebon, p. 41.

351 Même si cette affirmation est aujourd'hui fausse au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne et des évolutions du droit de la commande publique.

352 CE, 19 janv. 2011, *Commune de Limoges*, n°323924.

353 CE, 18 septembre 2015, *Sté Prest'Air*, n°387315.

354 Le juge administratif serait alors confronté à l'impératif de mise en concurrence de certains titres d'occupation du domaine public résultant de l'ordonnance de 2017, mais devrait dégager un régime propre, distinct des contrats de prestation et certainement plus souple.

Européenne en matière de droit de la commande publique et c'est pourquoi il est essentiel aujourd'hui d'en identifier les nouveaux contours.

B) La limitation accrue de la cessibilité des contrats de la commande publique

255. Si le droit de la cession des contrats avait été épargné par l'encadrement européen du droit des marchés publics et des délégations de service public, les solutions centenaires du juge administratif français en matière de cession des contrats administratifs sont aujourd'hui remises en cause en ce qui concerne les contrats de la commande publique. Le droit européen de la cession des marchés publics et des concessions a fait l'objet des d'évolutions récentes, dont il résulte une transformation profonde de la logique française précédemment évoquée. Le régime juridique européen du droit de la cession des contrats de la commande publique s'est construit par deux phases successives. La Cour de justice des Communautés Européennes a d'abord établi les conditions de la cession dans les arrêts *Pressetext* et *Wall AG* (1), puis la réforme de la commande publique, entamée en 2014, a confirmé le régime strict applicable aux contrats de la commande publique (2).

1) *L'apport de la jurisprudence européenne*

256. La rigueur avec laquelle les institutions européennes ont fait prévaloir les principes généraux de concurrence et d'égalité de traitement des candidats aux marchés publics et délégations de service public permettait d'envisager, dès le début des années 2000, l'infléchissement de tous les mécanismes et montages permettant le détournement des conditions classiques de passation de ces contrats. C'est ce qu'il s'est finalement produit à compter de 2008.

257. **La position d'abord flexible de la Commission Européenne –** La Commission Européenne semblait initialement, dans une lettre du 1er avril 2004, rejoindre la position française sur la cession des contrats. Elle affirmait ainsi que « *lorsque la cession entraîne la reprise pure et simple par le nouveau titulaire de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat, il ne nous semble pas que le principe d'égalité de traitement s'oppose à cette opération* [; …] *seule l'hypothèse du détournement de procédure pourrait alors, selon nous, y faire obstacle* [; …] *lorsque le changement de titulaire d'un marché public ou d'une concession s'accompagne de modifications substantielles des dispositions contractuelles d'origine, une nouvelle mise en concurrence s'impose* [; …] *afin d'assurer l'absence de détournement de procédure, le pouvoir adjudicateur devra*

s'assurer que le nouveau titulaire remplit bien les conditions de sélection fixées dans l'avis de marché initial »[355]. C'est la raison pour laquelle la décision *Pressetext*, rendue seulement quatre ans plus tard, a constitué un renversement de situation.

258. **La position rigoriste de la Cour de justice –** La décision *Pressetext* [356] a marqué le début de la fin pour les solutions centenaires de la jurisprudence administrative française en matière de cession. Selon la Cour de justice, la substitution du titulaire d'un marché publique ne peut être considéré comme un simple avenant ; un changement de cocontractant peut être considéré comme une modification substantielle du contrat, entraînant la création d'un nouveau contrat et nécessitant l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence. Le caractère substantiel est notamment retenu lorsque les modifications du contrat sont telles, qu'elles auraient permis à une autre entreprise d'être attributaire du contrat[357], lorsque la modification étend les prestations du contrat[358] ou change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché sans que cela ait été prévu initialement[359]. La Cour de justice en conclut qu' « *en général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance* »[360].

259. La décision *Pressetext* admet deux exceptions. Le changement de cocontractant n'est pas une modification substantielle lorsqu'une telle hypothèse avait été envisagée dès la conclusion du

---

355 BRENET F., MESLIN-LIERE S., « *Cession de contrat* », *JCL Administratif*, fasc. 780, Lexis Nexis, mai 2019 cit. LIGNIERES P., « *Le droit communautaire des marchés publics autorise la cession des contrats », Dr. adm.* 2005, prat. 4.

356 CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh,* aff. C-454/06, CMP 2008, repère 9, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; CMP 2008, comm. 186, note W. ZIMMER ; Dr. adm. 2008, comm. 132, note R. NOGUELLOU ; AJDA 2008, p. 2008, note J.-D. DREYFUS ; RDI 2008, p. 501, obs. R. NOGUELLOU ; RFDA 2011, p. 98, note H. HOEPFFNER.

357 V. CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh*, precit., pt. 35 : « *La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.* »

358 V. CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh*, *precit*., pt. 36 : « *une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.* »

359 V. CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh*, *precit*., pt. 37 : « *Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.* »

360 CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh*, *precit*., pt. 40.

marché initial[361] ou encore, lorsque la modification du cocontractant procède d'une réorganisation interne de celui-ci[362]. Néanmoins, aucune de ces dérogations ne permet de concilier la position de la jurisprudence administrative française avec celle de la Cour de justice. Malgré des tentatives de résistance des Cours administratives d'appel[363], la Cour de justice de l'Union Européenne confirmera sa jurisprudence en 2010 dans une décision *Wall AG*, allant même jusqu'à considérer que la substitution d'un sous-traitant pouvait, dans certains conditions, constituer une modification substantielle[364].

260. La réforme du droit de la commande publique a ensuite entériné la jurisprudence *Pressetext* par le biais des directives de 2014[365], écartant ainsi définitivement les solutions jurisprudentielles françaises.

2) *L'apport de la réforme du droit de la commande publique*

261. Dans la droite ligne de la jurisprudence *Pressetext* et des directives précitées, le Code de la commande publique encadre désormais les conditions de modification des contrats en cours ; la substitution du titulaire d'un marché public ou d'une concession fait dès lors l'objet d'un régime légal et réglementaire établi.

262. **L'encadrement légal de la cession des contrats de la commande publique –** Les articles L. 2194-1 (marchés publics) et L. 3135-1 (concessions) du Code de la commande publique établissent le prérequis en matière de cession de ces contrats. Ils déterminent les conditions dans lesquelles un marché public ou une concession peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, en particulier lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché. Ces articles précisent que les modifications, « *qu'elles soient apportées par*

361 Ibid.

362 CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh*, *precit*., pt. 45. : « *Un tel arrangement représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial.* »

363 CAA Lyon, 9 oct. 2008, *SA Inéo* , n°05LY01239 ; CAA Paris, 9 juill. 2009, *Sté ETDE*, n°06PA03765, CAA Bordeaux, 13 juill. 2010, *Sté financière Sport et Loisir*, n°09BX02630.

364 CJCE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, pt. 39 : « *Un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier* ».

365 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics; Directive 2014/25/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, ne peuvent changer la nature globale du marché [ou de la concession] ». Par cette précision, le Code de la commande rejoint la jurisprudence *Pressetext*, qui prohibe les modifications substantielles du contrat en l'absence de nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence. Cette règle est également applicable aux membres d'un groupement. En effet, par une décision *SHAM*, le Conseil d'État confirme que « *la substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par l'article L. 2194-1 du code de la commande publique et précisés par les articles R. 2194-5, R. 2194-6 et R. 2194-7 du même code* »[366]. Pour autant, il faut se référer à la partie réglementaire du code pour appréhender les hypothèses dans lesquelles une modification doit être considérée comme substantielle.

263. **L'encadrement réglementaire de la cession des contrats de la commande publique –** Le détail des conditions de cession est prévue dans la partie réglementaire du code. Les articles R. 2194-6 et suivant (marchés publics) et R. 3135-6 et suivant (concessions) prévoient la répartition des hypothèses de substitution du cocontractant sans remise en concurrence et des hypothèses de modification substantielle du contrat. Sont ainsi prévues deux dérogations au principe selon lequel la cession d'un contrat doit faire l'objet d'une remise en concurrence. L'on peut analyser ces dispositions réglementaires comme participant d'un léger assouplissement des termes de la jurisprudence *Pressetext*.

264. **La substitution résultant d'une clause de réexamen ou d'une option** – En premier lieu, la substitution peut être la résultante d'une clause de réexamen ou d'une option[367], à condition qu'elle soit « *claire, précise et sans équivoque* »[368]. Ainsi, conformément à la jurisprudence *Pressetext*, la substitution du cocontractant qui résulte d'une clause du contrat se fait sans nouvelle procédure de passation. L'imprécision de ces dispositions soulève néanmoins l'interrogation. Ni la jurisprudence européenne, ni le droit écrit de la commande publique ne détermine si la clause en question doit prévoir abstraitement qu'une cession est envisagée ou bien si l'identité du cessionnaire doit être prévue dès la passation du contrat. Selon le Professeur Hélène HOEPFFNER :

366 CE, 16 mai 2022, *SHAM*, n°459408.

367 Art. R. 2194-6 et R. 3135-6, 2° du Code de la commande publique.

368 La précision est apportée par les articles R. 2194-1 et R. 3135-1 du Code de la commande publique auxquels renvoient les articles précités.

> *« La question revêt une importance pratique capitale car si, au stade de la structuration initiale d'un montage contractuel, un candidat peut être en mesure de désigner un éventuel cessionnaire dès l'issue de la procédure d'attribution (par ex., substitution d'une société dédiée à l'attributaire du contrat), il est peu probable que le titulaire du contrat puisse désigner dès la conclusion du contrat son cessionnaire en cas de défaillance au cours de l'exécution (tout au plus le contrat peut-il consentir une cession à une société du groupe auquel appartient le cocontractant) et il est encore moins probable que des investisseurs envisagent, dès la signature du contrat, la cession de leurs participations à des fonds de pension ou autres organismes de placement dans un but de valorisation financière. Par voie de conséquence, exiger de préciser ab initio l'identité du cessionnaire reviendrait peu ou prou à condamner la cession de contrat »*[369].

265. Les avis doctrinaux sur cette question divergent, Laurent RICHER estimant que le cessionnaire doit être nommément identifié dans les clauses du contrat[370], Rozen NOGUELLOU et Hélène HOEPFFNER défendant une position plus souple[371] [372]. C'est ainsi au juge administratif qu'il reviendra de trancher cette question, à l'appui ou en l'absence d'éventuelles prises de position de la Cour de justice de l'Union Européenne sur cette question. À tout le moins, peut-on estimer qu'une clause de cessibilité abstraite serait, au regard de la rigueur de la jurisprudence européenne, insuffisante et que cette clause devrait prévoir un contrôle des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles de l'éventuel cessionnaire. En tout état de cause, le Professeur François BRENET précise que « *même dans l'hypothèse où le changement de cocontractant est prévu dans le cadre d'une clause de réexamen, la cession peut être regardée comme irrégulière si ce changement intervient immédiatement après la conclusion du contrat et avant même le début de l'exécution des prestations sans motif*

---

[369] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs,* Dalloz, 2ème édition, 2019, n°710, p. 630.

[370] RICHER L., « *L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat – 15 ans après », AJDA* 2014, p. 1925 : « *Une clause générale selon laquelle le contrat peut être cédé moyennant l'autorisation de l'adjudicateur est insuffisante.* »

[371] NOGUELLOU R., « *L'exécution des contrats de concession », AJDA* 2016 p. 1008 « *On peut, par ailleurs, penser que si la directive avait voulu que l'identité du cessionnaire soit envisagée ab initio, elle l'aurait clairement indiqué et ne se serait pas contentée de renvoyer à une clause d'option. Toujours est-il que, pour être licite, la clause d'option doit être rédigée en des termes qui respectent les exigences de clarté et de précision posées par les textes. Il faut, indique le décret, que la clause indique « le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage » (art. 36, 1°). Cela signifie sans doute qu'il ne suffit pas d'insérer une clause autorisant la cessibilité du contrat, mais qu'il faut que cette clause précise les qualités attendues du nouveau concessionnaire (qui doivent être strictement identiques à celles ayant présidé au choix du concessionnaire initial), les modalités de la cession (laquelle suppose, en application des principes du droit des contrats administratifs, l'autorisation de l'administration), voire les cas dans lesquels la cession pourrait ne pas être possible (limitation dans le temps...).* »

[372] HOEPFFNER H., « *Modification de contrat* », *RFDA* 2016 p. 280 : *« D'aucuns, retenant une interprétation rigoureuse de ces dispositions, considèrent qu'« est, par exemple, légale la clause qui prévoit que le contrat signé avec un groupement de sociétés sera transféré à une société formée entre membres du groupement ou avec d'autres associés déjà identifiés. En revanche, une clause générale selon laquelle le contrat peut être cédé moyennant l'autorisation de l'adjudicateur est insuffisante. C'est dire que la plupart des clauses qui figurent dans de nombreux contrats de délégation de service public et de partenariat et, moins fréquemment, dans des marchés publics, sont illégales ». Il nous semble cependant possible d'envisager une lecture plus libérale de ces dispositions, par exemple en prévoyant que le contrat ne peut être cédé qu'à certaines entreprises justifiant des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées par l'acheteur ou autorité concédante. »*

légitime, dans la mesure où l'identité du titulaire est un élément déterminant du contrat »[373]. Cela semble aller de soi ; la faculté de cession de contrat ne doit pas constituer un élément de détournement des procédures de publicité et de mise en concurrence.

266. **La substitution résultant d'une restructuration du titulaire initial –** En second lieu, les articles R. 2194-6 et R. 3135-6 2° du Code de la commande publique prévoient que la remise en concurrence n'est pas requise lorsque la cession du contrat est la résultante « *d'opérations de restructuration du concessionnaire initial* ». Cette hypothèse est conditionnée d'une part, par le respect des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante et d'autre part, par l'absence de détournement des conditions de publicité et de mise en concurrence. Les opérations de restructuration ne sont pas définies par le Code de la commande publique ; en revanche, les directives de 2014 font mention des hypothèses « *de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité* »[374], qui ne semblent pas être limitatives.

267. Ainsi, la substitution du cocontractant est considérée comme substantielle lorsqu'elle ne s'inscrit pas dans les hypothèses limitatives des articles R. 2194-6 et R. 3135-6 du Code de la commande publique. Une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence sera alors requise. Avant de confronter la substitution du cocontractant en droit public avec le droit des procédures collectives, il convient de préciser les modalités de cession judiciaire des contrats (privés comme administratifs) dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires.

[373] BRENET F., MESLIN-LIERE S., *Cession de contrat*, JCL Administratif, fasc. 780, Lexis Nexis, mai 2019 cit. DAJ, Fiche : *Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution,* avr. 2019.

[374] Par ex. Art. 43, I), d, ii Directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

§2. La cession judiciaire des contrats dans le cadre des procédures collectives

268. Mécanisme exorbitant s'il en est, la cession judiciaire des contrats est l'illustration même de l'exorbitance du droit des entreprises en difficulté, par dérogation aux principes qui ont fondé le droit contractuel. Il faudra donc étudier au fonctionnement et les justifications de la cession judiciaire des contrats en replaçant cet outil dans son cadre (A) et en explicitant sa mise en œuvre (B).

A) Le cadre de la cession judiciaire des contrats

269. La cession judiciaire des contrats un outil de traitement des difficultés des entreprises. Elle s'inscrit dans le plan de cession judiciaire (1) et n'implique qu'une transmission partielle du patrimoine contractuel (2).

1) *L'inscription de la cession judiciaire des contrats dans un plan de cession*

270. Définie aux articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce, la cession d'une entreprise en difficulté, qu'elle soit totale ou partielle, « *a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». Elle s'inscrit dans un plan (c'est-à-dire, sauf en matière de liquidation judiciaire, au terme de la période d'observation), adopté par le Tribunal de la procédure collective. La cession d'une entreprise, le cas échéant de manière partielle, peut être prononcée à la fois dans les procédures de sauvegarde[375], en redressement judiciaire[376] ou en liquidation judiciaire[377]. Cette cession, inscrite au plan adopté par le Tribunal, s'impose au débiteur comme à ses créanciers et cocontractants.

271. **L'objet du plan de cession –** Il s'agit de « *guérir le patient ; la cession d'entreprise recherche la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur* »[378]. La cession judiciaire d'un entreprise consiste à transférer à un repreneur un « *ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités* »[379]. La cession d'une entreprise n'est donc pas un démembrement anarchique de l'entreprise en difficulté. Elle est basée sur la reprise de branches d'activités,

375 Art. L. 626-1 du Code de commerce.

376 Art. L. 631-22 du Code de commerce.

377 Art. L. 642-1 et suivants du Code de commerce.

378 PEROCHON F. , *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10ème ed., 2014, n°1234.

379 Art. L. 642-1 al. 2 du Code de commerce.

définies par le droit de l'Union Européenne comme « *l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble de moyens capable de fonctionner par ses propres moyens* »[380], et ce, de manière durable[381]. Plus précisément, la cession d'entreprise conduit au transfert « *des moyens humains, matériels et juridiques nécessaires à la poursuite de l'exploitation* »[382] par l'acceptation d'une offre de reprise[383]. Par moyens juridiques, il faut entendre notamment un certain nombre de contrats, dont fait mention l'article L. 642-7 du Code de commerce.

272. **La réception d'offres de reprise –** Le plan de cession n'est mis en œuvre qu'à compter de la réception d'offres de reprises émanant de tiers à la direction de l'entreprise[384] et adressées à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire. L'offre doit être précise ; elle doit préciser le prix ainsi que la délimitation précise des éléments d'actif que le repreneur se propose d'acquérir. Elle doit être « *ferme, définitive et intangible* »[385], mais aussi sérieuse dans son contenu comme dans son prix[386].

273. **La sélection du repreneur pour la mise en œuvre du plan de cession –** A la suite d'un débat contradictoire entre les intérêts en présence, « *le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Il arrête un ou plusieurs plans de cession.* »[387]. L'adoption du plan par l'acceptation de l'offre du repreneur pourra également permettre la réalisation de licenciements économiques au sein de l'entreprise[388].

274. **La valeur juridique du plan de cession –** La cession judiciaire des entreprises en difficulté n'a pas une simple valeur contractuelle. Elle serait plus proche d'un « *jugement homologuant un contrat judiciaire* »[389] ou d'un acte authentique, comme le laisse penser un arrêt de la Chambre

---

380 Dir. CEE 90/434, Conseil, 23 juill. 1990, art. 2i, JOCE L 225, 20 août 1990, p.1.

381 Cass. com., 15 mai 2012, n°11-18.972.

382 FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Conception et adoptions* », Fasc. 2730, Lexis Nexis, juillet 2019.

383 Art. L. 642-5 du Code de commerce.

384 Art. L. 642-3 du Code de commerce.

385 FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Conception et adoptions », precit.*, n°28.

386 Art. L. 642-4 du Code de commerce.

387 Art. L. 642-5 du Code de commerce *precit.*, al 1.

388 *Ibid.* al. 5.

389 FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Conception et adoptions», precit.*, n°44.

commerciale[390] qui le rattache à l'ancien article 1371 du code civil. La nature exorbitante de la cession judiciaire est confirmée par son régime, notamment en ce qui concerne le droit du travail[391], le droit des biens[392], le droit des contrats[393] [394]. Le plan de cession neutralise les préemptions prévues par le code rural, le code de la pêche maritime et le code de l'urbanisme[395]. Ainsi, la cession des entreprises en difficulté est un mécanisme exorbitant, inscrit dans une branche du droit elle-même dérogatoire.

275. Le plan de cession consiste donc dans la faculté pour le Tribunal de la procédure de transférer de manière unilatérale l'ensemble l'actif de branches d'activité d'une entreprise en difficulté à un tiers. Au sein de cet actif, se trouvent notamment des moyens juridiques, les contrats transférés au repreneur.

2) *Les contrats concernés par la cession judiciaire*

276. La cession judicaire des contrats de l'entreprise n'implique pas que le repreneur devienne le titulaire de l'ensemble des contrats conclus par le débiteur. Seuls les contrats prévus à l'article L. 642-7 du Code de commerce font l'objet de cette cession judiciaire, puisque leur résiliation serait susceptible de compromettre la survie de l'entreprise transférée.

277. **L'absence de transmission universelle du patrimoine contractuel** – Ainsi que l'affirme Jean-Jacques FRAIMOUT, « *l'entreprise sociétaire […] ne peut faire l'objet que d'une cession globale d'actifs, à défaut de transmission universelle du patrimoine des sociétés. La cession des contrats dont la personne cédante est titulaire doit donc faire l'objet d'une décision spéciale et motivée, indispensable à la transmission d'une entité économique viable, le jugement arrêtant le plan de cession n'emportant pas transmission de plein droit des contrats »*[396]. C'est

[390] Cass. com., 26 oct. 1999, n°96-19.156.

[391] Le plan de cession permet la réalisation de licenciement dérogatoires (article L. 642-5, al. 5, du Code de commerce) et même de déroger à certaines modalités de contrôle du bien-fondé du licenciement de salariés protégés (CE, 4e ch., 22 déc. 2017, n°391708).

[392] Par exemple l'action de copropriétaires portant opposition à la vente de biens compris dans le plan de cession est irrecevable, v. Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, *FS-P+B*, n°13-23.350.

[393] L'obligation d'information et de conseil prévue à l'article 1112-1 du code civil n'est pas applicable aux cessions judiciaires, v. par ex. Cass., 3e civ., 21 déc 2017, n°16-20.675.

[394] Les causes classiques d'annulation des contrats ne sont pas recevables, v. par ex « *une telle cession ne peut notamment faire l'objet d'une annulation pour vice du consentement* », Cass. com., 4 mai 2017, n°15-27.899.

[395] *Ibid.* al. 4.

[396] FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Cession des contrats »,* Fasc. 2740, Lexis Nexis, juillet 2019, pt. 6, cit. SOINNE B., *Traité des Procédures Collectives*, Litec, 2e éd. 1995, p. 1345, n°1690.

la raison pour laquelle seuls certains contrats sont concernés par la cession judiciaire.

278. **La détermination par le jugement des contrats concernés** – La cession judiciaire des contrats de l'article L. 642-7 du Code de commerce, doit être incluse dans un plan de redressement et ne s'effectue que sur la base du jugement d'adoption du plan de cession. En effet, la Cour de cassation a exigé que les contrats compris dans la cession judiciaire soient expressément mentionnés dans le jugement[397]. La continuation par le repreneur d'un contrat qui n'aurait pas été inclus dans le plan de cession adopté par le tribunal aurait donc un effet novatoire[398]. La cession judiciaire n'en est donc que plus limitée.

279. **La transmission de contrats en cours nécessaires à la continuité de l'activité** – Le juge adoptant le plan de cession aura la charge de contrôler certaines caractéristiques des contrats transférés. Même si cela va de soi, il s'agira des contrats en cours, c'est-à-dire déjà formés et non résiliés. Les contrats en cours de formation ou auxquels le gérant ou l'administrateur ou liquidateur judiciaire aurait mis un terme ne pourront évidemment pas faire l'objet d'une cession judiciaire[399]. L'article L. 642-7 prévoit en outre que les contrats transmis ne sont que ceux qui sont nécessaires au maintien de l'activité. Cette limite à la cession des contrats fait sens. Il aurait été peu pertinent que le repreneur se voie imposer la poursuite de l'ensemble, y-compris de ceux qui ont pu contribuer à l'apparition des difficultés du débiteur. L'assainissement du patrimoine contractuel est nécessaire au succès de la fusion.

280. **Les catégories de contrats cessibles en vertu de l'article L. 642-7 du Code de commerce** – Plus concrètement, il est précisé à l'article précité que les contrats de location et de fourniture de biens ou services – nécessaires au maintien de l'activité – font l'objet d'une cession judiciaire. Pour autant, il faut déterminer si ces catégories de contrats sont limitatives, exclusives ou constituent la base commune à l'ensemble des cessions judiciaires. En outre, ces catégories, restrictives en apparence, recouvrent en réalité une large palette de types de contrats, qu'il convient d'identifier.

---

[397] Cass. com., 4 janv. 2005, n°02-10.886, v. aussi Cass. com., 16 oct. 1990, Bull. civ. IV, n°241 ; CA Grenoble, 26 nov. 1997, JurisData n°1997 ; CA Douai, 29 sept. 2005 : JurisData n°2005-299114.

[398] Cass. 1re civ. 4 juin 2009, *FS-P+B,* n°08-14.481.

[399] À propos de la résiliation d'un contrat préalable au plan de cession : Cass. com., 12 janv. 2016, *F-D*, n°14-21.393 et 14-22.240.

281. **La cession des contrats de location** – Par contrats de location, la jurisprudence a entendu inclure un grand nombre de contrats, tels que le bail[400], le crédit-bail[401], le bail rural[402], le bail commercial[403], la sous-location[404] et ce, indépendamment de l'*intuitus personae* attaché à ces conventions[405]. Au regard de l'appréciation large de la notion de contrats de location, il semblerait que les contrats par lesquels des personnes publiques mettent à disposition leur biens soient considérés comme tels par le juge judiciaire[406], bien que le Conseil d'État semble indiquer l'inverse[407].

282. **La cession des contrats de fourniture de biens et de services** – Selon le Professeur Pierre-Michel LE CORRE, « *la notion de contrat de fourniture de biens ou de services est particulièrement large, ce qui revient à supprimer, en grande partie, le caractère limitatif de la liste* »[408]. Une partie des juges du fond ont estimé que seuls les contrats portant sur la fourniture de biens et services exécutés au profit de l'entreprise (et non exécutés par l'entreprise pour le compte de ses clients) entraient dans le champ de l'article L. 642-7 du Code de commerce[409]. Reste que l'appréciation des juges du fond diverge et que certains ont pu estimer que les contrats conclus avec les clients de l'entreprise relevaient de l'activité ordinaire de l'entreprise et devaient donc être inclus dans le plan de

---

400 Cass. com. 17 déc. 1996, D. 1997. 387, note MONSERIE.

401 CA Paris, 11 juill. 1986, *D.* 1987. 55, note FABIANI; *Gaz. Pal.* 1988. 1. 87, note BEY; *RTD com.* 1987. 539, obs. MESTRE.

402 Cass. com., 28 avr. 1998, *Épx Cochepin c/ Mme Cochepin-Lefebvre et autres*, *RD rur.* 1998, p. 320, obs. C. PITAUD et D. ROCHARD.

403 Cass. ass. plén., 14 févr. 1975, D. 1975, jurispr. p. 349 ; RTD com. 1975, p. 472. ; Cass. 3e civ., 10 mai 1989, *Loyers et copr.*, juill. 1989, p. 11, n°336.

404 CA Paris, 24 mars 1992, RPC 1993. 98, obs. SOINNE.

405 CA Douai, 8 mars 1990: D. 1990. IR 87 ; Cass. com. 17 mars 1992, n°90-17.364.

406 CA Rennes, 3e ch. com., 2 février 2016, n°13/08324.

407 Une interprétation strict de la décision CE, 9 déc. 2017, *SEMMARIS,* n°390906 peut conduire, par analogie, à exclure les autorisations d'occupation du domaine public de l'application de l'article L. 642-7 du Code de commerce : « *compte tenu des règles spécifiques régissant la domanialité publique, les titres en vertu desquels l'occupation du domaine public est autorisée n'ont pas la nature de baux soumis à un régime de droit privé mais de contrats administratifs. Il en va notamment ainsi des contrats conclus par la Semmaris, personne morale de droit privé délégataire de service public, avec des tiers en vue d'une occupation du domaine public sur lequel elle exerce sa mission de service public […]. Il en résulte que la cour administrative d'appel n'a ni commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que le traité de concession dont était titulaire la société Malapert ne pouvait être un bail au sens de l'article L. 641-12 du Code de commerce. ».*

408 LE CORRE P.M., *Droit et pratique des procédures collectives,* Dalloz, 9ème édition, 2017-2018, pt. 582-53, p. 1743.

409 CA Bastia, ch. civ., 20 juin 2012, n°11/00984.

cession[410], et ce au nom de la « *continuité dans les « affaires en cours »*[411]. Si cette tendance se confirme, pourraient survenir plus couramment des transferts de contrats de la commande publique dont le cessionnaire est titulaire[412].

283. La structure de l'article L. 642-7 du Code de commerce semble néanmoins peu pertinente lorsque la cession concerne un fonds de commerce pris dans sa globalité[413]. Dès lors que le juge commercial fait le choix d'inclure des contrats à son plan de cession adopté par voie judiciaire, la substitution s'opère de plein droit à l'égard du cédant, du cessionnaire et du cédé[414].

284. Ainsi, malgré le flou jurisprudentiel qui entoure les catégories de contrats cessibles, c'est bien au juge judiciaire que revient le choix de la détermination des contrats transférés par le plan de cession et de préciser le contour des contrats concernés.

B) La mise en œuvre d'une procédure exorbitante

285. Ainsi que cela a précédemment été esquissé, la cession judicaire des contrats est une procédure dérogatoire du droit commun des contrats, qui relativise les principes libéraux du code civil. Elle est un témoignage de l'exorbitance commerciale[415] qui caractérise le droit des entreprises en difficulté.

286. **Le caractère contraignant de la cession judiciaire** – Conformément à l'article L. 642-7 du Code de commerce, la cession judiciaire est arrêtée par un jugement, qui détermine, dans le cadre du plan de cession de l'entreprise, les contrats qui feront l'objet de cette transmission au repreneur. Ce mécanisme est dérogatoire de la cession de droit commun, prévue à l'article 1216 du code civil, qui requiert l'accord préalable du cocontractant à peine de nullité de la cession. Pour le Professeur Jean-Jacques FRAIMOUT, « *l'entorse à la liberté contractuelle ne peut se justifier que par la*

410 CA Douai, 2ème ch., 8 février 2007, n°04/03181.

411 LIENHARD A., « *Plan de cession : transfert des contrats liés à l'activité ordinaire »,* note ss. CA Douai, 2ème ch., 8 février 2007, n°04/03181, *Dalloz* 2007, n°732.

412 Bien que rare, cette hypothèse s'est déjà produite, notamment dans la décision CAA Nancy, 26 janv. 2006, *Galand*, n°00NC01239.

413 La notion de fonds de commerce est régie par les articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce.

414 Cass. com., 6 déc. 1994, n°91-17.926.

415 La notion d' « exorbitance commerciale » sera principalement abordée dans le Chapitre 5, v. notamment p. 267 et suiv.

reconnaissance d'un intérêt supérieur, celui de l'entreprise, légitimant le sacrifice des volontés individuelles »[416]. Ce sacrifice des volontés individuelles sur l'autel des préoccupations économiques est pour autant limité au débiteur et à son cocontractant[417]. Le cessionnaire ne peut, en effet, se voir imposer un contrat qui n'était pas contenu dans l'offre de reprise[418] ; il est d'ailleurs fondé à interjeter appel lorsque le plan de cession diffère de l'offre proposée[419].

287. **L'esprit de l'article L. 642-7 du code commerce** – Comme cela a été dit, la nécessité de transférer une ou plusieurs branches d'activité saines, susceptibles de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise et le maintien de l'emploi[420] justifie cette entorse aux principes contractuels. En revanche, la cession de l'entreprise n'implique pas que l'apurement du passif doive être supporté par le repreneur[421], sauf à mettre en péril le succès de l'opération de transmission en reportant les difficultés de l'entreprise sur le cessionnaire.

288. **La relativisation certaine de l'*intuitus personae*** – La Cour de cassation a très tôt estimé que l'*intuitus personae* ne faisait pas, par principe, obstacle à la cession judiciaire des contrats[422], y-compris lorsque la conclusion de la convention était justifiée par des considérations purement personnelles[423]. Mais il existe de rares cas dans lesquels la cession judiciaire est en tout hypothèse impossible ; c'est le cas notamment en matière de contrats de franchise[424]. Ainsi, l'*intuitus personae* reconnu à l'immense majorité des conventions ne permet pas de contrebalancer les objectifs économiques poursuivis par la cession judiciaire des entreprises et contrats.

---

416 FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Cession des contrats », precit.* pt. 2.

417 Notons néanmoins qu'en vertu du premier alinéa de l'article L. 642-7 du Code de commerce, les observations des cocontractants du cédant doivent être recueillies préalablement à l'adoption du plan de cession.

418 Art. L. 642-2, II, 1° du Code de commerce.

419 Art. L. 661-6, III du Code de commerce.

420 Art. L. 631-1, al. 2 et L. 642-1 al. 1 du Code de commerce.

421 En effet, le passif afférant aux contrats cédé n'est pas transféré au repreneur, qui ne supportera que les dettes nées à compter de la date de l'acte de cession, v. Cass. com., 6 janv. 1998, n°95-15.407.

422 Cass. com., 8 déc. 1987 : Bull. civ. IV, n°266.

423 CA Paris, 22 nov. 1996, JurisData n°1996-023174.

424 La cession d'un franchiseur ne peut entraîner la cession des contrats de franchise de l'entreprise, et ce, eu égard à la spécificité de ce type de contrats : « *la franchise est un système de commercialisation de produits, de services, de technologies fondé sur une collaboration entre entreprises indépendantes dont l'une, le franchiseur concède aux autres, les franchisés en échange d'une compensation financière le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, dessins et modèles et un savoir-faire soutenu par l'apport d'une assistance commerciale et technique, en vue de la vente de produits ou de services à des utilisateurs finals »,* CA Paris, 15 déc. 1992, *Assoc. des Franchisés de la Chaîne Confortel Louisiane et Relais Confortel c/ Sociétés Confortel et Corextel*, JCP G 1994, II, 22205.

289. **La modulation de la liberté contractuelle** – Bien que la cession judiciaire des contrats soit une entorse nette aux principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté, on ne peut pas considérer que le mécanisme de l'article L. 642-7 ignore totalement le principe d'autonomie de la volonté. Si en effet, la volonté cédant n'a pas vraiment d'impact sur la procédure de cession, les débiteur sont invités à présenter leurs observations ; le cessionnaire est décisionnaire, puisque ses vœux sont matérialisés par l'offre de reprise qui doit être respectée par le juge. Il existe donc des entorses différenciées à la liberté contractuelle, selon que l'on se place du point de vue des trois acteurs de la cession de contrat. Cette gradation est donc malgré tout le signe d'une forme d'adaptation de la règle aux différents intérêts en présence.

290. La cession judiciaire des contrats est donc l'instrument exorbitant, inséré dans une procédure dérogatoire qui contribue à remplir les objectifs du droit des entreprises en difficulté.

291. **Conclusions partielles** – La rencontre du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratif conduit à la confrontation de plusieurs régimes de cession. Il s'agit d'abord du régime juridique applicable à la cession de tous les contrats administratifs, soumise à un agrément préalable par la personne publique. Il existe ensuite un régime juridique, issu du droit de l'Union européenne, applicable à l'ensemble des contrats de la commande publique, qui suppose généralement une remise en concurrence préalable. Enfin, il faudra concilier ces règles avec celles de la cession judiciaire des contrats dans le cadre de la cession d'une entreprise en difficulté, qui ne tient pas compte de l'avis du cédé. La confrontation de ces trois régimes juridiques relatifs à la cession est l'illustration de la difficulté à concilier le droit des entreprises en difficulté avec le droit public.

292. Il s'agira donc d'étudier la résolution de ce conflit de normes et la pertinence de la conciliation qui en résulte.

Section 2 : La nécessaire conciliation de principes antagoniques

293. Rarement, le droit des contrats administratifs et le droit des entreprises en difficulté se seront révélé aussi incompatibles qu'en matière de cession. Cette réalité rend difficile l'élaboration d'un régime juridique propre à la cession judiciaire des contrats administratifs dans le cadre d'une procédure collective, notamment eu égard à la multiplicité des intérêts contradictoires en présence. Pour autant, cette hypothèse se produit et se produira de manière croissante conséquemment au mouvement de contractualisation du droit public. C'est la raison pour laquelle il est devenu indispensable qu'un régime spécifique soit dégagé par les autorités normatives, pour combler un vide juridique nocif pour la prévisibilité et la stabilité du droit. Dans cette optique conciliatrice, il conviendra donc de compiler les diverses solutions textuelles et jurisprudentielles pour les analyser, les confronter (§1) et finalement s'interroger sur la pertinence de l'architecture juridique actuellement retenue (§2).

§1. Le régime de la cession judiciaire des contrats administratifs

294. La cession judiciaire des contrats administratifs est une anomalie juridique, qui contrevient tant aux principes du droit administratif que du droit des contrats. Pour autant, bien que rares, de telles hypothèses ont eu cours et ont permis de dégager des solutions jurisprudentielles plus ou moins conciliatrices, résidant dans le caractère contraignant de la cession judiciaire (A) et dans la neutralisation de l'obligation de remettre en concurrence les contrats de la commande publique (B).

A) L'impossibilité pour l'Administration contractante de refuser la cession du contrat

295. Face à l'incompatibilité du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats administratifs sur ce point, une solution a été trouvée pour répondre à la nécessité pratique de définir le droit applicable à la cession judiciaire des contrats administratifs (1), bien que son application n'ait qu'une portée partielle, voire marginale (2).

1) *La résolution d'un enjeu prégnant de la conciliation*

296. Bien qu'il soit circonstancié, le phénomène de cession judiciaire des contrats administratifs existe et a donné lieu à quelques exemples contentieux qu'il convient de synthétiser.

297. **La nécessité d'un régime stable de la cession judiciaire des contrats administratifs** – La jurisprudence administrative devait se positionner sur la cession judiciaire de contrats administratifs eu égard à la complexité de concilier efficacement deux logiques éminemment contradictoires, notamment eu égard aux positions divergentes de la doctrine[425], qu'illustre parfaitement le Professeur Pierre DELVOLVE :

> « *Des considérations contradictoires s'opposent à ce sujet : d'un côté, pour l'intérêt public, il peut importer que soit rompu un contrat dont le titulaire peut ne plus être capable d'assurer l'exécution ; de l'autre, l'intérêt des créanciers, de l'entreprise elle-même voire de l'Administration aussi, peut être de voir continuer l'exploitation d'une activité qui n'est pas compromise.* »[426]

Ainsi, il fallait répondre à un impératif de stabilité du droit pour éviter la contradiction entre les juridictions administratives sur la question de la cession des contrats. L'enjeu de la solution est également prégnant pour assurer la résilience des contrats administratifs, et notamment des contrats de la commande publique, en particulier dans les périodes de crise économique.

298. **L'impossibilité pour l'Admission contractante de s'opposer à la cession judiciaire** – La doctrine majoritaire estimait globalement que la cession judiciaire s'imposait à l'Administration :

> « *Le plan de continuation de l'entreprise est opposable à tous. A notre avis, l'Administration ne peut ni s'opposer à une résiliation prévue par le jugement, ni éventuellement à la continuation du contrat. Il parait logique qu'elle ne puisse pas s'opposer non plus aux cessions de contrats impliquées par la cession de l'entreprise, en bloc ou par départements, nonobstant les éventuelles clauses du marché* »[427].

299. Le Gouvernement a confirmé cette position à l'occasion d'une réponse ministérielle de 1998 en affirmant qu'« *un jugement arrêtant un plan de cession est opposable à tous, y compris aux cocontractants de droit public de l'entreprise faisant l'objet de la mesure de redressement judiciaire* »[428]. Le ministre affirmait ainsi, en creux, que l'acceptation de la cession par la personne publique contractante n'était pas nécessaire pour qu'il soit procédé à la cession judiciaire du contrat administratif. Cette position a

---

[425] QAG n°12644, 6 avril 1998 : « *la nécessité d'un accord du cocontractant administratif semble diviser la doctrine : les uns rappellent que le plan de cession est opposable à tous et qu'il oblige l'administration à accepter le changement de contractant ; les autres soutiennent que le contrat transmis doit être exécuté aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure et que, par conséquent, quand une autorisation administrative est nécessaire à la poursuite dudit contrat, elle doit être recherchée par le cessionnaire.* »

[426] DELVOLVE P., « *La faillite et la liquidation des entreprises (aspects de droit administratif français)* », Journée de la Société de législation comparée, *Revue internationale de droit comparé,* 1984, p. 451.

[427] ROUQUETTE R., *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2000, IV.523.3.

[428] Réponse du Ministère de l'Economie, JOAN 5 octobre 1998, à la suite d'une question écrite n°12644 du 6 avril 1998.

ensuite été confirmée par des décisions du juge administratif. Dans une décision *Galand,* la Cour administrative de Nancy rejoint la position du Gouvernement, en estimant que :

> *« Le plan de cession arrêté par le jugement du tribunal de commerce en date du 28 juillet 1995 a entraîné la cession des actifs de la société Boulanger à la Société DORMOIS et a ainsi eu pour effet de transférer le marché en cours à la Société DORMOIS ; qu'en vertu de ce plan de cession, qui est opposable à tous et notamment au maître d'ouvrage, la Société DORMOIS a nécessairement repris l'ensemble des droits et obligations résultant du marché initial sans qu'il fût besoin de conclure un avenant audit contrat ni de solliciter l'autorisation du maître d'ouvrage ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le marché repris par la Société DORMOIS serait entaché de nullité faute que cette cession ait été autorisée ou acceptée par le maître d'ouvrage doit être écarté. »*[429]

Dans ce « considérant », le juge administratif confirme non seulement que l'accord de la personne publique n'est pas requis, mais qu'aucun avenant au marché public n'est nécessaire. Le plan de cession est à la fois contraignant et suffisant.

300. Pour autant, tous les contrats administratifs ne semblent pas, en vertu de la jurisprudence, soumis au même régime. En effet, certains d'entre eux, qui incluent ou ont pour objet une autorisation – notamment celle d'occuper le domaine public –, ne sont pas conçus comme de simples contrats. Ils sont conçus comme un support contractuel à une habilitation unilatérale. C'est probablement la raison pour laquelle dans une décision *Département de l'Yonne*, le Conseil d'État a pu considérer que l'autorisation de la cession était requise :

> *« S'il résulte de l'article L. 621-65 du Code de commerce que le jugement qui arrête le plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire en rend les dispositions « opposables à tous », ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de faire obstacle à ce que l'autorité administrative compétente exerce sur la demande d'autorisation de transfert qui lui est présentée par le cessionnaire le contrôle prévu par les dispositions de l'article L. 313-1 du Code de l'action sociale et des familles. »*[430]

301. Selon Franck LEPRON et Maxime MOLKHOU, la portée de cette décision « *doit être relativisée* » à deux titres, en ce que l'objet de la cession était une autorisation et non pas un contrat et en ce que

[429] CAA Nancy, 26 janvier 2006, *Galand*, n°00NC01239 ; LLORENS F., « *Transfert du marché en cas de plan de cession de l'entreprise titulaire : une autorisation du maître de l'ouvrage et la conclusion d'un avenant ne sont pas nécessaires »*, *CMP* 2006, n°138 ; MODERNE F., « *Sur la mise en jeu d'une responsabilité extra-contractuelle spécifique des constructeurs en droit public », RDI* 2007 p. 175, n°16.

[430] CE, 1/6 SSR, 13/07/2007, *Département de l'Yonne,* n°294099 ; MONTECLER (de) M.-C., « *Le transfert de l'autorisation administrative face à la décision du juge judiciaire »*, *Dalloz actualité*, 25 juillet 2007 ; RIHAL H., « *Clarification du régime de la cession des établissements sociaux et médico-sociaux »*, *AJDA* 2008, p. 257.

le régime de la cession de ces autorisations d'exploiter un EHPAD est régie par un article spécifique du Code de l'action sociale et des familles[431]. Selon ces mêmes auteurs :

> « *C'est d'ailleurs précisément pour faire face, en amont, à ce type de situations et de risques pour le maintien de l'activité […] que la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 a introduit une nouvelle procédure de consultation au sein du Code de commerce, prévoyant que pour certains types d'autorisations, l'auteur de l'offre de reprise devait consulter "l'autorité administrative ou l'autorité de contrôle et de tarification. /Or, le législateur n'a pas intégré à cette liste les contrats passés en application du Code des marchés publics, ce qui tend à confirmer que l'agrément de la personne publique n'est pas nécessairement requis en cas de cession judiciaire d'un de ses marchés publics, sauf lorsqu'un texte particulier en dispose autrement.* »[432]

Une décision laconique de la Cour administrative de Marseille[433] rendue à propos d'une autorisation unilatérale et critiquée pour son imprécision par le Professeur Norbert FOULQUIER[434], comme une décision du Conseil d'État, *Sarl Safran Édouard Herriot*[435], semblent rejoindre la décision *Département de l'Yonne* en imposant un agrément du gestionnaire du domaine public. Une confirmation de cette position est encore attendue, mais les rares décisions rendues sur ce thème laissent penser que l'agrément de la personne publique est requis lorsqu'une autorisation est incluse dans la convention cédée.

302. **Les limites à la transmission du patrimoine contractuel** – Les juridictions administratives ont par ailleurs précisé les modalités de la transmission du contrat en vertu du jugement du Tribunal de la procédure. La cession judiciaire des contrats est exécutée dans les termes arrêtés par le plan de cession de l'entreprise adopté par le juge. Dans une décision *Centre hospitalier Paul Guiraud Villejuif*, la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé que la cession de l'actif d'une entreprise ne pouvait entraîner la prise en charge du passif par le repreneur, notamment par le biais de la responsabilité contractuelle[436]. Selon Vincent HAÏM, dans son commentaire de cette décision, il faut voir dans cette solution une application de la jurisprudence de la Cour de

---

[431] LEPRON F., MOLKHOU M., *Marchés publics et procédures collectives*, *precit.,* p. 23.

[432] LEPRON F., MOLKHOU M., *precit,* cit. Code de commerce, art. L. 626-2-1 et L. 641-4-1, à propos de l'obligation de consultation de l'autorité administrative gestionnaire ; CGPPP, L. 1331-3-1°, à propos des textes spécifiques qui imposent l'autorisation de l'Administration préalablement à la cession.

[433] CAA Marseille, 3 juill. 2020, *Préfet du Var*, n°18MA03020.

[434] FOULQUIER N., « *Entreprises en difficulté et cessibilité des titres domaniaux* », *RDI* 2020, p. 536.

[435] CE, 25 sept. 2013, *Sarl Safran Édouard Herriot*, n°348587.

[436] CAA Paris, 27 sept. 2001, *Centre hospitalier Paul Guiraud Villejuif*, n°99PA03166.

cassation. En effet, outre l'application stricte du jugement portant cession des contrats, les dommages préalables à la cession, occasionnés par le cédant, ne sont pas imputables au cessionnaire :

> *« S'il n'en est autrement décidé par le jugement arrêtant un plan de cession, le transfert des biens et droits compris dans ce plan s'opère à la date de passation des actes nécessaires à la réalisation de la cession (Cass. com., 6 janv. 1993, Ferrera et a. c/Fabre, es qualités d'administrateur judiciaire du CGCAH et a., n°91-40.308 : Bull civ. IV, n°30 ; D. 1993, jurispr. p. 205, F.-D. ; Petites affiches, 1993 n°40, p. 14, F. Derrida). Par voie de conséquence c'est également à cette date que prennent effet les modifications qui en résultent dans les situations juridiques (Cass. com., 6 janv. 1993, Ferrera et a. c/Fabre, es qualités d'administrateur judiciaire du CGCAH et a., préc.). Ainsi, en cas de cession de contrats, le cessionnaire n'est tenu, en principe, que par les créances correspondant à la période de jouissance postérieure à la date de la cession (Cass. com., 6 janv. 1998, Sté européenne d'impression c/Cecico location : Bull. civ. IV, n°7 ; JCP G 1998, IV, p. 1380). »*[437]

303. Ainsi, toute cession judiciaire, nonobstant l'imprécision du plan de cession, est nécessairement partielle, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, appliquée par les juridictions administratives. Le code de commerce est d'ailleurs appliqué par le Conseil d'État sur cette question, notamment dans une décision *Commune de Molsheim* :

> *« En vertu des dispositions, alors applicables, de l'article L. 621-63 du Code de commerce, depuis transférées à l'article L. 622-3 du même code, les personnes qui exécutent le plan de continuation ou de cession d'une entreprise en redressement judiciaire "ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation". Il résulte de ces dispositions qu'en cas de cession judiciaire d'une telle entreprise, le cessionnaire dont l'offre, reprise dans le plan de cession approuvé par le tribunal, ne porte que sur les actifs de la société cédée, à l'exclusion du passif, n'est pas tenu par les obligations du cédant antérieures à la reprise, ce dernier n'étant pas déchargé des obligations contractuelles afférentes à sa propre gestion. Ces règles s'appliquent aux obligations découlant de marchés publics. »*[438]

---

[437] HAÏM V., « *Le cessionnaire du titulaire n'est tenu que dans les limites de la cession prononcée par le tribunal de commerce* », *CMP* 2002, comm. 12.

[438] CE, 7/2 SSR, 29 sept. 2010, *Commune de Molsheim,* n°332567 ; concl. BOULOUIS N., « *En cas de cession judiciaire de l'entreprise titulaire d'un marché public, à quelles obligations antérieures à la reprise est tenu le cessionnaire », BJCP* nov. - déc. 2010, p. 73 ; GRAND R., « *Engagements contractuels et cession d'une entreprise en redressement judiciaire* », *AJDA* 2010, p. 1854 ; ZIMMER W., « *Conséquences d'une cession d'une entreprise en redressement judiciaire sur la responsabilité des constructeurs* », *CMP* n°12, déc. 2010, comm. 408.

Il en ressort, sur la base du Code de commerce et de la jurisprudence de la Cour de cassation, que le Conseil d'État a précisé les modalités de cession judiciaire des contrats administratifs en circonscrivant la transmission de ces conventions au contenu du plan adopté par le Tribunal de la procédure et aux obligations postérieures à la reprise.

304. Néanmoins, la Cour administrative d'appel de Nancy a estimé dans une décision *Sté Sibéo Ingéniérie*[439] qu'un cessionnaire qui avait signé avec la personne publique un avenant par lequel il s'engageait à se substituer purement et simplement au titulaire initial est tenu à l'éventuel passif provoqué par le cédant, y-compris si cela n'avait pas été prévu par le plan de cession. Selon le Professeur Etienne MULLER, « *l'arrêt apporte en outre deux précisions à cet égard. D'une part, il est indifférent que ledit marché ne figure pas dans la liste, annexée au jugement du tribunal de commerce, des contrats en cours que le cessionnaire entend poursuivre. D'autre part, est également sans influence sur les effets de cette substitution la circonstance qu'elle soit intervenue postérieurement à la réception des travaux.* »[440]

305. Ce régime de la transmission par voie judiciaire des contrats administratifs est une application quasi-parfaite du droit des entreprises en difficulté, par dérogation au droit commun de la cession des contrats administratifs, synthétisé dans l'avis du 8 juin 2000[441].

2) *Une primauté partielle du droit des entreprises en difficulté*

306. La cession judiciaire des contrats administratifs est essentiellement régie par le droit des entreprises en difficulté ; le caractère administratif de la convention importe peu dès lors qu'il s'agit de répondre aux objectifs du livre VI du code de commerce. Mais si le mécanisme de l'article L. 642-7 du Code de commerce est utilisé y-compris par les juridictions administratives, il n'en demeure pas moins que son application est faite avec parcimonie.

307. **Des limites intrinsèques à l'article L. 642-7 du Code de commerce pour la cession des contrats de la commande publique –** Ainsi que cela a été abordé dans les précédents développements, l'article L. 642-7 n'a pas pour vocation de s'appliquer aux contrats de l'entreprise en difficulté avec sa clientèle – soit-elle composée de personnes morales de droit public. En effet, selon le Professeur Pierre-Michel LE CORRE, « *le contrat de fourniture doit être compris comme celui*

[439] CAA Nancy, 18 juin 2019, *Sté Sibéo Ingéniérie*, n°18NC02354.

[440] MULLER E., « *Responsabilité du cessionnaire de l'entreprise titulaire du marché* », *CMP* n°10, oct. 2019, comm. 313.

[441] CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie,* n°364 803, III, *precit.*

exécuté au profit du débiteur, non celui exécuté au profit de ses clients »[442]. Partant, les contrats de la commande publique ne devraient pas, si l'on suit ce principe, faire l'objet d'une cession judiciaire ; cette hypothèse semble donc être une anomalie à plusieurs titres, c'est-à-dire tant au regard du droit des marchés publics et concessions qu'au regard de l'article précité du Code de commerce. Ce raisonnement doit être tempéré à trois titres. En premier lieu, le juge commercial tient nécessairement compte de l'offre formulée par le repreneur, qui peut inclure les contrats engagés avec la clientèle. L'article L. 642-2 du Code de commerce énonce parfaitement la valeur accordée à l'offre de reprise et c'est la raison pour laquelle le juge judiciaire est en principe tenu de la respecter. Ainsi, il semblerait que certaines offres de reprise incluent de nombreux éléments voire la totalité du fonds de commerce de l'entreprise en difficulté et partant, les contrats avec la clientèle. En deuxième lieu, la cession judiciaire a pour objectif de transmettre à un repreneur une ou plusieurs branches d'activité viables[443]. C'est la raison pour laquelle un démembrement du fonds de commerce est souvent peu pertinent et reviendrait à porter atteinte au succès de l'opération de transfert et qu'en réalité, il faut peut-être considérer que la liste de l'article L. 642-7 du Code de commerce n'est pas limitative, et qu'elle constitue peut-être le strict minimum nécessaire pour parvenir au succès de la reprise. En troisième et dernier lieu, force est de constater que dans le faits, il existe des cas dans lesquels les contrats de l'entreprise avec la clientèle ont été intégrés à la cession judiciaire, comme c'est le cas dans les faits de la décision *Galand*[444], ce qui relativise encore le caractère restrictif de l'article L. 642-7.

308. Faute d'une clarification suffisante par la jurisprudence de la Cour de cassation, il faut considérer que si l'hypothèse d'un contrat avec la clientèle est dérogatoire du droit commun des entreprises en difficulté, elle est pour autant bien réelle et a des conséquences lorsqu'il s'agit de transférer un contrat de la commande publique.

309. **Un encadrement spécifique de la cession des contrats d'occupation du domaine public –** Ainsi que cela a été précédemment évoqué, les contrats d'occupation du domaine public sont des supports contractuels à une autorisation. Par conséquent, leur transmission ne peut, malgré le caractère impérieux du droit de la cession, être accordée sans l'aval préalable de l'administration[445],

[442] LE CORRE P.M., *Droit et pratique des procédures collectives,* Dalloz, 9ème édition, 2017-2018, n°582-53, p. 1743.

[443] Art. L. 642-1 al. 2 du Code de commerce.

[444] CAA Nancy, 26 janvier 2006, *Galand*, n°00NC01239, *precit. :* « *un jugement dudit tribunal en date du 28 juillet 1995 a arrêté un plan de cession des actifs de l'entreprise à la Société DORMOIS, laquelle a repris les contrats en cours et en particulier le marché de travaux susmentionné.* »

[445] CE, 1/6 SSR, 13 juill. 2007, *Département de l'Yonne,* n°294099, *precit.*

a fortiori si l'occupation privative est assortie de droits réels. C'est ainsi que, contrairement à ce que l'on pourrait spontanément envisager, il existe une différence de traitement entre le bail et la convention d'occupation du domaine public ; la notion de baux de l'article L. 642-7 du Code de commerce n'est pas extensive, ou du moins ne s'étend pas aux contrats de droit administratif qui ont un objet approchant. C'est ce qu'énonce clairement une décision *SEMMARIS*, qui affirme que « *compte tenu des règles spécifiques régissant la domanialité publique, les titres en vertu desquels l'occupation du domaine public est autorisée n'ont pas la nature de baux soumis à un régime de droit privé mais de contrats administratifs* […, ainsi] *le traité de concession dont était titulaire la société Malapert ne pouvait être un bail au sens de l'article L. 641-12 du Code de commerce.* »[446]. Par analogie et avec l'appui de la décision *Département de l'Yonne* précitée, on peut considérer que les conventions d'occupation du domaine public échappent aux règles de la cession judicaire des contrats. S'appliquerait alors le régime classique de la cession des contrats administratifs, issu de l'avis du 8 juin 2000[447].

310. **Le maintien de moyens d'opposition à la réalisation de la cession judiciaire pour l'Administration** – Dans sa réponse du 5 octobre 1998, le Ministre interrogé affirmait que, malgré le caractère contraignant de la cession judiciaire du contrat administratif, la personne publique contractante conserve des moyens d'action contre la cession judiciaire qui lui est imposée par le juge commercial :

> *« Dès lors qu'il apparaîtrait que le repreneur n'entend pas poursuivre l'exécution dans les conditions du marché initial ou n'en aurait pas les capacités, il appartiendra à l'administration de mettre en œuvre les mesures prévues au contrat initial. Il doit être également mentionné la possibilité pour tout cocontractant d'interjeter appel de la partie du plan de cession le concernant. »*[448]

311. Cette réponse ministérielle mentionne donc deux mécanismes permettant de manifester l'opposition de l'Administration à la cession, c'est-à-dire la mise en œuvre de mesures prévues par le contrat en cas d'incapacité du cessionnaire[449] et l'appel à l'encontre du jugement adoptant le plan de cession.

312. **Le maintien du pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt du service** – Pour le

[446] CE, 8 déc. 2017, *SEMMARIS,* n°390906 ; PIETRI J.-P., *CMP*. 2018, comm. 48 ; TESSON F., « *Occupation du domaine public et Code de commerce », JCP A* 2017, act. 837 ; PETIT F., « *Le contrat de concession d'un emplacement du domaine public n'a pas la nature d'un bail d'immeuble utilisé pour l'activité de l'entreprise* », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* 2018, alerte 22.

[447] CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie,* n°364 803, III, *precit.*

[448] Réponse du Ministère de l'Economie, JOAN 5 octobre 1998, à la suite d'une question écrite n°12644 du 6 avril 1998.

[449] L'on peut supposer que le Ministre fait ici référence au pouvoir de résiliation unilatérale.

Professeur Rozen NOGUELLOU, le premier mécanisme reviendrait à donner à l'Administration un « *droit de véto* » sur le cessionnaire. « *Les clauses de résiliation de plein droit peuvent-elle l'emporter sur les dispositions de la loi* ? »[450], se demande-t-elle dans sa thèse, citant finalement Messieurs CHARLES et DERRIDA pour identifier des éléments de réponse :

> *« Au point de vue juridique, l'application de la clause de résiliation au mépris de l'option du syndic se heurte aux objections les plus graves… A cet argument de texte, s'ajoutent les raisons même qui ont conduit la Cour de cassation à écarter la clause de résolution ou de résiliation : le maintien du contrat commande le plus souvent la survie de l'entreprise ; cette survie ne doit pas être laissée à la merci du cocontractant, celui-ci serait-il une collectivité publique ; le syndic doit exercer son option en toute liberté afin de préserver le sort de l'entreprise, qu'il est sans doute le mieux à même, après le jugement ouvrant la procédure collective, de connaître tous ses éléments ; si importants que soient les intérêts de la collectivité publique, ils ne sauraient l'emporter sur ceux de l'entreprise, dès lors qu'ils peuvent eux-mêmes être réservés. / En effet, il ne faut pas oublier, lorsque, malgré la clause de résiliation, le syndic opte pour la continuation d'un contrat administratif, c'est la situation résultant de ce contrat qui subsiste ; en d'autres termes, la collectivité publique obtient ce qui avait été convenu, tout en conservant ses prérogatives habituelles ; elle pourra donc user de sa faculté de résiliation unilatérale qui lui appartient dans tout contrat administratif, sauf évidemment à indemniser son cocontractant selon les règles habituelles. »*[451]

313. Dans une décision *Société industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment,* appliquée à une situation différente, la résiliation unilatérale, prévue – comme souvent en droit de la commande publique – dans le cahier de clauses administratives générales a été admise par le Conseil d'État, nonobstant la mise en œuvre de la procédure collective[452]. Le Professeur Rozen NOGUELLOU estime dans sa thèse précitée que cette jurisprudence s'appliquerait, par analogie, à la cession judiciaire des contrats administratifs et que partant, l'Administration conserverait son pouvoir de résiliation dans l'intérêt du service, nonobstant la lettre comme l'esprit de l'article L. 642-7 du code de commerce. Cette opinion doctrinale est partagée par le Professeur François BRENET, qui affirme lui aussi que la personne publique contractrante « *peut, comme dans tout contrat administratif, en prononcer la résiliation unilatérale dans l'intérêt du service, lorsqu'il lui apparaît que le cessionnaire n'est pas*

[450] NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris 2, droit public, dir. Pr. GAUDEMET Y., 2002, tome I, p. 127-128.

[451] CHARLES H., DERRIDA F., « *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* », *Dalloz* 1977, p. 29.

[452] CE, 20 juillet 1988, *Société industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment*, n°48036 ; v. TERNEYRE Ph., note *Dalloz* 1989, comm. 221.

en mesure d'exécuter convenablement les termes du contrat. »[453] [454]

314. **La faculté pour l'Administration contractante d'interjeter appel du jugement d'adoption du plan de cession –** En outre, la réponse ministérielle précitée confirme, conformément aux dispositions du Code de commerce, que la personne publique cédée, comme tout cocontractant, a la possibilité d'interjeter appel « *de la partie du jugement qui emporte cession du contrat. »*[455] C'est dans le cadre de cet appel que la personne publique pourra, le cas échéant, faire valoir son opposition, qui découlera soit de l'*intuitus personae* attaché à la personne du cédant, soit de l'incapacité du cessionnaire à exécuter la convention. Cette voie de droit judiciaire semble bien plus avantageuse pour la personne publique, en ce qu'elle lui permettra éventuellement d'obtenir gain de cause et d'éviter le versement d'une indemnisation au cessionnaire de l'entreprise contractante en difficulté.

315. Il résulte de ces développements que malgré l'apparente indifférence du régime de la cession judiciaire des contrats administratifs à l'égard des intérêts de la personne publique, ce mécanisme est intrinsèquement comme extrinsèquement limité et permet, malgré tout et même marginalement à l'intérêt général d'être pris en compte. Outre les problématiques propres au droit public interne, la question de l'encadrement européen des conditions d'attribution et de transmission des contrats de la commande publique pose question au regard de l'application du droit des entreprises en difficulté.

---

[453] BRENET F., MESLIN-LIERE S., « *Cession de contrat* », *JCL Administratif*, fasc. 780, Lexis Nexis, mai 2019, n°31.

[454] Notons au demeurant que cette résiliation unilatérale est effectuée dans l'intérêt général et suppose donc le versement d'une indemnité substantielle au repreneur, ainsi que le confirme le Conseil d'État dans sa décision CE, 2 / 6 SSR, 31 juill.1996, *Société des téléphériques du Mont Blanc,* n°126594 : « *Il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice. La cession de 74 % des actions de la société titulaire d'une concession de remontées mécaniques attribuée par une commune à une société d'économie mixte contrôlée par une commune limitrophe autorisait la commune concédante, à cause des risques de conflits d'intérêt qu'elle entraînait, à regarder son co-contractant comme ne présentant plus les garanties au vu desquelles la concession lui avait été attribuée, et, pour ce motif d'intérêt général, à prononcer la résiliation de cette concession. […] En revanche, que c'est en méconnaissance des règles relatives aux concessions, qu'après avoir relevé que cette cession d'actions n'avait pas à être soumise à la commune concédante et n'était pas constitutive d'une faute de la société concessionnaire, la cour administrative d'appel a, sans déduire cette solution d'une stipulation contractuelle expresse en ce sens, limité le droit à indemnité de cette dernière à la seule valeur des actifs que ladite société devait céder à la commune ; que, dès lors, la société des téléphériques du massif du Mont-Blanc est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il limite à la seule valeur des actifs le droit à indemnité de la société des téléphériques du massif du Mont-Blanc à la suite de la résiliation de la concession du secteur de Bellevue. ».*

[455] Art. L. 661-6 du Code de commerce.

B) L'absence dérogatoire de remise en concurrence des contrats de la commande publique

316. La question de la cession des contrats de la commande publique en cours d'exécution est traitée par le droit de le droit de l'Union Européenne. La question de la cession judiciaire des contrats y est abordée, bien mieux encadrée, grâce notamment à l'adaptation des règles de mise en concurrence. Cela permet d'assurer une meilleure articulation des règles de la commande publique avec le droit des entreprises en difficulté (1), en prenant effectivement en compte les impératifs de ce dernier (2).

1) *La résolution d'un enjeu majeur de la conciliation*

317. L'adaptation des règles de la concurrence européenne à la cession est un point de crispation significatif. Comme l'affirme Nil SYMCHOWICZ, « *cession et mise en concurrence sont ainsi totalement incompatibles [… ;] l'incompatibilité […] est structurelle. Affirmer la nécessité de la première revient purement et simplement à interdire la seconde.* »[456] Pour les Professeurs Jean-Claude RICCI et Frédéric LOMBARD, qui citent également cette phrase, l'application absolue des principes de transparence, de liberté et d'égalité d'accès à la commande publique « *aboutirait à interdire purement et simplement la cession de la plupart des contrats publics, empêchant ainsi le jeu d'une caractéristique essentielle de l'obligation, à savoir sa circulation* »[457]. Ces principes rigoureux nécessitaient donc de faire l'objet d'une adaptation pour répondre aux enjeux propres à la cession judiciaire.

318. **Une dérogation à la remise en concurrence des contrats de la commande publique transférés en vertu d'une cession judiciaire –** Comme cela a été évoqué[458], la jurisprudence *Pressetext*[459] puis les directives de 2014[460] concernant les contrats de la commande publique ont fortement résorbé les possibilités de cession des contrats de la commande publique sans remise en concurrence. Néanmoins, l'on trouve dans les textes européens et notamment à l'article 72 de la directive sur la passation des marchés publics une exception couvrant certainement la cession judiciaire des entreprises en difficulté :

---

456 SYMCHOWICZ N., « *Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions* », *AJDA* 2000, p. 106.

457 RICCI J.-C., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations*, Sirey, éd. 2018, n°943, p. 492.

458 v. Section 1, §1, B).

459 CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur Gmbh,* aff. C-454/06, *precit.*

460 Directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession ; Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics ; Directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *precit.*

> *« 1. Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants: […] d/ lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché : […] ii) à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive. »*

319. Le Code de la commande publique reprend de manière lacunaire cette dérogation à la mise en concurrence en ses articles L. 2194-1, R. 2194-6 (marchés publics) et L. 3135-1, R. 3135-6 (concessions) en prévoyant que :

> *« Un marché* [ou une concession] *peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : […] /4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché* [ou de la concession].*»*[461]

> *« Le marché* [ou la concession] *peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants : […] /2° Dans le cas d'une cession du marché* [ou de la concession]*,* ***à la suite d'une opération de restructuration*** *du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché [ou de la concession] initial. »*[462]

320. On ne peut que constater l'imprécision de la notion d' « *opération de restructuration du titulaire initial* » et il convient pour interpréter cet article, de se référer aux directives précitées, qui précisent les procédures concernées, qui sont notamment les procédures « *de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité* »[463]. La cession d'un contrat de la commande publique résultant d'une procédure d'insolvabilité telle que le redressement ou la liquidation judiciaire entre donc dans ce cadre et permet le transfert de la convention sans remise en concurrence préalable. C'est ce qu'a récemment confirmé la Cour de justice de l'Union européenne dans une décision *Advania*

[461] Art. L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique.

[462] Art. R. 2194-6 et R. 3135-6 du Code de la commande publique.

[463] Art. 72 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics *precit.*

Sverige[464].

321. **Le maintien d'un contrôle des conditions de participation au contrat de la commande publique –** En revanche, les articles R. 2194-6 et R. 3135-6 du Code de la commande publique, précités, prévoient que « *le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché [ou de la concession] initial* ». Il faut donc comprendre que le contrôle de la recevabilité du cessionnaire devra être effectué par l'acheteur, conformément aux articles L. 2141-1 et suivants du Code de commerce et que les pièces prévues aux articles R. 2143-3 et suivant devront être produites. C'est donc à cette seule condition que la cession judiciaire du contrat sera effectuée. L'ajout de ce contrôle de la recevabilité du cessionnaire tempère le caractère automatique de la cession judiciaire des contrats de la commande publique, en ce qu'il est soumis à une procédure préalable.

322. La traitement juridique de la transmission des contrats de la commande publique dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité permet donc de constater que malgré le caractère impérieux des principes de transparence, de liberté et d'égalité d'accès, sont pris en compte les impératifs du droit des entreprises en difficulté.

2) *Une prise en compte aboutie du droit des entreprises en difficulté*

323. En droit de la commande publique, la réforme récente, plus aboutie que dans d'autres domaines, a pour vertu d'avoir pris en compte, y-compris dans un corpus législatif et réglementaire de droit public, la problématique propre au droit des entreprises en difficulté. La dispense de remise en concurrence en cas de changement de titulaire du fait de l'insolvabilité témoigne sans nul doute d'une atténuation de la frontière aberrante qui existait entre le droit public économique et le droit commercial. Il faut donc saluer l'effort du législateur en la matière, et ce, à deux titres principalement.

324. **Le caractère désormais – essentiellement – législatif du droit de la commande publique** – Alors que le code des marchés publics, abrogé en 2016, était purement réglementaire, le code de la commande publique contient une partie législative. Ainsi, alors que le droit des entreprises en difficulté, de nature législative, primait autrefois sur le droit des marchés publics – de nature

[464] CJUE, 3 févr. 2022, *Advania Sverige et Kammarkollegiet contre Dustin Sverige AB*, n°C-461/20, pt. 38 : « *la directive 2014/24 doit être interprété*[e] *en ce sens qu'un opérateur économique qui, à la suite de la mise en faillite du contractant initial ayant abouti à la liquidation de celui-ci, n'a repris que les droits et les obligations de ce dernier découlant d'un accord-cadre conclu avec un pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant succédé à titre partiel à ce contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, au sens de cette disposition* ».

réglementaire –, les deux corpus doivent aujourd'hui se concilier et se prendre en compte réciproquement. C'est d'ailleurs le raisonnement suivi par le Professeur Gregory KALFLECHE :

> « *Le droit des marchés publics étant réglementaire jusqu'en 2015, les dispositions législatives du Code de commerce (C. com., art. L. 642-7) primaient, sauf dispositions législatives spéciales en matière domaniale (CGCT, art. L. 1311-3). Aujourd'hui, la question des cessions de contrat est fondée sur des articles législatifs (CCP, art. L. 2194-1 ; CCP, art. L. 3135-1, précisés aux art. CCP, art. R. 2194-6 et CCP, art. R. 3135-6).* »[465]

325. Pour autant, l'interprétation retenue par le Professeur Gregory KALFLECHE de ces articles, qui consiste à affirmer que la modification du contrat serait nécessairement soumise à autorisation de la personne publique, est discutable. En effet, le droit européen de la commande publique prend en compte l'insolvabilité et partant, invite les juges et autorités normatives des États membres à adapter ces dispositions aux spécificités du droit des entreprises en difficulté. Il semblerait donc peu probable que le juge administratif mésinterprète la conciliation qu'ont entendu mener les législateurs national et de l'Union Européenne. Le droit de la cession des contrats de la commande publique et le droit de la cession judiciaire des contrats peuvent et doivent s'articuler au mieux, quitte à ce que l'accord de la personne publique ne soit pas requis.

326. **La maintien d'une protection des impératifs de l'acheteur public** – L'intégration de préoccupations propres au droit des entreprises en difficulté ne doit pas occulter l'intérêt général qui s'attache aux règles de la commande publique et à la bonne exécution des conventions qui en relèvent. C'est en cela que le maintien d'un contrôle minimal des conditions de participation des entreprises cessionnaires semble être un compromis acceptable entre la nécessité de donner toutes ses chances au repreneur et le besoin de garantir la bonne exécution des prestations contractuelles. En tout état de cause, l'acheteur conserve, en vertu de l'article L. 6, 5° du code de la commande publique, son pouvoir de résiliation unilatérale, y-compris dans l'intérêt général, si le cessionnaire est dans l'incapacité de remplir ses obligations.

327. Ainsi, l'articulation du droit de la cession judiciaire avec le droit des contrats administratifs est pour l'essentiel possible, à condition d'accepter des entorses réciproques et de prendre en compte la globalité des préoccupations propres à chacun de ces deux corpus juridiques. Pour autant, il faut s'interroger sur la performance de ce régime, en s'intéressant aux implications potentielles de

[465] KALFLECHE G., « *Entreprises en difficulté et contrats administratifs* », dossier « *Contrat(s) et entreprises en difficulté* », Toulouse, 12 octobre 2018 ", *BJE,* 2019, n°116, page 63.

la cession judiciaire des contrats administratifs.

§2. L'appréciation de la justesse de la conciliation

328. S'interroger sur la pertinence de l'articulation du droit de la cession des contrats administratifs avec la cession judiciaire des entreprises en difficulté est nécessaire pour envisager les pistes d'amélioration. Il faut pour cela être conscient de la difficulté d'envisager l'immensité des problèmes juridiques à résoudre (A) pour finalement constater la carence du régime de la cession judiciaire des contrats administratifs (B).

A) Illustration de la complexité des enjeux de la conciliation

329. Si les précédents développements permettaient par eux-mêmes d'entrevoir la difficulté du processus de conciliation du droit de la cession judiciaire avec le régime de la cession des contrats administratifs, eu égard notamment à l'opposition radicale des principes et objectifs poursuivis, d'autres problèmes juridiques ajoutent encore à la complexité. En effet, en droit de la commande publique, la question la cession d'un donneur d'ordre (1) ou encore du co-traitant d'un groupement d'opérateurs économiques (2) renforcent l'embarras quant à la recherche d'un régime médian.

1) *La situation du sous-traitant en cas de cession judiciaire du donneur d'ordre*

330. **Sous-traitance – généralités** – L'article 1er de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 définit la sous-traitance comme *« l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ». Ce mécanisme ajoute donc une chaîne contractuelle à un contrat de la commande publique, en ce qu'à la relation liant l'Administration au titulaire, s'ajoute la délégation d'une partie des prestations à une tierce entreprise. La Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie présente l'opération de la manière suivante :

> *« Le recours à la sous-traitance implique une relation triangulaire entre l'acheteur, le titulaire du marché public et le sous-traitant. Cette relation repose sur l'existence de deux contrats distincts : /- un marché public présentant les caractéristiques d'un contrat d'entreprise conclu entre l'acheteur et le titulaire, qui peut être de droit administratif ou non /- un contrat, généralement de droit*

privé, qualifié de contrat de sous-traitance ou de "sous-traité", conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant. »[466]

Le caractère triangulaire de la relation contractuelle est en revanche discutable. En effet, l'acheteur n'est pas contractuellement lié avec le sous-traitant, et ce même si le sous-traitant a été agréé par l'acheteur[467] et bien qu'il existe la possibilité pour le sous-traitant de bénéficier d'un paiement direct par l'Administration[468]. Le Professeur Hélène HOEPFFNER l'explique parfaitement, en estimant que « *la sous-traitance ne modifie pas le contrat initial. Elle a pour effet d'associer un tiers à l'exécution du contrat initial : le titulaire originaire lui fait exécuter certaines de ses obligations, tout en restant partie au contrat* »[469]. Partant, et sous réserve que le donneur d'ordre ne soit pas une personne publique[470], le contrat de sous-traitance est un contrat de droit privé, qui se situe donc hors du champ de la présente étude – quoique la procédure collective du sous-traitant puisse perturber l'exécution du contrat administratif[471]. En revanche, il faudra déterminer ce qu'il advient du sous-traitant en cas de cession judiciaire du titulaire du contrat de la commande publique.

331. **Les enjeux de la cession judiciaire du donneur d'ordre –** La substitution par voie judiciaire du donneur d'ordre vient perturber le cœur de la chaîne contractuelle de l'opération de sous-traitance. En effet, le maillon central de la relation contractuelle, à savoir le titulaire, est l'unique intermédiaire entre la personne publique et le sous-traitant, l'unique garant, au yeux de l'Administration, de l'exécution des prestations contractuelles. La question de l'automaticité de la poursuite du contrat de sous-traitance en cas de cession se pose alors, en ce qu'elle devrait permettre de rassembler l'ensemble des compétences nécessaires à la réalisation du contrat. Mais il est également possible que le repreneur soit dirigeant d'un groupe d'entreprises qui dispose des compétences requises en interne et ne souhaite donc pas la poursuite d'un contrat de sous-traitance avec une tierce personne. Il s'agira alors de s'interroger sur la poursuite d'un contrat

[466] Fiche DAJ, min. économie, *La sous-traitance,* MAJ 1er avr. 2019.

[467] CE, 27 janvier 1989, *Société SOPREMA*, n°80975.

[468] Art. L.2193-11 du Code de la commande publique.

[469] HOEPFFNER H., « *La modification des contrats* », *RFDA* 2016, p. 280.

[470] Art. L. 6 du Code de la commande publique.

[471] Le droit de l'Union européenne porte néanmoins un intérêt particulier à la substitution d'un sous-traitant, en considérant que, dans certaines conditions – notamment lorsque le contrat de sous-traitance avait été présenté dès la phase de passation-, ce changement peut être considéré comme substantiel par rapport aux conditions initiales de mise en concurrence ; CJCE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08. Il doit toutefois être rappelé qu'en droit de la commande publique, s'applique le principe d'exécution personnelle et que la sous-traitance n'est qu'une dérogation à cette règle. C'est la raison pour laquelle le Code de la commande publique rappelle en son article L. 2193-3 que « *l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire* ». La procédure collective ou la cession judiciaire du sous-traitant n'est pas susceptible, du moins théoriquement, d'empêcher le titulaire de réaliser les prestations dont il est titulaire en vertu du contrat.

d'entreprise de droit privé, à la suite d'une cession judiciaire, question qui devrait essentiellement reposer sur l'application pure des dispositions du Code de commerce.

332. **Le régime juridique de la cession judiciaire d'un donneur d'ordre –** Une instruction de la Direction générale des Finances publiques répond à un premier problème juridique : le devenir du contrat de sous-traitance pendant la période d'observation, voire un plan de redressement :

> *« Il est rappelé que l'ouverture d'une procédure collective n'a pas d'incidence sur le droit à paiement direct des sous-traitants déclarés et agréés, en vertu de l'article 6 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance. : "Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître d'ouvrage, est payé directement par lui pour la part de marché dont il assure l'exécution (…). Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites". Il est à noter toutefois que cette solution ne vaut que pour les prestations effectuées par le sous-traitant avant la liquidation judiciaire qui entraîne la résiliation du marché. En effet, une fois la liquidation judiciaire intervenue et le marché résilié, le sous-traitant ne peut plus intervenir. »*[472]

Le placement en procédure collective du titulaire n'influe pas directement sur la situation du sous-traitant, ni en ce qui concerne le paiement direct par la personne publique, ni en ce qui concerne la poursuite des prestations commandées. Seule l'éventuelle liquidation judiciaire entraîne la résiliation du contrat de sous-traitance. Le second problème juridique à résoudre tient à l'application de la cession judiciaire aux sous-traités en vertu de l'article L. 642-7 du Code de commerce. Il faut alors se référer à la notion de contrat de « *fourniture de biens ou services* » qu'il énonce. Mais si la question de la cession judiciaire d'un contrat de la commande publique fait débat, eu égard à la définition restrictive de la notion de « *contrats de fourniture de biens ou de services* » puisque ces conventions sont exécutées au profit d'un tiers[473] – l'Administration qui plus est –, le contrat de sous-traitance est exécuté essentiellement sur les ordres et pour le compte du donneur d'ordre, le titulaire du contrat de la commande publique. Dans ces conditions, sous réserve de l'inclusion du contrat dans l'offre de reprise[474], la cession judiciaire devrait déployer son plein effet et imposer au sous-traitant la substitution du donneur d'ordre.

[472] Instruction n°12-005-M0, 26 janvier 2012, « *Marchés publics et procédures collectives* », DGFiP.

[473] CA Bastia, ch. civ., 20 juin 2012, n°11/00984, *precit.*

[474] Art. L. 642-2, II, 1° du Code de commerce, *precit.*

333. Reste que cette analyse prospective du régime de la cession judiciaire des contrats de sous-traitance mériterait confirmation ou clarification. La cession judiciaire du donneur d'ordre est une illustration de la complexité d'application du droit des procédures collectives au droit des contrats, en particulier lorsqu'une convention de droit privé est l'accessoire d'un contrat de la commande publique. La complexité d'identification d'un régime juridique est encore renforcée lorsqu'il est question de la cession judiciaire d'un co-traitant.

2) *La cession judiciaire du co-traitant d'un groupements d'opérateurs économiques*

334. **Les groupements d'opérateurs économiques – généralités** – Ainsi que le prévoit l'article R. 2142-19 du Code de la commande publique, « *les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés* »[475]. Dans cette situation, plusieurs entreprises, appelées co-traitants se réunissent pour présenter une offre commune pour un ou plusieurs lots d'un contrat de la commande publique. Selon la distinction retenue à l'article R. 2142-20 du même code, les groupements peuvent être conjoints « *lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché* » ou solidaires « *lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché* ». L'offre du groupement peut être présentée par chacun de ses membres ou par un mandataire[476]. En toute hypothèse, un mandataire doit être désigné pour représenter et coordonner les prestations des co-traitants ; en cas de stipulation en ce sens et en groupement solidaire, le mandataire peut-être tenu aux obligations contractuelles de l'ensemble de ses membres [477].

335. **Les enjeux de la cession judiciaire d'un co-traitant –** Au sein d'un groupement bien plus qu'en cas de titularité individuelle d'un contrat de la commande publique, l'*intuitus personae* est une valeur fondamentale. En effet, tout co-traitant est lié contractuellement à l'Administration mais aussi aux autres membres du groupement. Les raisons qui conduisent les entrepreneurs à présenter une candidature groupée sont diverses, mais ont généralement pour origine des liens existants entre ces opérateurs économiques, qui n'existent pas nécessairement avec le cessionnaire. En outre, en cas de solidarité du groupement, chacun des co-traitants s'engage financièrement à pallier les défaillances des autres membres ; la substitution de l'un d'eux pose

[475] Les dispositions des articles R. 2142-19 et suivants s'appliquent également aux concessions, conformément à l'article R. 2342-12 du Code de la commande publique.

[476] Art. R. 2142-23 du Code de la commande publique.

[477] Art. R. 2142-24 du Code de la commande publique ; CE, 29 sept. 2010, *Région Aquitaine*, n°332068.

évidemment question eu égard à l'*intuitus personae* qui prévaut lors de la constitution d'une candidature collective. Pire encore, le mandataire du groupement peut faire l'objet d'une cession judiciaire ; il est évident qu'une substitution automatique du mandataire poserait question, eu égard au rôle de représentation et de coordination qu'il exerce envers les autres co-traitants. La complexité des problématiques ici exposées ne fait aucun doute et laisse présager un régime juridique complexe ou lacunaire.

336. **Le régime juridique de la cession judiciaire d'un co-traitant –** Il s'agit d'identifier les prémices d'un régime juridique de la cession judiciaire d'un co-traitant, que celui-ci soit simple membre ou mandataire d'un groupement conjoint ou solidaire. La question de la modification d'un groupement d'opérateurs économiques est traitée de manière partielle dans le Code de la commande publique ; en effet, si son article R. 2142-26 interdit par principe, – en ce qui concerne les seuls marchés publics – la substitution d'un cocontractant en cours de passation[478], ce problème juridique n'est aucunement résolu par le code lorsque la cession a lieu en cours d'exécution. Ce vide juridique avait notamment été soulevé l'occasion d'une question ministérielle[479] qui avait donné lieu à une interprétation du Ministre de l'économie et des finances :

> *« La modification de la composition du groupement pendant l'exécution du marché obéit aux mêmes règles. L'identité entre le groupement candidat et le groupement titulaire doit être respectée. Il ne peut y avoir de substitution des membres du groupement, sauf à modifier les conditions initiales de la mise en concurrence. Seule la défaillance d'un des membres du groupement autorise la modification du groupement en cours d'exécution du marché. Un avenant doit alors être conclu pour organiser la poursuite de l'exécution du contrat dans le cadre d'un groupement réduit. Lorsque l'entreprise défaillante est mandataire du groupement, les cotraitants doivent proposer au pouvoir adjudicateur un nouveau mandataire choisi parmi eux. En cas de groupement conjoint, chaque cotraitant n'est engagé que sur les prestations qui lui sont confiées. En cas de défaillance de l'un d'entre eux, et si le mandataire n'est pas solidaire, un marché de substitution doit être passé par le pouvoir adjudicateur pour la part des prestations non exécutées. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire, l'article 48-7 du cahier des clauses administratives générales (CCAG)-travaux stipule que celui-ci doit, en tant que de besoin, se substituer au défaillant. A défaut, un marché de substitution doit être passé. Pour le reste des prestations, si les membres du groupement le souhaitent, ceux-ci peuvent poursuivre les travaux*

[478] v. aussi CAA Douai, 1er déc. 2016, *Sté Segex*, n°14DA01892 ; UBAUD-BERGERON M., « *Modification de la composition d'un groupement d'entreprises en cours de procédure* » *CMP* 2017, comm. 40.

[479] QAG. n°32667, 16 juill. 2013, M. VERDIER Fabrice, JOAN p. 7369.

dans le cadre d'un groupement réduit. Si les membres du groupement ne souhaitent pas poursuivre les travaux selon ces nouvelles conditions, le pouvoir adjudicateur résilie la totalité du marché. »[480]

337. Selon Pauline GAIN et Pierre SIKORAV[481], la question de la cession judiciaire d'une entreprise membre d'un groupement doit d'abord être traitée de manière identique à celle du titulaire individuel, c'est-à-dire conformément à l'article R. 2194-6 du Code de la commande publique[482]. Il faut ensuite s'interroger sur l'éventualité de la cession judiciaire du mandataire du groupement. Rien ne permet à l'heure actuelle de savoir si, dans le cadre de cette substitution, le cessionnaire devient automatiquement mandataire du groupement ou si un nouveau mandataire doit être désigné parmi les co-traitants, la seconde solution semblant plus rationnelle. La décision *Communauté urbaine de Lyon*, qui permet le remplacement du mandataire en cas de liquidation judiciaire, ne donne aucun indice suffisant pour raisonner de manière analogique en matière de cession judiciaire, puisqu'en l'occurrence, l'entreprise en question avait renoncé à l'exécution du marché public[483]. Enfin, la question du devenir de la solidarité éventuelle des membres du groupement ou du mandataire envers les co-traitants conjoints en cas de cession judiciaire de l'un d'eux n'a fait l'objet d'aucune réponse jurisprudentielle, réglementaire ou légale.

338. En l'absence de règles claires préalablement établies, il conviendra probablement d'organiser contractuellement les modalités d'intégration du cessionnaire au groupement – le cas échéant[484] – et de déterminer son fonctionnement à la suite de cette substitution. Reste que les problèmes juridiques à résoudre sont complexes, les enjeux prégnants. La question de la substitution d'un co-traitant est l'illustration parfaite de la complexité d'articulation du droit des procédures collectives avec le droit de la commande publique. Ces vides juridiques conduisent donc à prôner une clarification du droit positif de la cession judiciaire des contrats administratifs.

---

480 Rep. Min. n°32667, 15 oct. 2013, JOAN p. 10818.

481 GAIN P., SIKORAV P., « *Composition du groupement d'entreprises », JCl. CMP*, Fasc. 70, avr. 2020.

482 v. §1.

483 CE, 7/2 SSR, 19 mars 2012, *Communauté urbaine de Lyon et autre*, n°346263 et 346275 ; Concl. BOULOUIS N., « *Quel impact de la mise en liquidation judiciaire du mandataire d'un groupement solidaire sur le principe de l'unicité du décompte général ?* », *BJCP* n°83, p. 257.

484 L'on pourrait également imaginer que, dans certains cas, soit privilégiée l'hypothèse de la création d'une convention hors-groupement avec le cessionnaire, en cas de refus de la substitution par l'un des co-traitants solidaires.

B) Des carences dans le droit positif

339. L'appréciation du bien-fondé de la conciliation du droit de la cession judiciaire et du droit des contrats administratifs doit tenir compte des spécificités et objectifs des deux blocs du droit, mais aussi de la nécessité de combler les vides juridiques. L'analyse de la conciliation permet d'arriver à la conclusion que le spécificités du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats publics ont correctement été pris en compte (1) malgré un régime juridique désespérément lacunaire et donc très hypothétique (2).

1) *L'ébauche d'une conciliation globale*

340. Contrairement à la question de l'accès aux contrats administratifs des entreprises en difficulté[485], qui laissait transparaitre d'énormes imperfections dans la substance même du droit applicable, le droit de la cession judiciaire des contrats administratifs semble être construit de telle sorte qu'il prend en compte de manière plus aboutie les impératifs réciproques des deux blocs du droit. En effet, les impératifs du droit des entreprises en difficulté ne sont pas sacrifiés sur l'autel du droit public et inversement, les principes du droit public ne sont pas complètement sacrifiés.

341. **Le respect du caractère impératif de la cession judiciaire –** La réception par le juge administratif des articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce est respectée[486]. La décision du juge judiciaire s'impose à la personne publique contractante et permet la substitution pure et simple de l'entreprise en difficulté par son repreneur. Il faut saluer cet effort, qui garantit l'effectivité du mécanisme de la cession judiciaire, afin d'« *assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* »[487]. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation[488], les juridictions administratives ont également délimité le cadre de la reprise des obligations découlant de la cession, en la circonscrivant à celles qui sont ultérieures à l'opération de substitution[489].

342. **La prise en compte des intérêts de la personne publique contractante** – Réciproquement,

---

485 Chapitre 1 : La limitation de l'accès aux contrats administratifs des entreprises en difficulté.

486 CAA de Nancy, 26 janvier 2005, *Galand*, n°00NC01239.

487 Art. L.642-1, al. 1 du Code de commerce.

488 v. par ex Cass. com., 6 janv. 1993, *Ferrera et a. c/Fabre, es qualités d'administrateur judiciaire du CGCAH et a.*, n°91-40.308.

489 CAA Paris, 27 sept. 2001, *Centre hospitalier Paul Guiraud Villejuif*, n°99PA03166, *precit.* ; CE, 7/2 SSR, 29 sept. 2010, *Commune de Molsheim,* n°332567, *precit.*

bien qu'il faille admettre un infléchissement du régime de la cession des contrats administratifs, le droit public ne cède pas inconditionnellement devant le droit des entreprises en difficulté. La protection du domaine public, qui justifie le régime juridique contraignant de son occupation privative, semble garantie par une dérogation au caractère impératif de la cession judiciaire[490]. Le caractère contraignant de la cession judiciaire peut toujours être déjoué par le pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt du service en cas de défaillance du cessionnaire[491] ou par un appel contre le jugement prononçant la substitution du cocontractant[492].

343. Le régime – essentiellement jurisprudentiel – de la cession judiciaire des contrats administratifs est l'illustration d'une conciliation globale des impératifs contradictoires du droit des entreprises en difficulté et du droit public. Peut-être est-ce d'ailleurs l'absence d'une – imparfaite – source textuelle de conciliation qui pousse le juge à allier au mieux les corpus législatifs dont il est question… reste que le défaut de texte ou d'une jurisprudence didactique et complète est à l'origine de nombreuses incertitudes, sources d'instabilité, qu'il conviendrait de combler.

2) *La nécessité d'affermir la conciliation*

344. Preuve de la difficulté à déterminer le régime de la cession judiciaire des contrats administratifs, le traitement de ce problème juridique a nécessité la compilation de sources textuelles et jurisprudentielles nombreuses et parcellaires, auxquelles doivent s'ajouter plusieurs conjectures et raisonnements par extension. Il est évident que cette question devrait faire l'objet d'une clarification, de préférence de nature législative.

345. **La nécessité de l'instauration d'une législation conciliatrice –** Il est vrai que le droit des contrats administratifs demeure essentiellement prétorien, notamment en ce qui concerne la cession[493]. Pour autant, nombreux sont ces contrats qui sont aujourd'hui soumis à un corpus législatif spécifique, comme c'est le cas du code général de la propriété des personnes publiques ou du code de la commande publique. Malheureusement, aucun de ces codes ne permet de déterminer clairement le régime de la cession judiciaire qui s'appliquerait aux contrats qu'il régit. La question de la cession judiciaire des contrats administratifs est l'illustration même de la nécessité d'un véritable texte pour concilier le droit des entreprises en difficulté avec le droit

490 CE, 8 déc. 2017, *SEMMARIS,* n°390906, *precit.*

491 CE, 20 juillet 1988, *Société industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment*, n°48036, *precit.*

492 Art. L. 661-6 du Code de commerce, *precit.*

493 CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, n°364803, *precit.*

administratif. Très technique et peu porteur politiquement un tel projet n'est pas, pour l'heure, envisagé.

346. **L'usage pertinent d'un avis conciliateur –** Le succès de l'avis didactique du 8 juin 2000[494] fait montre de la capacité du Conseil d'État à traiter de manière complète et efficace d'un problème juridique global, en l'occurrence, la cession des contrats administratifs. L'avis dont il est question nécessiterait d'être complété pour traiter plus précisément de l'articulation du droit des contrats administratifs avec le mécanisme de cession judiciaire, ou plus largement avec le droit des entreprises en difficulté. Rendu sur la base de la saisine par le ministre compétent[495], l'avis consultatif est un outil précieux pour l'affermissement de la jurisprudence ou pour l'élaboration ultérieure d'un texte conciliateur.

347. Quel que soit l'outil privilégié, consultatif ou normatif, le régime de la cession judiciaire des contrats administratifs nécessite d'être complété, consolidé, pour simplifier le traitement de ce problème juridique susceptible de devenir récurrent, tant la contractualisation du droit public s'accroît et le contexte économique devient incertain.

348. **Conclusions partielles** – L'objet de la présente étude est d'étudier l'altération du droit des contrats administratifs et des objectifs d'intérêt général, de continuité du service public qu'il recèle. Force est de constater qu'en matière de cession, les règles de la cession judiciaire priment de manière évidente sur les règles de la cession des contrats en droit administratif. La préservation des intérêts publics n'est alors que partielle. Elle se manifeste par la faculté d'interjeter appel du jugement portant cession de l'entreprise en difficulté ou par un contrôle des modalités de participation à la commande publique, sanctionné par une éventuelle résiliation unilatérale. Il semble également que le Tribunal des conflits ait identifié la spécificité des conventions d'occupation du domaine public et les traite différemment des baux. En tout état de cause, il faut admettre qu'aucune conciliation n'a réellement été opérée, la cession judiciaire primant sur l'essentiel des règles de droit administratif. Pour autant, il est difficile d'entrevoir des alternatives à la primauté de la cession judiciaire. Tout au plus peut-on prôner une clarification du droit applicable à la cession judiciaire des contrats administratifs, afin d'apporter la lisibilité nécessaire à la pratique.

---

[494] CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, n°364803, *precit.*

[495] Art. L. 112-2 du Code de justice administrative.

Conclusion du chapitre 2

349. En matière de cession judiciaire, les solutions issues du droit des entreprises en difficulté priment pour l'essentiel sur le droit administratif.

350. Il résulte d'une jurisprudence séculaire et constante du Conseil d'État que le contrat administratif ne peut être cédé qu'avec l'aval de l'Administration contractante, compte tenu de l'intérêt général qui est en jeu. En outre, sous l'impulsion de la Cour de justice comme des directives relatives à la commande publique, les conditions de cession des marchés publics et concessions ont été encadrées afin de ne pas porter atteinte à la nécessaire publicité et mise en concurrence. À l'inverse, la cession judiciaire des contrats dans le cadre d'un plan de cession en procédure collective est réalisée de manière autoritaire par le Tribunal de la procédure, sans qu'il soit tenu compte de la volonté des cocontractants et de la nature du contrat. Les objectifs de préservation de l'activité et des emplois priment sur les intérêts des cocontractants. La combinaison des régimes juridiques applicables respectivement à la cession des contrats administratifs et à la cession judiciaire est alors complexifiée.

351. La conciliation des régimes se traduit pas une dérogation aux règles applicables à la cession des contrats administratifs. La cession judiciaire s'impose à l'Administration. Pour autant, l'intérêt général n'est pas sacrifié. Il est admis que la personne publique dispose de moyens procéduraux pour contester la transmission du contrat administratif et peut user de son pouvoir de résiliation unilatérale si le cessionnaire ne peut exécuter convenablement les prestations contractuelles. En matière de commande publique, des dérogations sont admises par le législateur et le pouvoir réglementaire à l'obligation de remise en concurrence lorsque la cession est effectuée dans le cadre d'une procédure collective.

352. Malgré la primauté apparente des règles du droit des entreprises en difficulté sur le droit administratif, le régime juridique de la cession judiciaire des contrats administratif est équilibré. Il tient compte de la spécificité de la cession judiciaire et des intérêts de la procédure collective, comme de l'intérêt général qui pourra s'exprimer par le biais de l'appel ou de la résiliation unilatérale. Néanmoins, la conciliation est encore lacunaire à l'égard de certaines situations spécifiques. Une intervention normative est alors nécessaire pour confirmer et compléter l'état du droit positif sur la cession judiciaire des contrats administratifs.

CONCLUSION DU TITRE 1

353. Les précédents développements illustrent la restriction par le droit des entreprises en difficulté de la faculté de l'Administration à choisir son cocontractant, au stade de la passation comme en cours d'exécution.

354. L'encadrement de la liberté de choix du cocontractant est une manifestation de la nécessité de contraindre l'Administration. Pourtant, les raisons de ladite contrainte sont variables. En matière de passation, l'encadrement de la faculté de contracter avec les entreprises en difficulté semble poursuivre l'objectif de protéger l'Administration contre les défaillances éventuelles de son cocontractant. À l'inverse, en matière de cession judiciaire, la levée des contraintes issues du droit administratif et du droit européen de la commande publique a pour objectif de garantir la pérennité de l'entité économique par la transmission de l'entreprise à un tiers.

355. L'étude de la liberté de choix du cocontractant en difficulté par l'Administration fait apparaître des degrés divers de conciliation entre les principes du droit administratif et du livre VI du code de commerce. La question de la passation et de la cession des contrats relevant de la commande publique fait l'objet d'un régime juridique relativement complet et écrit, qui tient compte de la spécificité du droit des entreprises en difficulté – même de manière imparfaite. En revanche, en ce qui concerne les autres contrats administratifs, des incertitudes subsistent quant au degré d'influence du droit des procédures collectives sur le droit administratif contractuel. En l'absence d'une conciliation plus aboutie, il conviendra alors de s'en remettre aux dispositions du code de commerce, de nature législative.

356. Une conciliation correcte du droit administratif avec le droit des entreprises en difficulté nécessiterait une intervention législative, réglementaire ou jurisprudentielle, afin de clarifier l'état du droit et de mieux prendre en compte les intérêts divergents de l'Administration, du débiteur et de ses créanciers.

357. Une telle conciliation ne pourrait toutefois pas inverser l'état du droit et respecter pleinement les principes fondateurs du droit des contrats. Le succès des procédures de traitement des difficulté comme l'intérêt général étant en jeu, la liberté contractuelle n'est pas de mise. Il en va de même en matière d'exécution des prestations contractuelles.

TITRE 2

LA PERTURBATION DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

> *« C'est bien* […] *la conception de la force obligatoire du contrat qui mérite d'être confrontée aux droits des procédures d'insolvabilité. Même si ces derniers apportent une certaine diversité d'aménagements au droit des contrats, la force obligatoire doit faire l'objet d'une attention plus particulière* […] *La force obligatoire est sans nul doute parmi les trois principes énoncés dans les dispositions sur le contrat, celui le plus atteint par ces procédures dont la mise en œuvre affecte avant tout l'exécution des conventions. »*[496]

358. La force obligatoire est définie à l'article 1103 du code civil, qui prévoit que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Il en résulte que les clauses du contrat, émanation de l'accord de volonté entre les parties, ont vocation à être exécutées. Comme l'affirment les Professeurs Virginie LARRIBAU-TERNEYRE et Yvaine BUFFELAN-LANORE, « *le principe de la liberté contractuelle ne signifie pas que les contractants sont libres d'exécuter le contrat ou pas. Ils doivent exécuter le contrat, sous peine de sanctions. Mais ce contrat s'impose aussi au juge qui doit le respecter, respecter la volonté des parties. Du principe de force obligatoire découle donc le principe de l'irrévocabilité et de l'intangibilité du contrat* »[497]. Le droit public n'ignore pas le principe de force obligatoire[498], également applicable aux contrats administratifs.

359. Pour autant, la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté, quelle que soit la procédure engagée, est susceptible de porter atteinte à l'exécution des obligations contractuelles. L'irrévocabilité du contrat est fortement tempérée quand l'administrateur peut prononcer des résiliations de plein droit. L'intangibilité du contrat est fragilisée lorsque la poursuite d'exécution

---

[496] LAFAURIE K., *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, Bordeaux, LGDJ, 2020, p. 23.

[497] BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, coll. Sirey, 15ème édition, 2017, n°846, p. 273.

[498] v. par ex. BECHILLON (de) D., « *Le contrat comme norme dans le droit public positif* », *RFDA*, 1992, p. 15, *precit.* ; L'HUILLIER J., « *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ?* », *Recueil Dalloz*, 1953, p. 87, *precit.* ; TERNEYRE Ph., *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, These, Economica, 1989, p. 13, *precit.* : « *en ce qui concerne les effets des contrats administratifs, ces auteurs ont souligné que le principe de la force obligatoire du contrat […] avait la même intensité en droit public qu'en droit privé. D'une part en effet, la jurisprudence administrative n'a jamais nié qu'un tel principe soit applicable aux contrats administratifs […] D'autre part, l'administration active souligne elle-même qu'en principe "les contrats font la loi des parties". Dès lors, il n'est pas audacieux d'avancer que l'effet essentiel du contrat administratif réside, comme en droit privé, dans sa force obligatoire et que cette dernière s'impose à la personne publique comme à son cocontractant privé* ».

est imposée malgré l'interdiction des paiements. Somme toute, que reste-t-il du principe de force obligatoire dans les contrats administratifs face au droit des entreprises en difficulté ?

360. L'enjeu n'est pas négligeable, puisque l'inexécution des obligations contractuelles contenues dans les contrats administratifs est susceptible de porter atteinte à l'action publique et par prolongement, à l'intérêt général et au principe de continuité des services publics. Il est alors nécessaire de rechercher comment les procédures de traitement des difficultés des entreprises peuvent se déployer, sans compromettre de manière trop préjudiciable les intérêts publics.

361. Nombreuses sont les règles du livre VI du code de commerce qui sont susceptibles de perturber l'exécution des contrats administratifs. Il en va principalement des contraintes financières qui pèsent sur l'entreprise en difficulté et des normes qui traitent spécifiquement du devenir des contrats. C'est la raison pour laquelle la distinction développée en droit public entre l'exécution technique et l'exécution financière des contrats administratifs semble pertinente afin d'entrevoir la globalité des altérations nées des procédures préventives et collectives.

362. C'est la raison pour laquelle la perturbation des engagements contractuels sera envisagée successivement à propos de l'exécution technique (Chapitre 1) et de l'exécution financière (Chapitre 2) des contrats administratifs.

Chapitre 1
La perturbation de l'exécution technique

> *« Le droit administratif se voit de plus en plus amené à tenir compte des exigences du droit des procédures collectives, afin d'assurer la prééminence de l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises et de sauvegarde de l'emploi. Si ces considérations apparaissent moins fortement en cas de liquidation de l'entreprise, le droit des faillites n'en impose pas moins certaines contraintes à l'autorité publique. »*[499]

363. Outre l'exécution financière[500], l'exécution technique du contrat administratif est susceptible d'être mise à mal par les mécanismes dérogatoires issus du livre VI du code de commerce.

364. La notion d' « *exécution technique* », employée par divers auteurs[501] , désigne tant l'exécution de l'objet même du contrat administratif (par exemple, fournir une prestation, occuper le domaine public) que les modalités d'exécution de ces obligations (par exemple, exécuter les prestations dans les délais prescrits, entretenir le domaine public occupé), ainsi que les outils contractuels qui permettent de garantir la bonne exécution de ces obligations (par exemple, le contrôle du cocontractant, la réception, l'état des lieux à la suite de l'occupation du domaine public ou encore les garanties post-contractuelles). L'exécution technique se distingue de l'exécution financière qui, dans l'immense majorité des contrats administratifs, est la contrepartie de l'exécution technique. Cette notion désigne donc les modalités de poursuite des objectifs du contrat administratif.

365. S'il aurait été possible de traiter ici de l'impact de la procédure collective sur l'usage des pouvoirs exorbitants par la personne publique contractante, les présents développements excluront cette question, pour deux raisons. En premier lieu, la perturbation de l'exécution normale d'un contrat administratif, en dehors de l'usage des pouvoirs exorbitants, a un intérêt en elle-même, en ce qu'elle contribue à illustrer le dérèglement du droit contractuel. En second lieu, la question de

---

499 ECKERT G., *Droit administratif et commercialité*, Université Robert Schuman (Strasbourg), droit public, dir. Pr. WALINE M., 1994, p. 779.

500 Qui sera abordée dans le chapitre suivant : « *La perturbation de l'exécution financière* ».

501 v. notamment BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique – Marchés publics – Concessions*, Editions du Moniteur, 5ème édition, 2017, Chap. 11 : « *L'exécution technique* », p. 519 ; TERNEYRE Ph., « *Exécution technique des marchés publics* », *RDI* 1990, p. 207 ; LLORENS F., « *Exécution technique des marchés et pénalités de retard* », *RDI* 1999, p. 397.

l'usage des pouvoirs exorbitants et de leur articulation avec les prérogatives des organes de la procédure collective sera abordée ultérieurement[502]. Le contrat administratif sera donc ici considéré dans son exécution normale, en dehors de l'exorbitance qui caractérise les rapports de l'Administration avec ses cocontractants.

366. En l'occurrence, l'ouverture d'une procédure collective a pour effet de distordre les conditions normales de déroulement de la vie contractuelle, en ce qu'il peut conduire à en entraver, limiter, voire compromettre l'exécution. Il conviendra d'ailleurs de s'intéresser au degré de perturbation, selon les mesures qui sont prises par les organes de la procédure collective, afin d'en mesurer les conséquences sur l'exécution technique du contrat.

367. Comme l'affirme le Professeur Yves GUYON, *« le droit des procédures collectives est comparable à l'état d'urgence, qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain ».*[503] Divers outils du droit des entreprises en difficulté sont susceptibles de porter atteinte à l'exécution technique normale du contrat. De l'interdiction de payer en période d'observation au dessaisissement du dirigeant, des nullités des actes conclus pendant la période suspecte à l'option de l'administrateur en passant par la liquidation judiciaire pure et simple, le droit des procédures collectives oppose son intérêt économique, la prééminence de ses objectifs à l'exécution contractuellement établie. *Quid* alors, entre autres, du respect des délais d'exécution, de la sous-traitance, de l'entretien du domaine public concédé, de la conclusion d'avenants, des garanties post-contractuelles ?

368. Les présents développements tenteront d'analyser la teneur des entraves à l'exécution technique des contrats administratifs, en confrontant les décisions des organes de la procédure collective aux modalités classiques de déroulement de la vie des contrats administratifs. De ces constats, il faudra alors évaluer la pertinence de la conciliation du droit des contrats administratifs en cours d'exécution avec les mécanismes du droit des entreprises en difficulté susceptibles d'en entraver le déroulement. En effet, la bonne exécution technique des contrats administratifs ne peut ignorer la poursuite de l'intérêt général, dans ses objectifs comme dans ses modalités. La prise en compte de l'ensemble des intérêts présents est une condition essentielle du succès de la conciliation.

[502] Partie 2, Titre 1, « L'altération de l'exorbitance ».

[503] GUYON Y., « *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives* », in *Mélanges J. GHESTIN,* LGDJ 2014, p. 405

369. C'est la raison pour laquelle il faudra traiter des mécanismes qui entraînent le dérèglement de l'exécution technique des contrats administratifs (Section 1) pour ensuite en mesurer les effets (Section 2).

Section 1 : Les facteurs de la perturbation de l'exécution technique des contrats administratifs

370. À chaque stade des procédures collectives, divers mécanismes interviennent pour préserver les intérêts des créanciers, des salariés ou de l'entreprise elle-même, parfois au détriment des tiers cocontractants. Les interventions du Tribunal et des organes de la procédure collective percutent à divers degrés l'exécution technique des contrats. Il convient alors de relever l'ensemble de ces mécanismes afin d'apprécier leur influence sur l'exécution des contrats administratifs, en distinguant les simples entraves à l'exécution (§1) des outils du droit des entreprises en difficulté susceptibles de la compromettre entièrement (§2).

§1. Des entraves à l'exécution technique par la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté

371. Bien que l'ouverture d'une procédure collective n'implique pas nécessairement la résiliation des contrats en cours[504], certaines dispositions issues du code de commerce sont susceptibles d'en entraver l'exécution. Leur caractère dérogatoire diffère à la fois selon la gravité de difficultés des entreprises, la nature de la procédure judiciaire engagée et le stade auquel se trouvent les procédures. Les entraves à l'exécution du contrat varient pendant le déroulement de la procédure. Il faut à cet égard distinguer les contraintes issues de l'ouverture d'une procédure (A) et celles qui découlent de l'adoption d'un plan (B).

A) Des entraves nées de l'ouverture d'une procédure

372. Le simple déclenchement d'une procédure préventive ou collective est susceptible de mettre à mal l'exécution technique des contrats. Comme cela avait été pressenti dans le premier chapitre relatif à l'admission des entreprises en difficulté lors de la passation des contrats administratifs, dès le jugement d'ouverture et tout au long de la période d'observation, des restrictions apparaissent et altèrent les conditions d'exécution des droits et obligations de l'entreprise à l'égard

[504] La résiliation de plein droit des contrats conclus avec des entreprises en difficulté est exclue par le code de commerce (art. L. 622-12, L. 631-14 et L. 641-10). Cette interdiction est relayée par la jurisprudence à propos des contrats administratifs (CE, 10 juill. 1988, *Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB) c/ OPHLM d'Angers,* n°48036, *Lebon*, p. 300 ; CAA Nantes, 10 juin 1993, *Sté auxiliaire alimentaire*, n°91NT00139, *Lebon*, p. 875), comme les CCAG (art. 30.2 CCAG FCS ; art. 30.2 CCAG PI ; art. 46.1.2 CCAG Travaux ; art. 40.2 CCAG TIC ; art. 35.2 CCAG MI).

de ses cocontractants. Il en va différemment en matière de procédures préventives (1) et de procédures collectives (2).

1) *Des entraves nées de l'ouverture d'une procédure préventive*

373. Il serait inexact de considérer que seules les procédures judiciaires de règlement des difficultés des entreprises sont susceptibles d'entraver l'exécution technique. En effet, outre la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, la mise en œuvre d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation peuvent avoir une influence sur les conditions d'exécution des contrats administratifs.

374. **La paralysie des clauses contractuelles –** L'ordonnance du 12 mars 2014[505] a créé un outil préventif de paralysie des clauses contractuelles susceptible d'aggraver les conditions d'exécution du contrat. L'article L. 611-16 du code de commerce crée ainsi un mécanisme contraignant applicable au mandat *ad hoc* et à la conciliation, dès la désignation du mandataire ou du conciliateur :

> *« Est réputée non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6 ou d'une demande formée à cette fin. /Est réputée non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6, les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de ces procédures pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice. »*[506]

375. Par ce mécanisme applicable de plein droit, sont neutralisées des clauses susceptibles de nuire au débiteur en raison de ses difficultés. Interprétant cet article, les Professeurs André JACQUEMONT, Régis VABRES et Thomas MASTRULLO considèrent que « *sont ici notamment visées les clauses résolutoires, les clauses de pénalités ou les clauses de déchéance du terme en raison de la désignation d'un mandataire ad hoc* »[507].

[505] Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, art. 14.

[506] Article L. 611-16 du code de commerce.

[507] JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°86, p.55.

376. **De l'application de l'article L. 611-16 aux contrats administratifs –** L'exécution des clauses résolutoires ou de pénalité dans les contrats administratifs pose question en cas de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur. Eu égard au caractère récent de l'introduction dans le code de commerce du dispositif de l'article L. 611-16, il semblerait que les juridictions administratives et le juge judiciaire n'aient pas pris position sur son application aux contrats administratifs. Mais dans la logique du droit des entreprises en difficulté, qui consiste à privilégier l'application des dispositions du livre VI du code de commerce à l'ensemble des contrats, quelle que soit leur nature, il est probable que ce mécanisme soit également applicable aux contrats administratifs.

377. **L'hypothèse de neutralisation d'une clause résolutoire –** La clause résolutoire autorise la résiliation du contrat administratif en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles[508]. Depuis la décision *Grenke Location*, le cocontractant privé de la personne publique peut également se prévaloir de cette clause résolutoire, dès lors que le contrat n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et que la personne publique peut s'opposer à la résiliation pour un motif d'intérêt général[509]. Le rétablissement de l'équilibre contractuel par cette solution jurisprudentielle devrait pouvoir s'accommoder de l'application de l'article L. 611-16 du code de commerce. Et ce d'autant plus qu'en cas d'inapplicabilité de la clause résolutoire, la personne publique contractante n'est semble-t-il pas dépourvue de son pouvoir de résiliation unilatérale du contrat dans l'intérêt général ou pour faute[510].

378. **L'hypothèse de neutralisation d'une clause de pénalité –** Comme le rappelle le Ministère de l'économie, *« les pénalités constituent une sanction contractuelle ; les pénalités doivent nécessairement être prévues dans les clauses du marché public »*[511]. Ces stipulations, qui permettent de sanctionner financièrement le cocontractant en cas de retard dans l'exécution de ses obligations contractuelles, sont encadrées

[508] CE, 19 févr. 1926, *Sté du Gaz de la Ciotat*, *Lebon* 198.

[509] CE, 8 oct. 2014, *Sté Grenke Location*, n°370644, *Lebon* : « *le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat ; qu'il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles ; que, cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public ; que lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat ; qu'un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs ; qu'il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat ».*

[510] Cette question sera abordée aux pages 294 et suivantes. .

[511] Fiche DAJ, min. économie, *Les pénalités dans les marchés publics*, avril 2019.

par le juge administratif, qui contrôle la conformité des pénalités aux stipulations qui s'y rapportent[512]. Partant, si tant est que l'article L. 611-16 du code de commerce soit effectivement applicable aux contrats administratifs, la neutralisation des clauses de pénalité ne pourrait donc pas être contournée par l'usage d'un pouvoir unilatéral de sanction, qui n'existe pas. De nature fondamentalement différente, la responsabilité contractuelle pourra permettre la réparation des éventuels préjudices nés de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat[513]. Mais il n'existe aucun procédé de nature contractuelle ou exorbitante qui permette de contourner la neutralisation des clauses des pénalité. En outre, la saisine du juge administratif d'une requête aux fins d'indemnisation est peu pertinente, au regard des délais de procédure et du risque d'aggravation de l'insolvabilité du cocontractant. L'application de l'article L. 611-16 du code de commerce aux clauses de pénalités serait ainsi une entrave à l'exécution technique des contrats administratifs. En effet, la personne publique serait dénuée d'outils pour sanctionner l'inexécution du contrat.

379. Outre les procédures préventives, qui, par l'application de l'article L. 611-16 du code de commerce, sont susceptibles de contraindre l'exécution des contrats administratifs dès leur ouverture, les procédures collectives font naître des obstacles plus larges au même stade.

2) *Des entraves nées de l'ouverture d'une procédure collective*

380. Dès le jugement d'ouverture d'une procédure collective, des dispositions sont prises pour limiter l'accroissement du passif. Certains de ces mécanismes issus du code de commerce peuvent influer sur l'exécution technique des contrats administratifs. En période d'observation de sauvegarde et de redressement judiciaire, l'activité de l'entreprise est poursuivie[514]. Sous réserve des missions confiées à l'administrateur judiciaire, le débiteur n'est pas dépossédé de ses pouvoirs quant à la gestion courante de l'entreprise. L'exécution des contrats se poursuit, par principe[515]. L'entreprise peut à la fois poursuivre la passation de contrats de commande[516] et conclure de nouveaux

---

512 CE, 19 juill. 2017, *CH interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n°392707 ; UBAUD-BERGERON M., *CMP* 2017, comm. 229 ; concl. PELLISSIER G., *BJCP* 2017, n°115 ; pour un exemple de contrôle CAA Nancy, 30 septembre 2014, *Société ACE BTP*, n°13NC00041.

513 Par ex., on peut citer l'hypothèse d'engagement de la responsabilité contractuelle du cocontractant de l'Administration du fait d'un préjudice de jouissance, CE, 6 nov. 1970, *Morin*, n°59949.

514 Art. L. 622-9 du code de commerce : « *L'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation, sous réserve des dispositions des articles L. 622-10 à L. 622-16* ».

515 Art. L. 622-13, I. du code de commerce : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. / Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.* »

516 V. par ex : Cass. com., 11 juin 1996, n°94-12.125, *BRDA* 1996, n°15/16, p. 7.

contrats avec ses clients[517]. Ses pouvoirs sont toutefois limités par plusieurs dispositions relatives à la période d'observation en sauvegarde et redressement judiciaire, qui sont susceptibles d'altérer les modalités d'exécution des contrats.

381. **Le dessaisissement graduel du dirigeant –** Défini par l'article 1159 du code civil, le dessaisissement consiste à transférer une partie du représenté à une « *représentation légale ou judiciaire* ». Pendant la période d'observation, le débiteur peut être dessaisi selon différentes modalités. En procédure de sauvegarde, par principe, l'administrateur dispose d'une mission d'assistance et de surveillance[518], qui ne prive pas le dirigeant de ses pouvoirs. En redressement judiciaire, en revanche, la mission confiée à l'administrateur peut aller jusqu'à la gestion totale et entière de l'entreprise, en lieu et place du débiteur[519]. Chargé de préserver ou de rétablir la santé financière de l'entreprise, l'administrateur peut notamment prioriser l'exécution des contrats les plus rentables, orienter les efforts de l'entreprise vers les branches les plus productives ou demander au Tribunal une cessation partielle d'activité. Les choix de l'administrateur peuvent entrer en contradiction avec l'exécution de contrats administratifs, en particulier avec les contrats de la commande publique.

382. **Des conséquences de l'interdiction de payer sur l'exécution technique –** L'article L. 622-7 du code de commerce interdit le règlement de toute créance née antérieurement à l'ouverture de la procédure. Si cette disposition est essentiellement susceptible de mettre en péril l'exécution financière d'un contrat[520], doivent être envisagées ses conséquences concrètes sur l'exécution technique[521]. L'accumulation de dettes par l'entreprise titulaire d'un contrat administratif est susceptible d'altérer sa relation avec les tierces entreprises, nécessaires à la mise en œuvre de ses obligations contractuelles. C'est notamment le cas lorsque les dettes à l'égard des fournisseurs ne peuvent être honorées. Lesdites entreprises peuvent alors refuser de conclure de nouveaux contrats avec le débiteur, ce qui a nécessairement une influence sur la livraison du matériel ou des matériaux nécessaires à l'exécution de ses prestations contractuelles à l'égard des clients. La conséquence immédiate de ce l'interdiction des paiements serait alors d'interrompre ou de ralentir

[517] V. par ex : Cass. com., 28 mai 2002, n°99-15.040, *Dr. sociétés* 2002, n°218, note LEGROS ; *RPC* 2003. 15, obs. LEBEL.

[518] Art. L. 622-1 du code de commerce.

[519] Art. L. 631-12 du code de commerce.

[520] Qui sera traitée dans le chapitre suivant.

[521] Précisons que l'interdiction de régler les créances nées après le jugement d'ouverture, également prévue à l'article L. 622-7 du code de commerce est très conditionnée et laissée à l'appréciation du mandataire judiciaire sous le contrôle éventuel du juge-commissaire, afin de permettre la poursuite de l'activité (article L. 622-17, I). Il y a donc peu de risque que cette interdiction ait une influence sur l'exécution technique des contrats administratifs.

l'exécution du contrat administratif. Supposée geler le règlement du passif et permettre, sur le plan financier, la poursuite de l'activité, cette interdiction des paiements est parfois susceptible de provoquer des difficultés dans l'ensemble de la chaîne contractuelle.

383. **La mise en œuvre d'une cessation partielle d'activité –** La cessation partielle de l'activité d'une entreprise[522] par décision du Tribunal de la procédure collective est un autre obstacle à l'exécution technique. En application de l'article L. 622-10, une partie parfois déterminante de l'activité peut être suspendue pour limiter l'accroissement du passif. Certaines branches déficitaires de l'entreprise peuvent alors être interrompues, certains salariés, placés au chômage partiel, conformément aux articles L. 5122-1 et suivants du code du travail. La réduction, même temporaire, des capacités de production de l'entreprise peut avoir pour effet de ralentir l'exécution des prestations contractuelles et donc par définition, de perturber l'exécution technique des contrats administratifs. Dans chaque entreprise, en fonction des difficultés rencontrées, la cessation partielle d'activité peut entraver de manière hétéroclite la mise en œuvre des contrats administratifs.

384. **La paralysie des clauses résolutoires** – L'article L. 622-13 du code de commerce prohibe la mise en œuvre des clauses résolutoires fondées sur l'ouverture d'une procédure collective. En effet, ledit article prévoit que :

> *« Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. /Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif. »*

Cette disposition, comme l'article L. 611-16 précédemment évoqué, a pour objet de neutraliser les clauses résolutoires. En l'occurrence, le cocontractant du débiteur ne peut sanctionner par la résiliation l'inexécution des engagements contractuels antérieurs à l'ouverture de la procédure. Cette interdiction a été appliquée à des clauses résolutoires contenues dans le cahier des clauses administratives générales, elle est donc étendue par le juge administratif aux contrats administratifs[523]. S'il est admis que la résiliation d'un contrat ne peut avoir pour cause le placement

[522] Art. L. 622-10, al. 1er du code de commerce.

[523] CAA Nantes, 2ème ch., 10 juin 1993, *Société auxiliaire Agro*-alimentaire, n°91NT00139, mentionné aux tables du recueil Lebon ; CE, 20 juill. 1988, *Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB),* n°48036.

en procédure collective, l'article L. 622-13 du code de commerce va plus loin, en ne permettant pas aux personnes publiques contractantes de sanctionner les défaillances du débiteur dans l'exécution de la convention.

385. **La résiliation de baux** – Dans le même objectif de limiter l'accroissement du passif sans pour autant interrompre l'activité de l'entreprise, des baux du débiteur peuvent être résiliés, conformément à l'article L. 622-14 du code de commerce. Cette hypothèse d'abandon d'une partie des locaux est également susceptible de limiter les capacités de production, de stockage, de logistique de l'entreprise ou d'accompagner une cessation partielle d'activité. Pour autant, il semble peu probable que cette résiliation impacte de manière significative l'exécution technique. L'esprit de cette disposition semble tournée vers la préservation des actifs de l'entreprise ; si l'on suit la logique globale de ce chapitre relatif à la période d'observation[524], il semblerait que seuls les baux improductifs doivent être résiliés, par opposition aux locaux indispensables à la poursuite de l'activité. De même, il est peu probable que les dispositifs du code de commerce relatifs aux baux s'appliquent aux conventions d'occupation du domaine public par les entreprises en difficulté[525]. Si l'article L. 622-14 est manié de manière précautionneuse, en considération de l'objectif de poursuite de l'activité de l'entreprise, il y a peu de risque qu'il impacte significativement l'exécution technique.

386. La période d'observation est une étape préparatoire aux mesures de rétablissement économique des entreprises en difficulté. Ainsi, les moyens juridiques mis en œuvre pour limiter l'accroissement du passif doivent aussi permettre la poursuite de son activité. Les mécanismes de la période d'observation sont généralement employés de manière précautionneuse par les organes de la procédure collective, afin garantir la poursuite des contrats conclus à l'égard des clients du débiteur. L'altération de l'exécution technique des contrats n'est donc pas supposée devenir insurmontable.

[524] Art. L. 622-1 et suivants du code de commerce.

[525] CE, 9 déc. 2017, *SEMMARIS,* n°390906, *precit.* : « *compte tenu des règles spécifiques régissant la domanialité publique, les titres en vertu desquels l'occupation du domaine public est autorisée n'ont pas la nature de baux soumis à un régime de droit privé mais de contrats administratifs. Il en va notamment ainsi des contrats conclus par la Semmaris, personne morale de droit privé délégataire de service public, avec des tiers en vue d'une occupation du domaine public sur lequel elle exerce sa mission de service public […]. Il en résulte que la cour administrative d'appel n'a ni commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en jugeant que le traité de concession dont était titulaire la société Malapert ne pouvait être un bail au sens de l'article L. 641-12 du code de commerce.* ».

B) Des entraves nées de l'exécution d'un plan

387. Il s'agit à présent d'examiner les mesures contenues dans les plans de règlement des difficultés des entreprises qui ont pour effet d'entraver l'exécution technique des contrats administratifs. Il n'est donc pas question ici de la liquidation judiciaire (qui, par définition et sauf poursuite temporaire de l'activité, met un point final aux prestations fournies par l'entreprise), ni des dispositions qui prévoient la résiliation des contrats qui portent sur l'activité de l'entreprise[526], ni encore des plans de cession[527].

388. **La philosophie générale des plans de sauvegarde et de redressement –** Les plans de sauvegarde et de redressement judiciaire mettent en place des mesures curatives aux difficultés de l'entreprise. Les objectifs de ces plans sont identiques ; ils doivent permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif[528]. L'exécution de ces mesures a donc pour objectif d'assurer le maintien de sa capacité de production[529]. Notons en outre que l'adoption d'un plan de redressement ou de sauvegarde est un signe positif quant à la situation de l'entreprise ; la liquidation judiciaire est temporairement écartée ; le Tribunal estime qu'il existe une possibilité raisonnable que l'entreprise parvienne à son rétablissement économique[530]. Les dispositions les plus dérogatoires de la période d'observation sont levées[531]. Pour autant, certaines dispositions des plans de sauvegarde et de redressement judiciaire sont susceptibles d'entraver l'exécution technique des contrats administratifs dans l'objectif de rendre – à terme – à l'entreprise toutes ses facultés.

389. **La direction de l'entreprise sous contrainte –** L'article L. 631-19-1 du code de commerce prévoit que « *lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise* ». Cette disposition laisse entrevoir le caractère très marginal des intérêts propres du dirigeant dans le

---

526 v. §2. « L'interruption de l'exécution technique par le droit des entreprises en difficulté », p. 167.

527 v. Titre I), Chapitre 2 : La cession judiciaire des contrats administratifs.

528 Art. L. 620-1 et L631-1 al. 2 du code de commerce.

529 CA Bordeaux, 25 juin 2008, n°08/00332 ; VALLANSAN J., « *Plan d'apurement et plan de redressement* », *JCP E.* n°48, 27 nov. 2008, n°2435.

530 Art. L. 626-1 du code de commerce : « *Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation* ».

531 Cass. soc., 20 janv. 1993, n°88-42.702 : « *Le jugement arrêtant le plan […] mettant fin, dès son prononcé, à la période d'observation le débiteur retrouve la totalité de ses pouvoirs, sous réserve de ceux qui sont attribués à l'administrateur pour la mise en œuvre du plan et au commissaire à l'exécution du plan pour veiller à l'exécution de celui-ci.* »

processus de redressement de l'entreprise. En plus de se voir imposer un certain nombre d'obligations par le plan, une poursuite des missions de l'administrateur et du mandataire judiciaire peut être ordonnée[532]. En outre, un commissaire à l'exécution du plan est chargé de veiller à ce que le dirigeant exécute scrupuleusement ses dispositions[533]. Contraint par ce plan, le dirigeant est surveillé quant à la gestion de son entreprise au cours de cette phase curative ; il doit régler les échéances qui lui sont imposées. Toute violation des dispositions du plan constatée par le commissaire à l'exécution du plan est signalée au tribunal et au ministère public[534] pour que des sanctions puissent être prononcées. Le carnet de commande de l'entreprise est généralement inclus dans les plans de sauvegarde et de redressement, ainsi que les prévisions de résultats attendues, afin de mettre en place un échéancier de règlement du passif. Le plan peut alors prévoir la réalisation prioritaire des commandes les plus économiquement rentables dans ce même objectif, réorganiser l'entreprise par l'adjonction ou la suppression de branches d'activité[535], procéder à des licenciements, etc. Le dirigeant se trouve tout au long de l'exécution du plan soumis aux règles du plan et sous un contrôle scrupuleux. Toute inexécution des dispositions du plan peut entraîner sa résolution[536] et conduire, le cas échéant, à la liquidation judiciaire de l'entreprise.

390. **Le prononcé de licenciements économiques –** Le plan de redressement ou de sauvegarde procède à la réorganisation de l'entreprise. Dans l'objectif de rétablir sa rentabilité, peuvent ainsi être prononcés des licenciements économiques[537] encadrés par des dispositions du code du travail[538]. Il est patent que l'amoindrissement de la masse salariale réduit les capacités d'intervention économique de l'entreprise. L'exécution des contrats dans les délais et conditions prévus initialement peut ainsi s'en trouver limitée.

391. **Les modalités de réorganisation de l'activité –** De manière plus globale, les obligations de restructuration de l'entreprise découlant du plan sont susceptibles d'affecter l'exécution des

[532] Art. L. 626-24 du code de commerce : « *Le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes, nécessaires à la mise en oeuvre du plan, qu'il détermine. / Le mandataire judiciaire demeure en fonction pendant le temps nécessaire à la vérification et à l'établissement définitif de l'état des créances.* » ; Art. R. 626-38 du code de commerce.

[533] Art. L. 626-25 du code de commerce.

[534] Art. R. 626-47 du code de commerce.

[535] À propos de la prescription des « *possibilités et des modalités d'activité* », v. art. L. 626-2 du code de commerce.

[536] Art. L. 626-27 du code de commerce.

[537] Art. L. 626-2, al. 4 du code de commerce.

[538] Art. L. 1233-58 du code du travail.

contrats. Le plan de sauvegarde ou de redressement peut prévoir l'adjonction, l'arrêt ou la cession d'une ou plusieurs branches d'activité[539]. Si la question de la cession comme celle de l'arrêt de branches d'activité seront traitées ultérieurement[540], il convient d'envisager les conséquences de l'adjonction d'une branche d'activité sur le fonctionnement des branches préexistantes. En effet, comme le soulèvent les Professeurs JACQUEMONT, VABRES et MASTRULLO, « *l'adjonction d'une nouvelle activité, plus exceptionnelle, soulève la difficulté de son financement, et souvent celle de la modification de la structure juridique de l'entreprise* »[541]. Eu égard aux besoins financiers nécessaires au recrutement du personnel dédié à l'activité naissante, l'entreprise devra nécessairement « redistribuer » les salariés entre les différentes branches, quitte à fragiliser le capital humain et financier dédié aux activités traditionnelles de l'entreprise. Toujours est-il que l'hypothèse d'une adjonction d'activités nouvelles doit logiquement avoir pour corollaire un accroissement du capital ou une réorganisation plus économiquement viable du personnel surabondant sur des branches déficitaires. L'altération de l'exécution technique des contrats administratifs devrait donc être mineure, à condition que le plan adopté ait tenu compte de la réalité économique de l'entreprise.

392. C'est d'ailleurs l'enseignement qu'il faut tirer des dispositions régissant l'adoption des plans de continuation de l'activité. Conçus comme la fin de « l'état d'urgence » que constitue la période d'observation, ces plans sont en quelque sorte une période transitoire vers un retour à la normale. S'ils sont correctement élaborés, avec le concours du débiteur, de ses créanciers et des organes de la procédure, l'entrave à l'exécution des contrats administratifs est supposée demeurer mineure, nonobstant certaines hypothèses dans lesquelles la poursuite du contrat devient impossible.

[539] Art. L. 626-1, al. 2 du code de commerce.

[540] À propos de la cession, v. Chapitre 2, à propos de l'arrêt d'une branche d'activité, v. §2. « L'interruption de l'exécution technique par le droit des entreprises en difficulté », p. 167.

[541] JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°771, p.452.

§2. L'interruption de l'exécution technique par le droit des entreprises en difficulté

393. Le droit des entreprises en difficulté promeut, quand cela est possible, la continuité de l'activité et partant, la poursuite des conventions conclues par le débiteur. Il existe toutefois plusieurs situations dans lesquelles l'exécution ne peut perdurer. La nullité de certains contrats administratifs peut être envisagée, bien qu'elle soit très rare (A), de même que des outils de résiliation (B).

A) L'hypothèse d'une nullité du contrat administratif

394. Afin de prévenir l'aggravation du passif, le droit des entreprises en difficulté permet dans un cadre spécifique et restreint la nullité de certains actes susceptibles de nuire à la santé financière de l'entreprise. Il s'agit de la nullité des actes de la période suspecte, dont il convient de préciser les contours (1) pour ensuite étudier son applicabilité à certains contrats administratifs (2).

1) *La nullité des actes conclus pendant la période suspecte*

395. Comprendre la nullité des actes de la période suspecte nécessite de situer ce mécanisme temporellement, procéduralement et d'identifier les types d'actes susceptibles d'en faire l'objet.

396. **La période suspecte** – Définie à l'article L. 632-1 du code de commerce, la période suspecte court à compter de la date de cessation des paiements jusqu'au jugement d'ouverture de la procédure collective. La date de cessation des paiements est fixée par le Tribunal de la procédure collective après consultation du débiteur[542]. Durant cette période qui ne peut excéder dix-huit mois[543], aucune procédure collective n'étant ouverte, le débiteur est demeuré libre l'administration et la gestion de son entreprise. Il a pu y commettre des erreurs ou des fautes de gestion, tel qu'un détournement d'actif ou la conclusion de contrats inutiles ou dangereux pour l'entreprise.

397. **Les procédures concernées** – Par définition, la période suspecte n'existe que lorsque le Tribunal fixe une date de cessation des paiements. Or, les procédures préventives et la procédure de sauvegarde ne sont engagées qu'antérieurement, précisément dans l'objectif d'éviter la cessation des paiements. La période suspecte est donc uniquement identifiée dans les procédures de

[542] Art. L. 631-8 du code de commerce.

[543] Art. L. 631-8 al. 2 du code de commerce.

redressement et de liquidation judiciaires. Il est toutefois possible que ces nullités soient mobilisées dans le cadre d'une procédure de sauvegarde accélérée[544].

398. **Les nullités des actes de la période suspecte** – Les nullités de la période suspecte ont pour objectif de reconstituer les actifs de l'entreprise lorsque « *le débiteur aux abois peut être tenté de dissiper son actif ou d'avantager indûment certains de ses créanciers* »[545] ou de porter atteinte au « *traitement égalitaire entre les créanciers* »[546]. Par cet outil juridique, le Tribunal peut, sur demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du ministère public[547], sanctionner par la nullité les actes défavorables au débiteur, déséquilibrés, susceptibles de l'appauvrir avant même l'ouverture de la procédure collective. Parmi les nullités de la période suspecte, il existe des nullités dites de droit et des nullités facultatives.

399. **Des nullités de plein droit et facultatives** – Les nullités de plein droit sont limitativement énumérées à l'article L. 632-1 du code de commerce[548]. Il s'agit d'actes sans contrepartie ou déséquilibrés, de paiements litigieux, de dépôts, consignations, garanties et actes conservatoires suspects. Lorsqu'il sera saisi d'une demande en nullité concernant ces actes, le Tribunal devra y faire droit. Il existe également des nullités facultatives qui laissent au juge le soin d'apprécier l'opportunité de leur prononcé. Il s'agit de certains règlements de dettes et actes conclus à titre onéreux après la cessation des paiements[549], de saisies administratives et saisies attribution dans

---

544 JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°577, p.347 : *« Cette reconstitution est en principe étrangère à la procédure de sauvegarde puisqu'en l'absence de cessation des paiements, il n'y a pas de période suspecte. Mais, elle pourrait trouver à s'appliquer dans le cadre d'une procédure de sauvegarde accélérée* […]*, ces procédures pouvant être ouvertes même si une cessation des paiements, de moins de quarante-cinq jours à compter du jugement d'ouverture est constatée (C. com., art. L. 641-14). »*

545 MARTIN-SERF A., « *Entreprise en difficulté : nullités de la période suspecte », Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2017, n°2.

546 JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°577, p.347.

547 Art. L. 632-4 du code de commerce.

548 *« 1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ; / 2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ; / 3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; /4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession […] ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ; / 5° Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil, à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ; / 6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ; / 7° Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ; /8° Toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent code ; / 9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ; / 10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ; /11° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur ; / 12° La déclaration d'insaisissabilité faite par le débiteur en application de l'article L. 526-1. »*

549 Art. L. 632-2, al. 1 du code de commerce.

cette même période[550], ainsi que, dans les six mois précédant la cessation des paiements, de certains actes à titre gratuit translatifs de propriété et de déclarations d'insaisissabilité.

400. Pour traiter de la nullité de contrats administratifs conclus pendant la période suspecte ou d'actes d'exécution de ces conventions, il conviendra d'égrener chacune des hypothèses de nullité pour analyser leur influence sur l'exécution technique de certains contrats administratifs.

2) *La nullité d'un contrat administratif conclu pendant la période suspecte*

401. Si certaines hypothèses de nullité, comme celle qui concerne les actes translatifs de propriété à titre gratuit, ne sont que peu susceptibles de concerner des contrats administratifs, d'autres actes interdits pourraient en être frappés. La Cour d'appel de Paris n'a d'ailleurs pas hésité à confirmer la nullité prononcée par le Tribunal de commerce de Paris d'un acte détachable d'un marché public, ce qui laisse envisager l'éventualité du prononcé de nullités de certains contrats administratifs[551].

402. **Des contrats administratifs commutatifs déséquilibrés –** Comme l'énonce le Professeur Gabriel ECKERT dans sa thèse *Droit public et commercialité* :

> *« La notion de contrat commutatif frappé de nullité lorsque les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie, englobe, outre les transactions, les contrats de vente et de location. Or cela peut concerner tant les marchés publics, et notamment les marchés de fourniture, que les concessions d'occupation du domaine public, dès lors que l'entreprise a accepté de conclure à des conditions très défavorables.»*[552]

403. Par analogie, il est possible d'identifier des contrats administratifs commutatifs déséquilibrés. Si l'on pourrait estimer que les contrats administratifs sont tous inégalitaires, eu égard aux pouvoirs exorbitants accordés à la personne publique contractante, cette analyse est peu convaincante. D'une part, la jurisprudence administrative en conditionne l'usage et instaure des contreparties qui relativisent la portée de ces pouvoirs[553]. D'autre part, l'analyse de la jurisprudence commerciale

---

[550] Art. L. 632-2, al. 2 du code de commerce.

[551] CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 16 déc. 2015, *CPAM des Yvelines*, n°15/13755.

[552] ECKERT G., *Droit administratif et commercialité*, thèse, Strasbourg, 1994, p. 759

[553] Le juge administratif contrôle en effet la justification (l'existence d'une faute ou d'un intérêt général suffisant) de l'usage de ces pouvoirs et lorsqu'ils sont utilisés dans l'intérêt général, le versement d'une indemnité est requise. Il en va de même en matière de contrats de la commande publique, en application des dispositions de l'article L. 6 du code qui s'y réfère.

permet de constater que le déséquilibre visé par l'article L. 632-1 du code de commerce est conçu comme une inégalité financière altérant la pertinence économique de contracter[554]. Seuls les contrats administratifs économiquement déséquilibrés seraient ainsi susceptibles d'être frappés de nullité. Bien que cette hypothèse restreigne la portée des nullités des contrats administratifs, il n'est pas impossible d'envisager que le débiteur en difficulté économique ait entendu candidater à de nombreux marchés publics à des conditions financières sous-évaluées pour tenter de maintenir une activité significative, quitte à ce que les résultats finaux soit minimes, nuls ou déficitaires. La clairvoyance d'un dirigeant d'entreprise menacé de faillite est parfois altérée ; le prononcé de nullités des contrats administratifs conclus à perte peut alors se révéler nécessaire. La mise à la charge du cocontractant de frais supplémentaires non prévus au contrat a d'ailleurs été annulée par la Cour d'appel de Paris dans sa décision précitée, cette dernière estimant que le marché public devait s'exécuter dans les conditions initialement convenues[555]. Le prononcé de nullités de contrats administratifs par le juge commercial est donc possible, au regard soit du déséquilibre initial de la convention, ou bien de conditions nouvelles susceptibles de rompre significativement l'équité et la pertinence économique du contrat.

404. **Des garanties suspectes dans le cadre de contrats administratifs –** Ainsi que l'évoque le Professeur Gabriel ECKERT dans sa thèse précitée, peuvent être également frappées de nullité certaines « *garanties au profit de la collectivité publique à propos d'un marché public en cours d'exécution* »[556]. En effet, l'article L. 632-1 du code de commerce inscrit au nombre des nullités de droit portant sur les garanties consenties par le débiteur : « *tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil […] toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire […] tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées […] toute mesure conservatoire […] tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire* ». Est ainsi envisagée la nullité de l'ensemble des garanties susceptibles d'appauvrir le débiteur pendant la période suspecte. L'application de ces dispositions peut mettre en péril le versement des garanties nécessaires à l'exécution des contrats de la commande publique[557]. Si ces garanties sont financières

[554] Par exemple, des contrats de travail conclus au détriment économique du débiteur ; Cass. soc., 12 sept. 2012, *F-D, M.M. c/ L. de G. ès qual.et a.,* n°11-20.108 ou encore l'apport en nature au capital d'un immeuble en cas de déséquilibre notable entre la valeur des locaux et celle des droits sociaux attribués ; Cass. com., 3 mai 2011, n°10-17.011.

[555] CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 16 déc. 2015, *CPAM des Yvelines*, n°15/13755.

[556] ECKERT G., *op. cit.,* p. 759.

[557] Peuvent être visées, notamment, les retenues de garantie (art. R. 2191-32 à R. 2191-35 du code de la commande publique), la garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire (art. R. 2191-36 à R. 2191-42), ou encore d'autres garanties pour l'exécution d'un engagement particulier (art. R. 2191-43).

et seront traitées dans le chapitre suivant[558], elles constituent, quand elles sont prévues par les contrats administratifs, un préalable obligatoire à l'exécution technique du contrat. La nullité de leur versement est alors susceptible d'entraver le commencement ou la poursuite des prestations qui font l'objet du contrat.

405. **Les contrats administratifs conclus en connaissance de la situation du débiteur –** Comme l'affirme justement le Professeur Gabriel ECKERT, en application de l'article L. 632-2 du code de commerce, *« tout contrat passé par l'administration est susceptible d'être annulé si l'autorité publique avait connaissance de la situation du débiteur. »*[559]. En effet, l'interprétation extensive de l'article précité conduit le juge commercial à envisager la nullité de « *tous les actes à titre onéreux conclus dans des conditions normales, tous les actes de commerce et les contrats quels qu'ils soient* »[560]. Les contrats administratifs ne devraient donc pas faire exception. Dans le cadre de certains contrats administratifs, il est peu probable que l'Administration ait connaissance de la situation de l'entreprise, notamment lorsqu'il s'agit de contrats passés sans publicité ni mise en concurrence préalable en raison de leur montant, ou en ce qui concerne les contrats portant occupation privative du domaine public, qui ne sont pas soumis à une procédure de passation aussi stricte que les conventions relevant de la commande publique. En ce qui concerne les contrats de la commande publique, eu égard à l'obligation de production de pièces justifiant de la capacité financière de l'entreprise[561], l'acheteur peut être amené à connaître des difficultés de l'entreprise, voire de la cessation des paiements. Pour autant, ainsi que cela a pu être abordé précédemment[562], la cessation des paiements n'interdit pas à l'Administration d'admettre la candidature du débiteur. L'acheteur peut donc en connaissance de cause et sans commettre la moindre faute, conclure un contrat de la commande publique – susceptible de nullité en vertu de l'article L. 632-2 du code de commerce – avec une entreprise en cessation de paiements.

406. Il existe donc quelques hypothèses dans lesquelles le Tribunal de la procédure collective peut être amené à prononcer la nullité de contrats administratifs ou d'actes d'exécution de ces contrats conclus ou effectués au cours de la période suspecte. Cette nullité, qui s'impose à l'Administration

---

[558] v. Chapitre 4 : « *La perturbation de l'exécution financière* ».

[559] ECKERT G., *op. cit.,* p. 759.

[560] MARTIN-SERF A., « *Entreprise en difficulté : nullités de la période suspecte », Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2017, n°238, *cit.* Cass. com., 2 oct. 2007, n°05-20.324, 05-20.938.

[561] Art. R. 2143-11 et R. 2343-11 du code de la commande publique ; Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

[562] v. Chapitre 1 : L'accès limité des entreprises en difficulté aux contrats administratifs.

met *de facto* terme à toute exécution technique et a pour conséquence la reconstitution de la situation financière antérieure. Parallèlement à l'hypothèse de la nullité, le droit des entreprises en difficulté peut conduire par divers biais à l'arrêt de l'exécution technique, pour cause de résiliation.

B) La cessation de l'exécution technique du contrat administratif

407. La pérennité des contrats en cours au moment de l'ouverture d'une procédure collective est suspendue à divers mécanismes et décisions des organes de la procédure collective. D'une part, l'administrateur judiciaire – principalement – fera le « *choix entre les bons et les mauvais contrats (cherry picking)* [563]» grâce à l'option qu'il détient sur leur continuation (1), d'autre part, le Tribunal de la procédure collective à prononcer des résiliations collectives du contrats à l'issue de la procédure collective (2).

1) *La résiliation individuelle des contrats*

408. Au cours de la période d'observation, l'administrateur a la charge de sélectionner les contrats en cours dont la continuation s'impose et ceux qui doivent être résiliés pour ne pas aggraver la situation financière de l'entreprise. Ces contrats feront donc l'objet d'une analyse propre à leur contenu financier et seront ainsi poursuivis ou interrompus individuellement.

409. **L'option sur les contrats en cours** – L'article L. 622-13 du code de commerce[564] règle le sort des contrats en cours pendant la période d'observation. Si le principe issu du I° de cet article est celui de la continuation des contrats en cours, conditionné par la faculté pour l'administrateur de garantir la disponibilité des fonds nécessaires à leur réalisation[565], les points III° à VI° prévoient les conditions dans lesquelles il peut être mis un terme à l'exécution de ces contrats, de plein droit ou sur décision du juge-commissaire. Ainsi, « *après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse* »[566], un contrat en cours est résilié de plein droit. En outre, le juge-commissaire peut procéder à la résiliation d'un contrat en cours sur demande de l'administrateur, si cette décision est « *nécessaire à la sauvegarde du*

[563] JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème édition, Lexis Nexis, 2017, n°373, p. 238.

[564] Cet article est applicable à la sauvegarde mais le même régime juridique est applicable au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire en vertu des articles L. 631-14 et L. 641-11-1 du code de commerce.

[565] Art. L. 622-13, II° du code de commerce.

[566] Art. L. 622-13, III° du code de commerce.

débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant »[567]. Une telle décision « *peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif* »[568]. Cette faculté pour les organes de la procédure collective d'imposer la poursuite ou la résiliation du contrat contrevient aux principes contractuels classiques. Elle neutralise les clauses résolutoires[569] pour faire primer la préservation des capacités financières de l'entreprise. Les contrats administratifs ne semblent pas pouvoir échapper à ce mécanisme dérogatoire.

410. **D'une option sur les contrats administratifs en cours[570]** – Le Conseil d'État a estimé que l'option de l'administrateur s'imposait à l'Administration et que partant, la décision de poursuite du contrat s'imposait à la personne publique[571]. L'option contraindra l'Administration à établir un décompte de résiliation pour en déterminer l'issue financière[572]. Conformément à ces éléments jurisprudentiels, les contrats administratifs ne sont donc pas soumis à un régime différent des contrats de droit privé, comme le confirment clairement une réponse ministérielle[573], une instruction de la Direction générale des finances publiques[574] et la doctrine universitaire[575]. Les contrats administratifs sont donc analysés comme de simples contrats et contraints par le cadre impérieux de la procédure collective.

411. L'option sur les contrats en cours s'analyse comme un « *cherry picking* »[576], un examen approfondi de l'opportunité de continuation de chacun des contrats – administratifs ou de droit privé – de l'entreprise. D'autres mécanismes, à l'inverse, sont susceptibles d'entraîner des résiliations massives, sans que les défauts et qualités intrinsèques à chaque convention soient pris en compte.

2) *La résiliation collective des contrats*

567 Art. L. 622-13, IV° du code de commerce.

568 Art. L. 622-13, V° du code de commerce.

569 Cass. com., 22 janv. 2002, n°99-20.003.

570 SIRINELLI J., « *La résiliation du contrat administratif par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire* », *AJDA* 2021, p. 248.

571 CE, 24 oct. 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°87327, 88242.

572 CE, 3 oct. 2008, *Établissements Paul Mathis*, n°291919.

573 Rep. min., 08 avr. 2014, p. 3241.

574 Instruction DGFiP, 26 janv. 2012, n°12-005-M0.

575 HOEPFNER H., *Droit des contrats administratifs,* Dalloz, 2ème édition, 2019, n°714, p. 634 ; RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, 12ème édition, 2021, n°492, p. 261. ; UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs,* 4ème édition, Lexis Nexis, 2022, n°756, p. 388 ; BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique – Marchés publics – Concessions*, Le Moniteur, 6ème édition, 2019, n°11.1.1.2, p. 525.

576 JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°373, p. 238.

412. Les résiliations massives de contrats – le cas échéant administratifs – dans le cadre des procédures collectives sont la conséquence d'une cessation de tout ou partie des activités de l'entreprise.

413. **L'arrêt d'une partie des activités de l'entreprise** – Un plan de sauvegarde ou de redressement peut prévoir « *l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités* »[577]. L'hypothèse d'un arrêt de certaines activités de l'entreprise a nécessairement des conséquences sur le devenir des contrats qui en relèvent. Si le plan ne prévoit pas en son sein la résiliation des contrats liés à cette activité, l'article L. 626-24 du code de commerce prévoit que « *le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes, nécessaires à la mise en œuvre du plan, qu'il détermine* ». Il établira alors les contrats qui pourront faire l'objet d'une résiliation en raison de la cessation de l'activité qui les concerne, si tant est que ces contrats n'aient pas fait l'objet du droit d'option pendant la période d'observation. Cette résiliation est essentielle pour tenir compte des dispositions du plan de sauvegarde ou de redressement. En liquidation, l'article L. 642-7, al. 7 prévoit spécifiquement que « *le cocontractant dont le contrat n'a pas fait l'objet de la cession prévue par le deuxième alinéa peut demander au juge-commissaire qu'il en prononce la résiliation si la poursuite de son exécution n'en est pas demandée par le liquidateur* ». Le code de commerce est relativement imprécis sur les modalités de la résiliation des contrats en cas d'arrêt de l'activité, mais cette résiliation aura bien souvent été décidée au cours de la période d'observation.

414. **La survenance de la liquidation en cours d'exécution** – En liquidation judiciaire, si l'activité peut être poursuivie pendant trois mois pour ne pas aggraver le passif[578], l'entreprise est forcée d'y mettre un terme et donc de résilier les contrats qui en relèvent. L'article L. 641-11-1 al. III, précise les contours des résiliations qui en résultent, identiques à celles qui sont prévues en matière de sauvegarde et de redressement judiciaire. Ces dispositions sont applicables aux contrats administratifs comme aux contrats de droit privé, comme le confirment tant les CCAG[579] que la

[577] Art. L. 626-1 al. 2

[578] Art. L.641-10 et R. 641-18 du code de commerce.

[579] Art. 30.2 CCAG FCS ; Art. 30.2 CCAG PI ; Art. 46.1.2 CCAG Travaux ; Art. 40.2 CCAG TIC ; Art. 35.2 CCAG MI.

doctrine administrative[580] et la jurisprudence[581]. La liquidation judiciaire ne laisse donc aucune latitude quant au devenir des contrats conclus par l'entreprise, en ce que leur résiliation est inéluctable à court terme.

415. **Conclusions partielles** – Toutes les procédures collectives sont donc susceptibles d'avoir une influence significative, par leurs mécanismes propres, sur l'exécution technique des contrats administratifs. Si la procédure collective n'entraîne pas la résiliation systématique de ces conventions[582], selon les besoins de ces procédures, les objectifs du droit des entreprises en difficulté priment sur le droit contractuel public. L'exécution technique subit les contraintes de la procédure engagée, quitte à ce que l'Administration soit contrainte à la résiliation des conventions. La perturbation occasionnée par les mécanismes du livre VI du code de commerce sur l'exécution techniques sont tellement significatifs, qu'ils sont susceptibles de préjudicier aux impératifs d'intérêt général.

416. Il convient donc d'évaluer l'influence concrète des procédures collectives sur les divers mécanismes contractuels pratiqués par le droit public pour évaluer l'adéquation de cette primauté du droit des entreprises en difficulté qui semble s'imposer à l'exécution technique des contrats en cours.

---

[580] Fiche DAJ., *Entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public*, 21 juin 2016 : « *Si le liquidateur confirme que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations du marché public ou en l'absence de réponse au bout d'un mois (ce délai pouvant être diminué ou augmenté, dans la limite de deux mois, par le juge-commissaire), l'acheteur est fondé à prononcer la résiliation de plein droit du marché sans indemnisation du titulaire (article L 641-11-1 du code de commerce). »*

[581] CE, 8 déc. 2017, *Maître Rogeau*, n°390906, « *lorsque le liquidateur a été mis en demeure de se prononcer sur la poursuite d'un contrat en cours, son refus exprès de poursuivre ce contrat, ou l'expiration du délai dont il disposait pour se prononcer, entraîne la résiliation de plein droit du contrat, sans qu'il y ait lieu de faire nécessairement constater cette résiliation par le juge-commissaire.* »

[582] Art. L. 622-13, L. 628-1, L. 631-14 et L. 641-11-1 du code du commerce.

Section 2 : Le traitement de la perturbation de l'exécution technique des contrats administratifs

417. L'exécution technique du contrat administratif est contrainte par les règles de la procédure collective. Ladite exécution est tellement contrainte par les mécanismes juridiques du droit des entreprises en difficulté, qu'il serait tentant d'affirmer que les impératifs des procédures collectives peuvent mettre à mal la préservation de l'intérêt général poursuivi par les contrats administratifs. Il faudra confirmer ou nuancer cette affirmation en étudiant l'impact plus concret du droit des entreprises en difficulté sur les mécanismes spécifiques du droit contractuel administratif (§1) et en s'interrogeant sur la pertinence de l'articulation du droit administratif avec le droit des entreprises en difficulté en matière d'exécution technique (§2).

§1. Des enjeux pour l'exécution technique des contrats administratifs

418. Les mécanismes dérogatoires du droit des entreprises en difficulté sont susceptibles de dérégler significativement l'exécution technique des contrats administratifs. Lorsque s'ouvre en cours d'exécution d'un contrat administratif une procédure collective, l'Administration contractante devra contrôler au mieux les conséquences que pourrait engendrer son déroulement. Il est nécessaire que la personne publique contractante puisse faire valoir ses intérêts à la résiliation ou à la continuation du contrat, notamment au cours de la période d'observation (A), puis, le cas échéant, qu'elle maîtrise la perturbation qu'engendre la procédure collective pour l'exécution du contrat (B).

A) La nécessité pour l'Administration de s'assurer du sort du contrat administratif

419. La survenance de difficultés économiques en cours d'exécution d'un contrat administratif s'appréhende difficilement pour les personnes publiques. En effet, confrontées à un droit aux logiques très spécifiques, il leur incombera de prendre connaissance de l'ouverture et du déroulement des procédures judiciaires et de maîtriser l'éventualité d'une résiliation du contrat.

420. **La connaissance par les personnes publiques des difficultés de l'entreprise –** Contrairement à la phase de passation, réglementée en ce qui concerne les contrats de la commande publique pour encadrer l'attribution de ces conventions aux entreprises en

difficulté[583], l'ouverture d'une procédure collective en cours d'exécution est plus difficile à appréhender. D'une part, l'Administration est relativement impuissante face au déroulement de la procédure collective[584], d'autre part, elle n'est pas nécessairement informée de l'existence de ces difficultés. Il existe certes une obligation d'information prévue par le code de la commande publique en son article L. 2195-4[585] qui vise les cas d'exclusion de ces contrats. Pour autant, la sauvegarde n'est pas un cas d'exclusion et le redressement ne l'est que sous certaines conditions[586] [587]. Toujours est-il qu'il existe plusieurs hypothèses dans lesquelles l'acheteur peut ne pas être informé de l'ouverture d'une procédure collective (en dehors de la liquidation judiciaire). En outre, les titulaires de contrats administratifs qui ne sont pas régis par le code de la commande publique ne sont tenus à aucune obligation d'information à l'égard de l'Administration. Il importe donc que les personnes publiques « *mettent en place une veille automatisée de la situation des titulaires de [leurs] marchés sur le site Infogreffe* »[588] ou encore fassent une « *analyse périodique des comptes des titulaires […] une consultation du BODACC* » voire suivent le « *"scoring" des entreprises, c'est-à-dire une note destinée à mesurer le risque de défaillance des entreprises* »[589] pour être au fait des éventuelles procédures collectives engagées[590], être à même de déclarer leurs créances sur l'entreprise[591] et se positionner sur la continuation des contrats[592].

421. **L'existence d'un droit d'option sur la continuation des contrats administratifs** – Il convient de rappeler à titre liminaire que le droit d'option sur la continuation est rendue applicable aux

583 Chapitre 1 : L'accès limité des entreprises en difficulté aux contrats administratifs.

584 Rappelons que l'ouverture d'une procédure collective ne permet pas à l'Administration de prendre des mesures à l'encontre de son cocontractant ou de résilier le contrat.

585 Art. L. 2195-4 du code de la commande publique : « *Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. / L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif. /Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce, à condition que celui-ci l'ait informé sans délai de son changement de situation.* ».

586 En toutes hypothèses, l'alinéa 3 de cet article exclut la résiliation par l'acheteur des contrats conclus avec une entreprise en redressement judiciaire

587 Art. L. 2141-3, 3° du code de la commande publique.

588 LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives »,* dossier, *Le Moniteur,* precit., p. 12.

589 BIENEK A., GODGENGER M., « *Savoir détecter les risques de défaillances d'entreprises* », dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics,* Le Moniteur, déc. 2012, p. 36.

590 La consultation des informations de l'entreprise grâce au numéro unique d'identification de l'entreprise est la meilleure source d'information qui soit, en ce qu'elle permet de connaître la nature de la procédure engagée mais aussi la mission éventuellement confiée à l'administrateur judiciaire.

591 La déclaration des créances des personnes publiques seront abordées dans le chapitre suivant.

592 Notons toutefois que si le débiteur ne déclare pas la créance dans la liste des créanciers, le relevé de forclusion sera accordé quasi-systématiquement. S'il est mentionné, le mandataire judiciaire ou le liquidateur judiciaire informera la personne publique et l'invitera à déclarer cette créance.

contrats de la commande publique par les CCAG[593] et aux conventions domaniales par la jurisprudence[594]. Il semble alors clair que l'option s'applique à l'ensemble des contrats, indistinctement de leur régime juridique[595] [596]. La mise en œuvre de l'option à l'égard des contrats de la commande publique a également été confirmée par le législateur aux articles L. 2395-2 et L. 3136-4 du code[597], qui prévoient l'application « *des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13* » du code de commerce.

422. **Le rôle de la personne publique contractante dans la préservation de ses intérêts quant à l'option sur la continuation** – Même s'il est fait interdiction à l'Administration de décider elle-même de résilier ou de poursuivre l'exécution du contrat administratif en raison d'un placement en procédure collective, il est toutefois possible[598] pour les personnes publiques de « *provoquer une décision sur [son] sort* »[599]. En effet, l'option fait suite à une mise en demeure du cocontractant[600]. Il importe en l'occurrence que la personne publique contractante mette en demeure les organes de la procédure collective titulaires de ce droit[601] de se positionner sur la poursuite de l'exécution du contrat. D'une part, cette démarche permet à l'Administration de lever le doute dans un délai d'un mois[602] sur la pérennité de l'exécution du contrat[603], d'autre part, elle lui permet de présenter aux organes de la procédure collective ses arguments en faveur de l'une ou l'autre des hypothèses. Il faut toutefois que l'Administration contractante prenne conscience qu'une mise en demeure de se positionner sur la poursuite du contrat administratif peut déboucher sur une résiliation de plein droit, sans prise en compte des intérêts publics. Si la personne publique contractante ne souhaite

---

593 v. par ex art. 39 du CCAG travaux.

594 CE, 8 déc. 2017, *Maître Rogeau*, n°390906.

595 LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.* p. 15.

596 RENOUARD L., « *Résiliation des marchés, articulations des CCAG et du code de commerce* », dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics* n°127, déc. 2012, p. 41.

597 Loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

598 La mise en demeure est facultative ; la Cour de cassation a d'ailleurs pu juger qu'« *un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire peut être continué sans que le contractant ait adressé à l'administrateur judiciaire la mise en demeure* » (Cass. com., 20 juin 2000, n°97-18.204, Bull. 2000, IV, n°130, p. 118).

599 LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.,* p. 14.

600 *Ibid.* ; la mise en demeure ne doit pas être nécessairement présentée sous la forme d'un courrier avec avis de réception (sauf en l'absence de mandataire judiciaire, art. R. 627-1 du code de commerce), bien que ce mode « *soit généralement employé et naturellement recommandé* ».

601 Les titulaires du droit d'option sont l'administrateur, le liquidateur ou le débiteur lui-même (après avis conforme du mandataire en cas de décision de poursuite), art. L. 627-2 du code de commerce.

602 CAA Paris, 7ème ch. , 17 mars 2014, *Sté SEE Simeoni*, n°10PA03358

603 En effet, dans le cas d'une mise en demeure, l'option, même tacite, ne doit être confirmée par aucune juridiction, ni même par le juge-commissaire : CA Lyon, 3ème ch., 13 mars 2014, n°12/04930.

en aucun cas obtenir la résiliation du contrat, la mise en demeure peut se révéler contre-productive. En l'absence de mise en demeure et de prise de position de l'administrateur sur la continuation, le sort du contrat est réglé tacitement. En effet, la continuation du fait peut se déduire de la poursuite de l'exécution[604], alors qu'en présence d'une mise en demeure restée sans réponse dans le délai d'un mois, la résiliation s'impose en dépit de la continuation de l'exécution[605]. Pour autant, il serait erroné de considérer que le fait pour l'Administration de ne pas se manifester lui assure de manière pérenne la continuation du contrat administratif en cours. En effet, les articles L. 622-13, IV et L. 631-14 al. 1 prévoient que l'administrateur peut, de son propre chef, saisir le juge-commissaire d'une demande de résiliation « *si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* »[606].

423. **Les conséquences de la levée positive de l'option –** La levée positive de l'option sécurise la poursuite de l'exécution technique pour les deux parties. L'exception d'inexécution est inopposable à la procédure collective[607] ; la décision de l'administrateur de poursuivre le contrat s'impose à l'Administration[608]. La jurisprudence commerciale a toutefois admis une exception d'inexécution à l'encontre de l'administrateur, conformément aux dispositions de l'article L. 622-13, lorsqu'il n'a pas donné les moyens à l'entreprise d'exécuter le contrat[609] ou lorsque la poursuite des prestations contractuelles a révélé des fautes significatives[610]. Sauf exception, la levée positive de l'option est supposée conduire à une poursuite des engagements contractuels, nonobstant les contraintes inhérentes à la procédure collective[611].

---

604 Cass. com., 3 déc. 1996, n°94-20.669, *Bull.* 1996, IV, n°302 p. 257.

605 CAA Versailles, 3ème ch., 11 déc. 2007, *Commune de Mantes-la-Jolie,* n°05VE02179 : « *après qu'elle a déclaré, le 13 juillet 2001, la cessation de ses paiements, la société Etis, titulaire du marché en cause, a fait l'objet d'une procédure de redressement […], la société Scet a demandé à l'administrateur judiciaire désigné par le tribunal s'il entendait poursuivre l'exécution du marché ; qu'il n'a pas été répondu à cette demande ; que, par ailleurs, la présence de la société Etis lors des réunions du 24 août 2001 et du 23 octobre 2001, dont l'objet était la réception de l'ouvrage et la levée des réserves, ne révèle pas l'intention de cette société de poursuivre l'exécution du marché ; que, par suite, en jugeant que, conformément aux dispositions de l'article L. 621-28 du code de commerce auxquelles renvoie l'article 47.3 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux publics, le silence gardé par l'administrateur avait entraîné de plein droit, le 24 août 2001, la résiliation du marché passé le 7 décembre 2000* »

606 Cass. com., 19 mai 2004, n°01-13.542, *Bull. civ.* IV, n°100 : « *la renonciation de l'administrateur à la poursuite du contrat n'entraîne pas la résiliation de plein droit de la convention à son initiative mais confère au seul cocontractant le droit de la faire prononcer en justice et une telle demande n'entre pas dans les attributions du juge-commissaire* ».

607 ROUQUETTE R., « *L'exécution des marchés publics – Fin des obligations* », in *Droit des marchés publics & contrats publics spéciaux,* Le Moniteur, juill. 2014, tome 3, IV.510.2, p. 6, cit. art. L. 622-13, L. 631-14 et L. 641-10.

608 CE, 24 oct. 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°87327, 88242.

609 Cass. com., 5 juillet 1982, *Sté des grands vins des Côtes-du-Rhône et de Provence*, n°81-10.864, Bull. IV, n°263.

610 Cass., 3ème civ., 17 mars 1976, *Gaudin*, n°74-14.267.

611 v. *B) La nécessité de maîtriser la poursuite de l'exécution technique*, p. 186.

424. **Les conséquences de la levée négative de l'option –** La levée négative de l'option entraîne la résiliation de plein droit du contrat administratif. Dans cette hypothèse, les prestations contractuelles cessent et l'Administration devra prendre des décisions pour l'éventuelle reprise du contrat[612]. La puissance publique disposera d'un temps restreint pour prendre les décisions à même de limiter les conséquences dommageables de la résiliation.

425. **La passation d'un contrat de substitution –** En cas de résiliation, sauf à pouvoir exécuter les prestations restantes en régie, l'Administration engagera nécessairement la passation d'un nouveau contrat avec un tiers. En matière de commande publique, la question de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence se pose, eu égard aux enjeux de poursuite de l'exécution. Pourtant, depuis 2004, l'exception à ces règles, inscrite à l'article 35-II, 3° du code des marchés publics de 2001 n'est plus et les directives européennes de 2014 sont très claires sur la question, en confirmant dès leur préambule que « *conformément aux principes d'égalité de traitement et de transparence, il ne devrait pas être possible, par exemple lorsque le marché est résilié en raison de défaillances dans son exécution, de remplacer l'adjudicataire par un autre opérateur économique sans remise en concurrence du marché* »[613]. Il n'existe d'ailleurs dans le code de la commande publique aucune règle permettant de déroger aux conditions de publicité et de mise en concurrence en raison des défaillances de l'entreprise titulaire[614]. En revanche, certaines hypothèses d'urgence permettent de réduire les délais de consultation des entreprises :

> *« Par exemple, pour les marchés publics classiques, le délai de remise des candidatures peut être abaissé à 15 jours, au lieu de 30 ou 35 (CCP, art. R. 2161-3,3° [appel d'offres ouvert] ; CCP, art. R. 2161-6,1° [appel d'offres restreint), CCP, art. R. 2161-12 (procédure concurrentielle avec négociation]) ; celui de remise des offres peut être réduit à 10 jours, au lieu de 30 (CCP, art. R. 2161-3,3° [appel d'offres ouvert] ; CCP, art. R. 2161-8,3° [appel d'offres restreint], CCP, art. R.2161-15,3° [procédure concurrentielle avec négociation]); tandis que le*

612 MOUNIER B., GRANJON R., « *Faire appel à une entreprise de substitution en cas de défaillance des cocontractants* », dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics,* Le Moniteur, déc. 2012, p. 47 : « *L'ouvrage, les services ou les fournitures sont en effet destinés à répondre soit à ses besoins propres, soit à ceux du public. Dans les contrats administratifs portant sur la réalisation de travaux (concessions, marchés), l'obligation d'assurer la continuité des prestations est particulièrement renforcée. En effet, un ouvrage inachevé a des conséquences très graves pour le maître d'ouvrage, qu'il s'agisse d'assurer la garde d'un ouvrage, d'indemniser les entreprises non-fautives, des délais d'attente ou des pertes d'exploitation lorsque l'ouvrage est destiné à une activité de production ou de services […] a fortiori lorsque l'exploitation de l'ouvrage doit être confiée à un tiers dans le cadre d'un contrat distinct ».*

613 Directive 2014/24/UE, Préambule, pt. 110 ; Directive 2014/25/UE, Préambule, pt. 116.

614 Art. L. 2122-1 et R. 2122-10 à R. 2122-11 du code de la commande publique.

délai minimum d'envoi des renseignements complémentaires peut être ramené à 4 jours, au lieu de 6 (CCP, art. R. 2132). »[615]

La justification de l'urgence est rendue nécessaire par les textes, sans toutefois que ces derniers n'en aient précisé la teneur. La jurisprudence relative à cette exception d'urgence n'a pas encore eu à se prononcer sur la question de l'urgence née de la résiliation prononcée dans le cadre d'une procédure collective. Pour autant, par analogie[616], on remarque que « *les exemples fournis par la jurisprudence résultent encore [*car rendus sous l'empire du droit antérieur*] de cette distinction liée à l'extériorité.* […] *La jurisprudence est sans doute appelée à évoluer sur ce point. Toutefois, il convient bien entendu de rester prudent dans la mise en œuvre de délais réduits de publicité et de mise en concurrence, en qualifiant en amont l'urgence qui justifie ces délais* »[617]. En tout état de cause, il pourrait être soutenu que la résiliation par l'administrateur du contrat passé avec une entreprise en difficulté pourrait revêtir cette extériorité et un caractère urgent, eu égard aux impératifs publics et à ceux auxquels sont soumis d'autres titulaires de contrats de la commande publique[618]. La situation d'urgence caractérisée, prévue aux articles R. 2122-1 (marchés classiques), R. 2322-4 (marchés de défense et sécurité) et R. 3121-6, 3° (concessions) qui permet la passation de contrats négociés sans publicité ni mise en concurrence, est encadrée par des critères très restrictifs qui ne semblent pas pouvoir trouver à s'appliquer à la seule résiliation du fait d'une procédure collective.

426. En outre, et en dehors de toute urgence, si la valeur estimée des prestations restant à effectuer est inférieure aux seuils de publicité et de mise en concurrence, l'Administration peut procéder à la sélection rapide d'un nouveau cocontractant, conformément à l'article R. 2122-8 du code de la commande publique, en dehors de toute procédure formalisée ou adaptée. Bien que l'on puisse le regretter eu égard aux enjeux, les hypothèses de dérogation aux obligations classiques de publicité et de mise en concurrence à la suite de la levée négative de l'option semblent donc très restreintes. Cela conduira la plupart du temps l'acheteur à procéder à une nouvelle procédure de passation, quitte à subir les conséquences dommageables résultant de son délai[619].

---

[615] GUELLIER Ph., EKINCI A., « *Passation des contrats de la commande publique en situation d'urgence* », *Contrats Publics* n°209, mai 2020, p. 25.

[616] CE, 30 septembre 1996, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n°164114 ; CAA Lyon 18 décembre 2003, *Préfet du Rhône*, n°99LY02245 ; CE 4 avril 1997, *Département d'Ille-et-Vilaine*, n°145388.

[617] GUELLIER Ph., EKINCI A., « *Passation des contrats de la commande publique en situation d'urgence* », *precit.,* p. 25.

[618] L'hypothèse de l'urgence à la passation d'un marché de substitution peut être envisagée plus particulièrement en matière de travaux, lorsque l'exécution des prestations des différents corps de métiers dépend du remplacement de l'entreprise défaillante.

[619] Notons toutefois que le Conseil d'État a pu admettre dans une décision *Sea Invest Bordeaux* qu'une concession de substitution temporaire puisse être passée avec un tiers pendant la durée de la passation du nouveau contrat : CE, 14 févr. 2017, *Sea Invest*

427. Il faut enfin noter que l'article 52.4. du CCAG travaux garantit à l'ancien titulaire la possibilité d'avoir connaissance des modalités de poursuite de l'exécution du contrat en cas de résiliation à ses frais et risques[620]. Si cette règle ne semblerait pas être directement applicable aux résiliations exercées dans le cadre d'une procédure collective, il sera pertinent pour la personne publique contractante de tenir informée l'entreprise en difficulté de la poursuite de l'exécution des travaux par le titulaire de substitution, afin de simplifier les opérations de réception des ouvrages et le partage des responsabilités en cas de mise en œuvre des différentes garanties post-contractuelles.

428. **La résiliation du contrat du membre d'un groupement –** En cas de défaillance du membre d'un groupement, les conséquences pour la personne publique contractante sont radicalement opposées selon qu'il s'agit d'un groupement solidaire ou d'un groupement conjoint.

429. Dans la première hypothèse, « *il n'existe qu'une relation contractuelle unique entre ses membres et le maître d'ouvrage et […] par suite, le marché est indivisible* »[621]. En cas de résiliation par la voie de l'option de l'un des membres avec son groupement, le Conseil d'État a estimé dans une décision *Communauté urbaine de Lyon*[622] que le groupement solidaire continue l'exécution des prestations et doit se substituer à ce co-traitant défaillant[623], notamment pour l'établissement du décompte général, y-compris si ce dernier était mandataire du groupement. Dans une telle situation, il conviendra de nommer un nouveau mandataire au sein du groupement, sauf à ce qu'il ne reste qu'une seule entreprise titulaire après la résiliation. La poursuite de l'exécution par le groupement solidaire pourra être assurée par ses membres, bien qu'un recours à la sous-traitance soit une solution séduisante pour pallier cette défaillance du co-traitant.

430. Dans l'hypothèse d'un groupement conjoint, chacun des co-traitants n'est lié contractuellement qu'avec l'acheteur. Les autres membres du groupement ne sont pas tenus d'assumer les

---

Bordeaux, n°405157 : « *en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en oeuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance* ».

620 CE, 9 juin 2017, *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot (SEMCC)*, n°399382.

621 LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.,* p. 18.

622 CE, 7/2 SSR, 19 mars 2012,*Communauté urbaine de Lyon,* n°346263, v. concl. BOULOUIS N., « *Quel est l'impact de la mise en liquidation judiciaire du mandataire d'un groupement solidaire sur le principe de l'unicité du décompte général* », *BJCP* n°83, p. 257.

623 v. aussi CAA Versailles, 3ème ch, 15 mai 2007, *Sté STEIN énergie chaudières industrielles,* n°06VE00012.

conséquences de la résiliation par voie d'option ; la tâche revient à l'Administration. La solution de la sous-traitance est exclue, puisque la passation d'un nouveau contrat par l'Administration avec un tiers serait soumise à l'obligation de publicité et de mise en concurrence dans les conditions précédemment énoncées. Comme l'affirment Franck LEPRON et Maxime MOLKHOU, « *la reprise par le (ou les) cotraitant(s) restant(s) des prestations du cotraitant défaillant doit s'analyser comme une véritable cession partielle du marché initial* »[624]. Le point de savoir si cette « *cession* » est soumise aux obligations de mise en concurrence n'est pas clairement définie, en ce que les directives de 2014 prévoient qu'un marché public ou une concession peut être passé sans mise en concurrence « *lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché ii) à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive* »[625]. En l'absence de précisions dans ces textes, dans leur transposition ou dans la jurisprudence administrative, il serait risqué de considérer que cette cession du contrat au sein d'un groupement conjoint pourrait s'effectuer sans engager une procédure de publicité et de mise en concurrence. Il conviendra donc de prendre toutes les précautions nécessaires en suivant les règles de passation les plus strictes.

431. **La résiliation d'une convention d'occupation du domaine public –** Comme cela a pu être abordé lors de précédents développements propres à la cession[626], l'occupation privative du domaine public est soumise à un régime juridique et à des logiques spécifiques, relativement protectrices de l'Administration et des propriétés publiques, qui soumettent les contrats qui l'autorisent à un régime tout aussi particulier. L'application de l'option sur la continuation des contrats en cours aux conventions d'occupation privative du domaine publique pose donc question en ce que la solution se trouve « *au carrefour de plusieurs droits potentiellement antagoniques : le droit domanial,* […] *le droit public contractuel,* […et] *le droit commercial* »[627]. Une décision *Me. Rogeau c/ SEMMARIS*[628] a déterminé, d'une manière très claire, les conditions de résiliation de ces contrats dans le cadre des procédures collectives. Le contentieux est né de la liquidation judiciaire de la

[624] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.,* p. 18.

[625] Art. 72, Directive 2014/24/UE, art. 89, Directive 2014/25/UE.

[626] Chapitre 2 : La cession judiciaire des contrats administratifs.

[627] LOMBARD F., « *L'articulation du régime du droit des entreprises en difficulté, du droit domanial et du droit des contrats administratifs* », *RTD Com.* 2018, p. 75.

[628] CE, 8 déc. 2017, *Me. Rogeau c/ SEMMARIS,* n°390906, *Lebon 2017.*

société Malapert, titulaire d'un contrat portant sur l'occupation privative du domaine public. L'Administration avait mis en demeure le liquidateur de prendre position sur sa continuation et, en l'absence de réponse de Me. Rogeau, liquidateur, avait considéré que la convention s'en trouvait résiliée, ce que ce dernier a contesté. Deux problèmes juridiques devaient être résolus, celui de la compétence juridictionnelle et celui de l'application du droit d'option à ces contrats.

432. En ce qui concerne la compétence d'attribution[629], une décision du Tribunal des conflits[630] a estimé que le litige devait être porté devant les juridictions administratives, en ce qu'il existe un bloc de compétence réservé au droit administratif pour les différends intéressant le domaine public[631] et le droit des contrats administratifs. Conformément à la décision *SCEA du Cheneau*, la question incidente de droit des entreprises en difficulté pouvait donc faire l'objet d'une question préjudicielle ou être traitée « *par le juge saisi au principal* » sur la base d'une « *jurisprudence établie* »[632]. Le Conseil d'État ne semble pas avoir rencontré de difficulté sérieuse, puisqu'il a appliqué directement au cas présent la jurisprudence commerciale.

433. En ce qui concerne le fond, il convenait de déterminer si les conventions d'occupation du domaine public devaient être considérées comme des baux (soumis à procédure de résiliation spécifique, alternative à l'option et définie aux articles L. 622-14 et L. 641-12 du code de commerce) ou comme des « *contrats en cours* », soumis à l'option des articles L. 622-13 et L. 641-11-1 du même code. L'enjeu était de taille en l'espèce, puisque si le contrat était considéré comme un bail, le droit d'option ne trouvait pas à s'appliquer. Alors, la mise en demeure de l'Administration était sans objet ; le silence du liquidateur n'impliquait pas la résiliation implicite. Le Conseil d'État estime que « *compte tenu des règles spécifiques régissant la domanialité publique, les titres en vertu desquels l'occupation du domaine public est autorisée n'ont pas la nature de baux soumis à un régime de droit privé mais de contrats administratifs* ». Il en résulte que la mise en demeure de la SEMMARIS avait emporté la levée négative implicite de l'option sur la continuation du contrat, qui était donc résilié. Il ressort de cette décision que les conventions d'occupation du domaine public sont considérées comme des « *contrats en cours* » et que s'applique l'option des articles L. 622-13 et L. 641-11-1 code de commerce. Contrairement à la spécificité admise en matière de cession judiciaire, qui soumet les conventions d'occupation du domaine public à un régime spécifique, le

[629] La question de la compétence sera traitée de manière plus détaillée dans un pénultième chapitre : « *La difficile répartition des compétences* »

[630] TC, 24 avr. 2017, *Me. Rogeau c/ SEMMARIS,* n°C4078, *Lebon* 2017

[631] Art. L. 2331-1 CGPPP.

[632] TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau c. Inaport et M. Cherel et autres c. CNIEL*, n°C3828.

droit de la résiliation dans le cadre d'une procédure collective n'a rien de spécifique. Les autorisations d'occupation temporaires sont des contrats en cours comme les autres. A la suite de la résiliation, l'Administration pourra librement reprendre possession de ses biens ou, dans les conditions de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, conclure une nouvelle convention avec une tierce personne.

434. La levée de l'option, en particulier si elle est négative, peut conduire l'Administration à affronter de nombreux problèmes juridiques (en particulier en droit de la commande publique), lesquels, s'ils ne sont pas correctement traités, sont susceptibles d'engendrer des conséquences financières significatives[633]. En cas de levée positive de l'option, en revanche, l'exécution des contrats se poursuit, malgré les contraintes de la procédure collective.

B) La nécessité de maîtriser la poursuite de l'exécution technique

435. Si en l'absence de résiliation du contrat administratif, par principe, l'exécution technique est supposée se poursuivre dans des conditions normales, plusieurs hypothèses de perturbation du déroulement de la vie du contrat peuvent émerger.

436. **Les implications de la continuation des contrats administratifs –** Une fois la levée positive de l'option effectuée et en l'absence de résiliation par le juge-commissaire, les règles qui régissent l'exécution des contrats administratifs s'appliquent intégralement au titulaire en difficulté. La convention s'exécute, en vertu du principe de force obligatoire du contrat[634], conformément aux prescriptions techniques[635] et dans les délais stipulés, en exécution des ordres de service[636] et des éventuelles mises en demeure[637] de l'Administration. Pour autant, certaines dispositions du code de commerce peuvent entraver ces modalités d'exécution.

437. **Le risque d'allongement des délais d'exécution du contrat –** En droit de la commande publique particulièrement, le respect des délais d'exécution des prestations contractuelles est strictement encadré et des clauses contractuelles sanctionnent généralement les retards des

633 v. Chapitre 4 : *La perturnation de l'exécution financière*.

634 CE, Ass., 20 juin 2001, *Berton*, n°222600 ; art. 1103 du code civil.

635 Les prescriptions techniques sont propres à chaque type de contrat, qu'elles impliquent, par exemple, les modalités réalisation de prestations ou de protection du domaine public concédé.

636 CE, 9 févr. 1994, *Sté Biterroise de plâtres et constructions*, n°39689 et 39697.

637 CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Rec. CE 1913, p. 583.

entreprises titulaires de ces contrats. Or, les mécanismes propres au droit des entreprises en difficulté peuvent provoquer l'allongement des délais d'exécution, souvent indépendamment de la volonté du titulaire.

438. **La procédure collective du sous-traitant –** C'est précisément le cas lorsque les organes de la procédure collective procèdent à la résiliation d'un contrat de sous-traitance. Le titulaire, soumis au principe d'exécution personnelle du contrat, devra assumer la défaillance de son sous-traitant, qui n'entretient aucune relation contractuelle avec l'acheteur[638] [639]. Il notamment été jugé que l'Administration ne peut engager la responsabilité administrative extracontractuelle du sous-traitant du fait de l'inexécution des prestations[640]. Cette même décision prévoit en outre que, même en cas de malfaçons du sous-traitant, l'engagement de la responsabilité devrait être « *utilement recherchée* », ce qui, comme l'affirment Hervé de GAUDEMAR[641] comme François FOURMEAUX[642], exclurait la majorité des entreprises en difficulté. Le rôle de l'Administration dans sa relation avec les sous-traitants est limité au contrôle de l'effectivité des prestations, qui peut conduire à la réduction du paiement direct dont ils bénéficient[643], sans qu'elle doive supporter elle-même les effets de la résiliation. Le donneur d'ordre en assumera donc les conséquences, une action en responsabilité civile ayant peu de chances de prospérer eu égard à la procédure collective engagée[644].

---

638 Art. L. 2193-2 du code de la commande publique : « *la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.* »

639 Notons toutefois qu'il résulte de l'article 6 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 que malgré la liquidation judiciaire du donneur d'ordre, le sous-traitant bénéficiant du paiement direct a droit au paiement des prestations effectuées. L'intruction de DGFiP (26 janv. 2012, n°12-005-M0, p. 6, n°2.2) prévoit néanmoins que « *cette solution ne vaut que pour les prestations effectuées par le sous-traitant avant la liquidation judiciaire qui entraîne la résiliation du marché. En effet, une fois la liquidation judiciaire intervenue et le marché résilié, le sous-traitant ne peut plus intervenir* ».

640 CE, 7 déc. 2015, *Commune de Bihorel*, n°380419.

641 GAUDEMAR (de) H., « *Ouverture de l'action en responsabilité quasi délictuelle du maître d'ouvrage public contre un sous-traitant* », *RDI* 2016, p. 93.

642 FOURMEAUX F., « *Engagement de la responsabilité du sous-traitant, contrôle de l'exécution des prestations : jusqu'où le maître d'ouvrage peut-il aller ?* », site *Légibase – Commande publique*, 30 juin 2017, https://commande-publique.legibase.fr/actualites/focus/engagement-de-la-responsabilite-du-sous-traitant-78338.

643 CE, 28 avr. 2000, *Société Peinture Normandie*, n°181604 ; CAA Bordeaux, 9 déc. 2010, *Société Dirickx Espace Protect*, n°10BX00725 ; CE, 27 janv. 2017, *Société Baudin Châteauneuf Dervaux*, n°397311 ; CE, 9 juin 2017, *Société Keller Fondations Spéciales c/ Commune de Montereau-Fault-Yonne*, n°396358.

644 En toutes hypothèses, une telle action ne pourrait qu'aboutir à fixer une créance au passif du débiteur et non à une condamnation, eu égard à l'interdiction des poursuites contre le débiteur en procédure collective.

439. **Les conséquences marginales du dessaisissement en cas de continuation** – Dès lors que l'administrateur a fait le choix de poursuivre l'exécution d'un contrat en cours, l'article L. 622-13, II° du code de commerce l'oblige à assurer la soutenabilité financière de l'exécution :

> *« L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. »*

440. La décision de continuation oblige tant l'Administration, que l'administrateur et le débiteur à poursuivre le contrat tel qu'initialement conclu[645]. L'administrateur engage sa responsabilité personnelle s'il ne permet pas l'exécution technique du contrat dont il a décidé la continuation[646], en s'assurant que l'entreprise dispose des fonds nécessaires pour honorer les stipulations du contrat. Le défaut d'information sur l'insuffisance de trésorerie à l'égard des fournisseurs de l'entreprise engage également la responsabilité de l'administrateur[647]. Cette jurisprudence ne s'applique toutefois qu'à l'administrateur qui a été conduit à se prononcer sur la continuation du contrat[648] et ne concerne que la soutenabilité financière de la convention, à l'exclusion de toute considération technique. Cela corrobore encore la nécessité pour l'Administration de demander aux organes de la procédure collective de statuer sur la continuation par une mise en demeure, pour s'assurer que l'administrateur soit ensuite le garant de l'effectivité de la poursuite du contrat. Le dessaisissement, considéré comme une contrainte, peut devenir – même partiellement – une garantie pour la personne publique contractante.

441. **Les conséquences préjudiciables de l'interdiction de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture –** En revanche, l'interdiction pour l'entreprise en difficulté de payer ses dettes antérieures au jugement d'ouverture[649] s'imposera à son

[645] Cass. com., 7 juil. 1982, *Sté des grands vins des Côtes-du-Rhône et de Provence,* n°81-10.864.

[646] Cass. com., 5 avr. 2016, n°14-21.664.

[647] Cass. com., 10 mai 2005, n°04-11.222.

[648] Cass. com., 7 oct. 2020, n°19-14.807

[649] Art. L. 622-7 du code de commerce.

cocontractant[650], le cas échéant l'Administration[651], bouleversant ainsi les mécanismes de droit public contractuel. La personne publique contractante sera tenue également de poursuivre l'exécution technique et financière, même à défaut de paiement par le cocontractant en difficulté des obligations financières nées antérieurement au jugement d'ouverture. Les pénalités financières ou le versement des garanties dues avant tout commencement d'exécution, par exemple, sont susceptibles d'être neutralisés, de même que les redevances dues pour l'occupation privative du domaine public. L'Administration pourra toutefois déclarer ces créances auprès du mandataire judiciaire, conformément à l'article L. 622-24 du code de commerce, en espérant qu'elles puissent être honorées au terme de la procédure collective.

442. **Les conséquences dommageables des licenciements économiques** – Même en cas de continuation des contrats administratifs en cours d'exécution, des licenciements peuvent être prononcés, tant pendant la période d'observation qu'en vertu d'un plan de redressement [652]. La réduction des effectifs de l'entreprise en difficulté est susceptible de ralentir l'exécution technique des prestations, essentiellement dans les contrats de la commande publique. Ces licenciements sont ainsi susceptibles d'entraîner le prononcé de sanctions contractuelles, si tant est qu'elles n'ont pas été neutralisées par l'article L. 611-16 du code de commerce. Contrairement aux conséquences financières de la poursuite, l'administrateur ne semble pas – aux termes de la jurisprudence commerciale – devoir assumer les conséquences des retards d'exécution. L'Administration devra donc subir, sans pouvoir les maîtriser, les défaillances d'exécution inhérentes à ces licenciements.

442 *bis*. **L'usage de techniques contractuelles propres à prémunir l'Administration des difficultés du titulaire** – Outre l'usage des garanties classiques, prévues par le code de la commande publique[653], l'on peut imaginer le déploiement de techniques contractuelles lors de la passation du contrat administratif, destinées à prémunir la personne publique contractante des défaillances éventuelles du titulaire. Il s'agit notamment, dans les groupes de sociétés, de prévoir la solidarité de la société mère – attributaire – en cas de difficultés de la société de projet constituée pour

650 Cass. com. 28 juin 2011, n°10-19.463 ; Cass. com., 28 mai 2002, n°99-12.275.

651 CAA Bordeaux, 2ème ch., 30 juin 2014, n°13BX01850 : « *les dispositions [*de l'article L. 622-7*], […] qui réservent à l'autorité judiciaire la détermination des modalités de règlement des créances sur les entreprises en état de redressement, ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, s'agissant des créances qui, par leur nature, relèvent de sa compétence, comme en l'espèce s'agissant des sommes dues par la SEMA à une entreprise au titre du solde d'un marché public qu'elle avait conclu pour la commune de Sainte-Marie, examine si l'entreprise demanderesse, la société La centrale des carrières, a droit à indemnisation, fixe le montant des sommes qui lui sont dues à ce titre et prononce la condamnation de la SEMA à verser une provision,* ***sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur le recouvrement de ces créances*** *»*

652 Art. L. 621-37 et L. 626-2 du code de commerce.

653 v. *infra*, notamment n°561, p. 252.

l'exécution du contrat, ce qu'a admis le Conseil d'État en 2020[654]. D'autres clauses pourraient ainsi être insérées aux contrats administratifs afin de garantir la poursuite d'exécution ou la responsabilité financière auprès de tiers. Seuls l'ordre public contractuel et la nécessité de ne pas complexifier excessivement l'accès des petites et moyennes entreprises aux contrats administratifs – et singulièrement à la commande publique – sont de nature à brider l'initiative des personnes publique contractantes. Confrontés à la nécessité de

442 *ter*. L'équilibre complexe entre garanties pour l'Administration et difficulté d'accès aux contrats administratifs peut être illustrée par la jurisprudence et les techniques contractuelles utilisée à propos des biens de retour dans les contrats de concession. Par la jurisprudence *Commune de Douai* et *Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye*[655], le Conseil d'État a entendu mettre en œuvre un régime protecteur des biens de retours dans les contrats de concession de service public en prévoyant la pleine propriété publique des biens de retour dès la signature de la convention. Toutefois, il faut être conscient de ce que l'existence de droits réels sur les ouvrages construits dans les cadre des concessions de service public est une garantie de leur financement auprès des organismes bancaires, à titre de garantie. C'est précisément la raison pour laquelle le juge administratif a admis qu'il en soit disposé autrement. Il est donc prévu que la jurisprudence *Commune de Douai* sur la propriété publique des biens *ab initio* ne s'applique que « *dans le silence de la convention* ». En matière de droit réels, il en va de même, puisque la même décision énonce que « *la faculté offerte aux parties au contrat d'en disposer autrement ne peut s'exercer, en ce qui concerne les droits réels dont peut bénéficier le cocontractant sur le domaine public, que selon les modalités et dans les limites définies aux articles L. 2122-6 à L. 2122-14 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) ou aux articles L. 1311-2 à L. 1311-8 du code général des collectivités territoriales (CGCT) et à condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public* ». Ainsi, la protection par le contrat des biens affectés au service public d'une l'éventuelle procédure collective de l'exploitant doit être mise en œuvre de manière tempérée, afin de ne permettre le financement des ouvrages publics. Les techniques contractuelles de protection de l'action administrative contre les procédures du livre VI du code de commerce ne sont certainement pas une solution infaillible et peuvent révéler des effets contreproductifs sur le marché économique.

443. **Le prononcé de sanctions contractuelles** – Contrairement à ce que pourrait laisser envisager l'article L. 611-16 du code de commerce, les sanctions stipulées par les contrats administratifs ne

[654] CE, 12 oct. 2020, *Sté Vert Marine c/ Cne d'Antibes*, n°431903, v. ECKERT. G., « *Défaillance de la société dédiée et garantie de la société-mère* », *CMP* n°12, déc. 2020, comm. 334.

[655] CE, 21 déc. 2012, *Commune de* Douai, n°342788 ; CE, 29 juin 2018, *Communauté de communes de la vallée de* l'Ubaye, n°402251

sont pas neutralisées. Comme l'affirment Franck LEPRON et Maxime MOLKHOU, « *la décision, prise par le titulaire de l'option, de continuer l'exécution du marché n'interdit en rien à l'administration de faire usage de ses pouvoirs de sanction, dans l'hypothèse où l'exécution des prestations du marché serait elle-même défaillante. L'administration reste ainsi fondée à faire application de pénalités, voire à prononcer une mise en régie.* »[656] Le Conseil d'État a d'ailleurs validé à plusieurs reprises la mise en œuvre de ces clauses sanctionnatrices[657]. Ces mêmes auteurs alertent toutefois sur l'impératif de notification de ces sanctions à l'ensemble des personnes concernées – c'est-à-dire, tant aux organes de la procédure collective compétents qu'au débiteur, voire au repreneur – [658] et insistent sur l'interdiction de résiliation – même à titre de sanction – pour des manquements antérieurs au jugement d'ouverture[659].

444. Le déroulement de l'exécution technique du contrat administratif est globalement peu perturbé par les mécanismes de droit des entreprises en difficulté, bien que la situation de l'opérateur économique puisse entraver parfois le déroulement de la convention. Il est également nécessaire d'envisager les conséquences des procédures collectives sur la fin des contrats administratifs.

[656] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.*, p. 17.

[657] CE, 21 sept. 1990, *Pernot* SA, n°36520 ; CE, 7/2 SSR, 11 juill. 2008, *Sté Manathan*, n°288269 ; CE, 7/2 SSR, 30 juill. 2008, *OPAC de la ville de Clermont-Ferrand*, n°278770 ; v. aussi CAA Paris, 6 févr. 2001, *Banque Tahiti*, n°97PA02554.

[658] CE, 7/2 SSR, 11 juill. 2008, *Sté Manathan*, n°288269, precit.

[659] Art. L. 622-13 du code de commerce.

C) L'influence des procédures collectives sur le terme du contrat administratif

445. La défaillance de l'entreprise au terme du contrat peut avoir un enjeu pour les personnes publiques contractantes, que ce soit au moment de l'achèvement de la convention ou dans la mise en action des garanties post-contractuelles.

446. **La fin de la période contractuelle** – Le terme des contrats administratifs, comme celui des contrats de droit privé, peut s'effectuer à « *une date fixe […] : c'est le cas par exemple des conventions d'occupation du domaine public* »[660]. Mais certaines conventions, comme c'est le cas de la majorité des contrats de la commande publique, ne se terminent qu'après la fin des prestations qui sont l'objet du contrat, au moment de la réception définitive des travaux[661] ou de l'acte d'admission des fournitures et services[662]. La fin des engagements contractuels nécessite donc la plupart du temps que soient remplies certaines conditions, dont la réalisation peut être compromise en raison de la procédure collective.

447. **L'impossibilité de lever les réserves du fait de la procédure collective** – Le placement en liquidation judiciaire entre l'achèvement des travaux et la réception définitive des travaux est susceptible de conduire à la neutralisation de l'obligation de levée des réserves de l'entreprise. Dans les contrats de la commande publique, les articles L. 2191-7 et R. 2191-33 permettent à l'acheteur public de prévoir dans les clauses du contrat le versement anticipé d'une retenue de garantie, d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire, destinée, notamment, à couvrir les dépenses de levée des réserves[663] en cas de défaillance de l'opérateur économique. Si l'article L. 643-1 du code de commerce prévoit que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues* », il est peu probable que la retenue de garantie doive être délivrée à l'entreprise avant le délai d'un an prévu par le code de la commande publique. En effet, tel que l'affirme le Ministère de l'économie et des finances dans une réponse ministérielle, cette disposition ne s'applique pas à la retenue de garantie :

> *« Seules les dettes de l'entreprise placée en liquidation judiciaire sont concernées par l'exigibilité immédiate et non les créances à terme qu'elle détient. La retenue de garantie constitue une créance détenue par le titulaire du marché en liquidation judiciaire sur le maître de l'ouvrage. Les*

[660] UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs,* 4ème édition, Lexis Nexis, 2022, n°746, p. 384.

[661] CE, 5 janvier 1962, *Rietsch*, n°49307 ; CE, 31 mars 1989, *Commune du Chesnay*, n°83583.

[662] TERNEYRE Ph., « *Admission et garantie des fournitures et des prestations de services », Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, Fasc. VI.110.

[663] CE, 19 nov. 1971, *Sté nationale de construction*, n°73664 ; CAA Lyon, 18 févr. 2010, *SA Planche*, n°07LY01299.

> *dispositions de l'article L. 643-1 du code de commerce ne sont donc pas applicables. Aucune disposition du code de commerce relative à la liquidation judiciaire, ni aucune disposition du CMP ne prévoit le remboursement anticipé de la retenue de garantie en cas de liquidation judiciaire. Des lors, en l'absence de jurisprudence contraire, l'article 103 du CMP s'applique : la retenue de garantie ne peut être remboursée par la collectivité locale au liquidateur judiciaire avant l'expiration du délai d'un an. En effet, prévoir le remboursement immédiat de la retenue de garantie, du fait de la liquidation judiciaire, viderait de son objectif la retenue de garantie, qui est de garantir le maître d'ouvrage des malfaçons objets de réserves ou pouvant apparaître après la réception des travaux. Dans une telle hypothèse, la situation du maître d'ouvrage se trouverait fragilisée, puisqu'il se trouverait privé d'une garantie alors même que le titulaire du marché fait l'objet d'une liquidation judiciaire et qu'il risque donc de ne pas être en mesure de pouvoir supporter la charge des travaux à effectuer. Ainsi, la retenue de garantie devra être remboursée au liquidateur judiciaire un mois après l'expiration du délai de garantie d'un an (art. 103 du CMP) à condition qu'aucune réserve n'ait été formulée ou qu'elles ont bien été levées. »*[664]

Plus complexe est la situation dans laquelle la retenue de garantie n'a pas été stipulée, soit parce qu'il ne s'agit pas d'un contrat de la commande publique, soit parce que le contrat déroge par ses clauses particulières aux CCAG. C'est le cas notamment en matière d'occupation du domaine public lorsque l'occupant, placé en liquidation judiciaire, n'honore pas son engagement de remise en état du domaine public. En l'absence de caution ou retenue de garantie versée préalablement ou si son montant est insuffisant, l'Administration sera tenue, soit d'effectuer à ses frais[665] les travaux nécessaires soit de passer un contrat de la commande publique de substitution.

448. **La question des garanties post-contractuelles[666]** – Les garanties post-contractuelles sont dues par l'opérateur économique après la fin du contrat. Comme le précise le Professeur Marion UBAUD-BERGERON, « *le fait qu'elles soient d'un point de vue temporel "post" contrat, ne signifie pas qu'elles soient "hors" contrat : certaines de ces garanties mettent en jeu la responsabilité contractuelle, et toutes reposent sur l'existence préalable d'un contrat* »[667]. La question du maintien de ces garanties est un enjeu pour l'Administration, notamment lorsque l'entreprise est placée en liquidation judiciaire. L'entreprise qui a exécuté le contrat peut disparaître après la réception définitive de ses prestations et

[664] Rep. min., Ministère de l'économie et des finances, JO Sénat, 10 oct. 2013, p. 2974.

[665] Selon l'avancée de la procédure collective, il est probable que l'Administration puisse également déclarer la créance née de la remise en état du domaine public au passif.

[666] À ce propos, v. notamment HOEPFFNER H., *Les garanties des constructeurs en droit public*, LGDJ, Systèmes, 1ère édition, 2018.

[667] UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs,* 2ème édition, Lexis Nexis, 2017, n°770, p. 397.

neutraliser les garanties dont devrait disposer l'Administration. La question se pose donc de la pérennité de la garantie des vices cachés (qui peut être stipulée dans les contrats de fournitures et services[668]), de la garantie biennale[669] et de la garantie décennale[670] (qui peuvent être stipulés dans les contrats de travaux), la garantie de parfait achèvement[671] pouvant être couverte par la retenue de garantie. En cas de liquidation judiciaire et donc de cessation de l'activité, le traitement amiable de ces garanties (notamment par une reprise des travaux ou le remplacement du matériel défectueux) est impossible et devra être réglé sur le plan financier[672], notamment grâce aux assurances décennales obligatoirement souscrites pour les contrats de travaux[673].

449. La liquidation judiciaire, qu'elle soit en cours ou achevée, peut donc conduire à neutraliser la faculté pour l'opérateur économique de rectifier les vices entachant ses prestations et entraîne le versement de compensations financières, quand cela est possible.

450. La mise en œuvre des mécanismes issus du droit des entreprises en difficulté aux contrats administratifs conduit à des entorses au droit applicable à l'exécution technique des contrats administratifs. L'ampleur de l'altération étant énoncée, il faut en juger la pertinence.

§2. L'appréciation de la justesse de l'articulation des régimes juridiques

451. Comme la passation et la cession, l'exécution technique des contrats administratifs peut subir les effets de la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté. L'analyse de la perturbation du droit contractuel public conduira à admettre la difficulté indéniable de parvenir à la conciliation correcte de l'ensemble des intérêts en présence (A), tout en identifiant les difficultés qui pourraient être déjouées grâce à une adaptation du droit applicable aux contrats administratifs (B).

668 CE, 29 janv. 1993, *Synd. Intercommunal des eaux de la Dhuy*, n°122491.

669 CE, 17 déc. 1980, *Min. Universités*, Rec. CE 1980, p. 478 ; CE, 6/2 SSR, 14 mai 1990, *Sté CGE Alsthom*, n°80614, 80840.

670 CE, 10/3 SSR, 3 déc. 1986, *Ville de Béziers*, n°53929 ; CE, 15 avr. 2015, *Cne de Saint-Michel-sur-Orge*, n°376229.

671 Art. D. 2171-14 du code de la commande publique.

672 La mise en œuvre de ces garanties sera donc traitée dans le chapitre suivant Chapitre 4 : La perturbation de l'exécution financière.

673 Art. R. 2142-12 du code de la commande publique ; Art. 14, Loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ; Arrêté du 5 janvier 2016 fixant un modèle d'attestation d'assurance comprenant des mentions minimales prévu par l'article L. 243-2 du code des assurances.

A) La complexité de la conciliation

452. La conciliation du droit des contrats administratifs avec le droit des entreprises en difficulté est ardue, en particulier en matière d'exécution. Il serait trompeur d'estimer que l'exorbitance propre au déploiement des effets du contrat administratif devrait permettre de neutraliser les contraintes inhérentes aux procédures collectives. Les précédents développements laissaient envisager l'inverse, et ce, au regard de la prééminence des enjeux de l'exécution des contrats en cours pour le règlement judiciaire des difficultés des entreprises (1) quitte à contraindre les modalités de préservation de l'intérêt général (2).

1) *La préservation les objectifs du droit des entreprises en difficulté*

453. L'effacement du droit des entreprises en difficulté devant le droit contractuel administratif est impraticable, eu égard aux objectifs poursuivis par les procédures collectives.

454. **La continuation forcée du contrat administratif, un enjeu pour le redressement du débiteur** – L'exercice du droit d'option, qui peut conduire à la continuation forcée du contrat, n'est pas une décision arbitraire. L'administrateur doit « *permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »[674] . La poursuite des contrats administratifs est susceptible, de favoriser cet objectif ou au contraire, de l'empêcher. Lorsque l'administrateur exerce son pouvoir, il prend en compte la situation de l'entreprise, sa capacité à poursuivre l'exécution et la rentabilité du contrat. L'option sur la continuation n'est pas une décision anodine pour les organes de la procédure collective. L'administrateur engage en effet sa propre responsabilité à l'égard des cocontractants si l'entreprise dont le contrat a été poursuivi n'est pas en mesure de l'exécuter[675]. Il évalue donc nécessairement, à la fois le montant des ressources financières et humaines disponibles et le résultat financier attendu au terme de l'exécution. Le droit d'option est donc l'un des mécanismes dérogatoires les plus efficaces pour contribuer à la réalisation des objectifs de la procédure collective.

455. **L'altération des modalités d'exécution technique, une garantie de sa soutenabilité financière** – Plusieurs décisions propres à la procédure collective peuvent toutefois perturber l'exécution du contrat. La réorganisation de l'entreprise, la mise en œuvre de licenciements

674 Art. L. 620-1 du code de commerce.

675 Cass. com., 7 juil. 1982, *Sté des grands vins des Côtes-du-Rhône et de Provence,* n°81-10.864 ; Cass. com., 5 avr. 2016, n°14-21.664 ; Cass. com., 10 mai 2005, n°04-11.222 ; Cass. com., 7 oct. 2020, n°19-14.807, *precit.*

économiques comme l'interdiction de payer les créances antérieures à l'ouverture de la procédure peuvent avoir pour effet d'entraver la bonne exécution du contrat et, en particulier, de ralentir l'exécution des prestations, notamment dans les contrats de la commande publique. S'il est légitime de s'en offusquer, il est patent que ces mécanismes contribuent à garantir la soutenabilité financière de la poursuite de l'activité et que sans eux, la résiliation du contrat – voire la liquidation judiciaire – deviendrait nécessaire. Ces mécanismes dérogatoires ont une vocation curative dont il convient d'accepter les contraintes.

456. **L'achèvement prématuré des contrats administratifs, une nécessité partagée** – La nullité ou la résiliation d'un contrat administratif par les organes de la procédure peut être conçue comme une aberration face au mythe de l'exclusivité de l'exorbitance administrative. Pourtant, comme cela a pu être évoqué précédemment, la fin prématurée des contrats administratifs conclus avec les entreprises en difficulté peut se révéler bénéfique tant pour l'entreprise que pour ses créanciers - publics. Exception faite de la cessation d'activité – et partant de la rupture de fait des contrats – dans le cadre d'une liquidation judiciaire, l'immense majorité des décisions mettant fin aux contrats de l'entreprise sont effectuées sur la base d'une analyse économique. Le « *cherry picking* »[676] sur les contrats en cours auquel se livre l'administrateur judiciaire est imprégné de préoccupations économiques qui sont partagées par l'Administration. Un contrat déficitaire pour l'entreprise engendrera nécessairement des difficultés de trésorerie, par exemple avec les fournisseurs et partant, des défaillances dans l'exécution du contrat administratif. De la même manière, la décision de résiliation peut avoir pour cause l'incapacité financière de l'entreprise ou la réduction du personnel affecté à l'activité ; là encore, l'exercice du droit d'option est un bon moyen de prévenir les carences qui seraient susceptibles de se révéler dans l'exécution du contrat. Malgré leur caractère brutal, les outils du droit des entreprises en difficulté qui conduisent à l'achèvement prématuré des contrats administratifs, sont parfois un gage de sécurité partagé, un moindre mal face aux risques d'une poursuite irrémédiablement compromise.

457. L'altération de l'exécution technique des contrats administratifs est une évidence eu égard aux objectifs du droit des entreprises en difficulté, mais ce simple constat ne peut occulter la difficulté d'une conciliation avec les intérêts propres à l'Administration.

[676] JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème édition, Lexis Nexis, 2017, n°373, p. 238, *op. cit.*

2) *La relégation des divers intérêts publics attachés à l'exécution technique*

458. L'application du droit des entreprises en difficulté pendant l'exécution du contrat administratif peut primer sur les objectifs propres de la convention et partant, reléguer au second plan l'intérêt général. Cette hiérarchisation peut poser question, différemment selon le type de contrat en cours.

459. **La protection du principe de continuité du service public** – Lorsque l'entreprise gestionnaire d'un service public est en difficulté, l'affaiblissement du droit contractuel conduit à s'interroger, conceptuellement comme pratiquement, sur la portée du principe constitutionnel de continuité du service public[677]. Le maintien de la capacité d'exécution des missions de service public en cas de continuation du contrat et la maîtrise de la poursuite immédiate des prestations en cas de résiliation sont des enjeux cruciaux. Il conviendrait de les traiter par un encadrement spécifique de l'application du droit des entreprises en difficulté aux marchés publics de service public et aux concessions de service public.

460. **La protection de l'intérêt général** – Au-delà des potentielles atteintes au principe de continuité du service public, les contrats administratifs poursuivent, par définition, l'intérêt général. La résiliation ou la continuation altérée d'un marché public de travaux ou de fourniture peut mettre en péril la gestion d'un service public ou perturber son bon fonctionnement. Ces altérations de l'exécution peuvent provoquer des dommages pour les tiers, notamment lorsque le contrat administratif a pour objet la sécurisation d'un ouvrage public. Il est possible d'imaginer de multiples hypothèses dans lesquelles la perturbation du droit public contractuel est susceptible d'engendrer des troubles graves à l'intérêt général. Il semblerait nécessaire que la gravité des conséquences pour l'intérêt général de l'application du droit des entreprises en difficulté soit mieux prise en compte.

461. **Le traitement judiciaire des difficultés des entreprises à capitaux publics** – Comme l'on très justement pointé le Professeur Philippe TERNEYRE[678] et Vincent L'HOTE[679], la procédure collective affectant une société d'économie mixte locale[680] voire une société publique locale[681],

---

677 CC, 25 juillet 1979, n°79-105 DC.

678 TERNEYRE Ph., « *Dangers et méthodes de redressement des sociétés d'économie mixte locales en difficulté* », *Petites Affiches*, 25 oct. 1995, p. 35.

679 L'HOTE V., « *L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales* », *AJDA* 2003 p. 2233.

680 Art. L. 1521-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

681 Art. L. 1531-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

met « *les relations contractuelles au cœur d'un conflit de pouvoir* »[682]. Conçues dans l'objectif de conclure des contrats dans un environnement public, voire de faire jouer l'exception de quasi-régie ou encore créées pour gérer des services publics, ces sociétés anonymes s'accommodent mal des outils du droit des entreprises en difficulté. En effet, l'Administration en est toujours l'actionnaire majoritaire et bien la souvent cocontractante principale. Son dessaisissement au profit de l'administrateur judiciaire, voire la résiliation des contrats administratifs conclus avec elle fait naître un conflit entre les multiples intérêts publics et celui des créanciers. L'absence d'adaptation du droit des entreprises en difficulté aux entreprises majoritairement publiques pose un véritable problème de confrontation de ces deux blocs du droit à ce jour irrésolu :

> *« Décidément, les SEML ne sont pas des sociétés anonymes ordinaires. Nées dans le giron du droit public, trop d'éléments contribuent à les y ramener sans cesse, malgré les efforts du législateur pour les en éloigner. Comme si une part irréductible du droit administratif refusait de se laisser dissoudre dans le droit commercial. »*[683]

462. L'objet n'est pas ici de mythifier l'absolue primauté des règles de droit public, mais plutôt d'envisager les situations – précédemment énoncées – dans lesquelles les objectifs poursuivis par les personnes publiques sont tellement fondamentaux que l'application sèche du droit des entreprises en difficulté ne pourrait se concevoir. C'est la raison pour laquelle des éléments de conciliation du droit des contrats administratifs et du droit commercial peuvent être envisagés pour rétablir l'équilibre nécessaire.

B) Des carences dans le droit positif

463. En dépit de l'exorbitance reconnue aux contrats administratifs, le droit de l'exécution technique de ces conventions plie devant les exigences de la procédure collective. L'ampleur de la marginalisation des solutions de droit public contractuel doit être évaluée (1) pour que soient envisagées des pistes de conciliation avec les mécanismes de traitement des difficultés des entreprises (2).

---

682 L'HÔTE V., *art. cit.*

683 *Ibid.*

1) *Le constat d'insuffisances dans la coordination de deux droits contradictoires*

464. Contenues dans les clauses applicables du contrat administratif, les modalités de l'exécution technique sont percutées de front par l'application du droit des entreprises en difficulté. Rien ou presque ne saurait en limiter l'exécution, puisque les pouvoirs des personnes publiques contractantes, s'ils sont globalement préservés, ne peuvent être utilisés pour entraver le déroulement des procédures collectives.

465. **L'application inconditionnelle des mécanismes du droit des entreprises en difficulté** – Les impératifs propres à la bonne exécution technique du contrat n'ont que peu de poids face aux outils créés par le droit commercial pour redresser la situation économique de l'entreprise et assurer le remboursement des créanciers. La puissance publique doit s'accommoder du droit d'option, des nullités, du dessaisissement du débiteur, de la réorganisation de l'entreprise par des licenciements économiques, nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise, à la préservation de l'emploi comme au désintéressement des créanciers. Le droit administratif, textuel comme jurisprudentiel, ne met pas en balance l'intérêt public avec ces mécanismes. Le droit des entreprises en difficulté en cours d'exécution s'applique aux cocontractants du débiteur, soient-ils des personnes publiques.

466. **La relégation de l'usage des pouvoirs exorbitants** – Puisque la mise en œuvre de la procédure collective est impérative, les pouvoirs exorbitants, s'ils ne sont pas complètement neutralisés[684], ne peuvent être utilisés pour contrarier le redressement des entreprises. Le défaut de coordination de l'exorbitance avec la procédure collective vient de la divergence absolue des intérêts en jeu. Comme le résume parfaitement le Professeur TERNEYRE :

> « *D'un côté, en effet, est en jeu la réalisation d'une prestation d'intérêt général (ouvrage public, fourniture, services…) au moindre coût pour les finances publiques, dans les délais convenus et selon une qualité irréprochable, toutes considérations de nature à pousser l'administration à se séparer au plus vite d'une entreprise en faillite. Or, de l'autre côté, la conclusion d'un marché ou sa continuation conditionne parfois la survie de l'entreprise, c'est-à-dire la préservation de l'outil économique et de nombreux emplois.* »[685]

[684] v. notamment p. 294 et suiv.

[685] TERNEYRE Ph., « *Procédures collectives et marchés publics* », *JCP E*. 1992, numéro spécial.

467. Ainsi l'Administration est placée au rang de simple cocontractant de l'entreprise en difficulté. Le droit public contractuel, les CCAG, les clauses propres à la préservation de l'intérêt général, du service public ou encore du domaine public n'ont aux yeux du juge commercial qu'un rang contractuel. La rencontre du droit des entreprises en difficulté avec l'exécution technique des contrats administratifs conduit à transformer le droit public contractuel en un droit contractuel classique, susceptible d'une neutralisation au gré des intérêts économiques de la procédure collective et des créanciers.

468. **Un droit de la commande publique défavorable aux entreprises en difficulté** – Paradoxalement, l'ignorance des intérêts des parties au contrat administratif est réciproque, en ce que la commande publique ne ménage aucune adaptation du droit contractuel aux difficultés de l'entreprise. Les retenues de garantie, garanties à première demande exigées dans l'immense majorité des contrats de la commande publique s'accommodent mal de l'insuffisance de trésorerie des petites et moyennes entreprises. Confrontées au dumping causé par les conditions de passation, aux besoins en trésorerie pour la commande du matériel et des matériaux nécessaires à tout commencement d'exécution, au paiement différé des prestations effectuées, aux retenues de garantie exigées par l'acheteur, à la rigueur des conditions de réception, les entreprises en situation économique fragile fuient bien souvent la commande publique. Malgré les efforts de rééquilibrage des contrats de la commande publique, la rigueur des clauses de ces conventions n'est pas discutée. Leur adaptation semblerait pourtant nécessaire pour permettre la bonne exécution des marchés publics et concessions par les entreprises en difficulté. La commande publique n'est un levier de la relance économique que si les contrats qui en résultent sont adaptés à la situation des entreprises et à leurs éventuelles difficultés.

469. Comme en matière de passation et de cession, l'exécution technique des contrats administratifs s'accommode mal du droit des entreprises en difficulté. Eu égard aux enjeux, une adaptation réciproque peut donc être envisagée.

2) *La nécessité d'une meilleure conciliation du régime de l'exécution technique des contrats administratifs*

470. En l'absence de hiérarchisation possible des objectifs de l'exécution technique des contrats administratifs et des mécanismes du droit des entreprises en difficulté, il convient de rechercher un point d'équilibre pour les préserver au mieux.

471. **La nécessité d'imposer une obligation générale d'information des cocontractants publics** – Souvent mal informés de la situation de leurs entreprises cocontractantes, les personnes publiques, et en particulier les collectivités publiques de taille modeste, sont susceptibles de perdre le bénéfice de l'exercice du droit d'option. L'absence d'information des cocontractants ne permet qu'aux plus diligents, ainsi qu'à ceux qui détiennent une créance sur l'entreprise[686], de faire valoir leurs intérêts au cours de la procédure engagée. En ce qui concerne les contrats de la commande publique, Me. Maxime MOLKHOU énonce clairement la situation :

> *« Dans le cadre duquel l'entreprise s'attend surtout à percevoir le prix du marché, il arrive très fréquemment qu'elle ne fasse pas figurer au sein de la liste, les créances que l'Administration pourrait détenir sur elle au titre, par exemple, des pénalités, de malfaçons, etc. – surtout lorsque celles-ci ne sont pas liquidées, ce qui aura pour effet que l'Administration ne sera pas informée par ce biais de l'ouverture de la procédure. »*[687]

472. Le défaut d'information automatique des personnes publiques cocontractantes est une faille dans le code de commerce qu'il convient de combler. Il serait en effet pertinent d'imposer que soit dressée au moment du jugement d'ouverture la liste des contrats administratifs que détient l'entreprise en difficulté. Cela permettrait ensuite à l'administrateur d'adresser à l'ensemble des cocontractants titulaires une information sur la situation économique de l'entreprise et la procédure engagée. Il est probable que le législateur ait craint que les cocontractants prennent des mesures défavorables à l'entreprise en difficulté en cas d'information sur la situation de leur cocontractant, comme, par exemple, la résiliation unilatérale du contrat. Pour autant, le risque de mesures conservatoires illégales n'est pas amoindri en cas d'information ultérieure. En outre, l'information des cocontractants publics permettrait précisément de les informer sur la nature de la procédure engagée et le droit applicable au contrat pendant la période d'observation, la faculté qu'ils ont de solliciter l'option de l'administrateur sur la continuation du contrat, de déclarer leurs créances auprès de l'entreprise. Cela permettrait également de les informer de l'impossibilité de résilier unilatéralement le contrat administratif pour des motifs tirés de l'ouverture de la procédure. Le défaut d'information des cocontractants sur la procédure engagée contribue à mystifier, dissimuler et à jeter l'opprobre sur les difficultés des entreprises, alors que l'évolution du droit commercial tend justement à déjouer leur logique punitive. Gage de transparence, d'intelligence collective et de préservation des intérêts publics, l'information des personnes

686 Art. L. 622-6, L. 631-14, R. 622-5 du code de commerce.

687 LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.,* p. 12.

publiques contractantes serait une avancée satisfaisante, que le code de commerce pourrait d'ailleurs généraliser à l'ensemble des contrats en cours de l'entreprise.

473. **La nécessité de prendre en compte l'intérêt général et le principe de continuité du service public dans l'exercice du droit d'option** – Neutraliser la faculté de résiliation des contrats administratifs par les organes de la procédure collective est une idée séduisante mais dangereuse. L'option sur les contrats en cours est dictée par des impératifs économiques et engage l'administrateur quant à la possibilité de la poursuite. Il serait donc illusoire pour l'Administration d'imposer la continuation du contrat alors que l'entreprise en serait financièrement incapable. Pour autant, les enjeux propres à l'exécution des contrats administratifs ne sauraient être ignorés, notamment le principe de continuité du service public que garantit la convention en sursis. Il semble donc essentiel qu'un échange entre la personne publique contractante et les organes de la procédure collective soit imposé, afin que la prise en compte des intérêts publics soit effective[688]. Si le choix de l'administrateur ne saurait être uniquement dicté par l'intérêt public, un dialogue avec le cocontractant public pourrait, par exemple, le conduire à privilégier la résiliation d'autres contrats lorsque la réduction de l'activité est nécessaire. Comme le propose Vincent L'HOTE, cette mesure pourrait s'accompagner d'une faculté de renégociation du contrat par l'administrateur, pour en garantir la bonne exécution malgré les contraintes de la procédure collective[689]. En matière de contrats administratifs, seul un regard éclairé sur la situation de l'entreprise et sur les intérêts publics que véhicule le contrat peut conduire l'administrateur à prendre la décision la plus pertinente dans l'exercice de son droit d'option.

474. **La nécessité de simplifier la passation des contrats de substitution** – Les procédures de publicité et de mise en concurrence consécutives à la résiliation dans le cadre d'une procédure collective d'un contrat de la commande publique sont excessivement rigoureuses. Dans des contrats portant sur la réalisation de travaux, le délai de passation du nouveau contrat peut retarder la réception, porter atteinte à l'intérêt général comme aux autres corps de métier, en attente d'exécution et donc d'un paiement. Dans les contrats qui confient à l'entreprise la gestion d'un service public, les craintes des conséquences pour sa continuité sont renforcées. La passation d'une convention provisoire peut limiter les conséquences préjudiciables d'une interruption des

[688] Les modalités d'un tel échange préalable doivent encore être définies ; elles devraient en tout état de cause dépasser le simple contradictoire qui prévaut devant le juge-commissaire ou le Tribunal de la procédure collective.

[689] L'HOTE V., « *L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales* », *AJDA* 2003 p. 2233 : « *il conviendrait de réformer les dispositions du code de commerce et d'autoriser l'administrateur judiciaire à renégocier au besoin les contrats qu'il entend poursuivre. La démarche, favorable au redressement de l'entreprise, ne serait pas, qui plus est, irrespectueuse de la "loi des parties" puisqu'elle nécessiterait leur consentement.* »

prestations dans l'attente de la signature d'un contrat de substitution[690]. Pour autant, la multiplication des interventions sur une même prestation, notamment en matière de travaux, complexifie grandement la recherche des garanties et responsabilités, de sorte que parfois, la substitution définitive de gré à gré devrait pouvoir être envisagée. Par une décision *Ministre des armées*, le Conseil d'État a précisé les modalités de suivi par les premier titulaire de la poursuite d'exécution par le second titulaire[691]. La simplification de la passation des contrats de substitution pourrait passer par une simplification de nécessaire la remise en concurrence, proposée précédemment[692].

475. **La nécessité d'adapter le droit de la commande publique aux difficultés des titulaires** – A la confluence des exigences concurrentielles européennes, des projets publics et de diverses préoccupations économiques (de développement et de relance économiques notamment), la commande publique poursuit, *de facto*, de nombreux objectifs difficilement conciliables. Or, le droit de la commande publique, qu'il soit légal, réglementaire (code de la commande publique) ou contractuel (CCAG) est d'une rigidité absolue sur l'égalité de traitement des candidats, y-compris dans l'exécution de ces conventions. Pourtant, une entreprise en difficulté peut être confrontée à des difficultés de trésorerie, retardant les commandes auprès de ses fournisseurs, peut avoir eu recours à des licenciements économiques, limitant le personnel disponible pour l'exécution du contrat, contrainte que ne subissent pas nécessairement les autres cocontractants. Le droit de la commande publique reste bien souvent aveugle et sourd à la situation économique et juridique des entreprises. L'accumulation des sanctions contractuelles, dues au retard et la conservation des garanties, qui sont souvent supérieures à la marge attendue par les entreprises, ne permettent pas de donner à la commande publique le rôle de vecteur de relance économique prôné par les pouvoirs publics. La modération, la souplesse et l'adaptabilité de l'exécution financière du contrat, malgré des défaillances dans l'exécution technique, est parfois nécessaire en cas d'ouverture d'une procédure collective. Une modification du code de la commande publique ou des CCAG sur ce point semblerait légitime. Elle pourrait par exemple prendre la forme d'une exemption des sanctions dues au titre du retard causé par la mise en œuvre de la procédure collective engagée. En toutes hypothèses, l'attractivité de la commande publique dépend de son adaptation aux réalités du monde économique.

---

690 CE, 14 févr. 2017, *Sea Invest Bordeaux*, n°405157, 40518.

691 CE, 5 avr. 2023, *Ministre des armées*, n°463554 ; v. UBAUD-BERGERON M., « *Marché de substitution aux frais et risques du cocontractant : précision sur les modalités de contrôle par le titulaire* », *CMP* 2023, n°166, p. 20.

692 v. *supra* n° 201.

476. Ces quelques concessions réciproques du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats administratifs semblent nécessaires à une conciliation plus aboutie des objectifs légitimes de ces deux droits.

477. **Conclusions partielles** – Confrontée à la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté, l'exécution technique du contrat administratif est nécessairement dégradée voire compromise. Sans rappeler la multiplicité des dispositions préjudiciables à l'exécution, l'on peut conclure que l'intérêt public et le principe de continuité du service public sont négligés, en particulier pendant la période d'observation. C'est la raison pour laquelle il semblerait nécessaire que des évolutions normatives permettent de tenir compte de la spécificité des contrats administratifs – notamment dans l'exercice du droit d'option –, afin de ne pas porter atteinte de manière trop significative aux objets spécifiques du droit administratif. Cela pourrait passer par une meilleure information des cocontractants publics sur les procédures mises en œuvres et les intentions des organes de ladite procédure et par une simplification de la passation des contrats de substitution en droit de la commande publique. Peut-être ces concessions à l'absolutisme du droit des procédures collectives peuvent-elles être réciproquement contrebalancées par une adaptation de la commande publique aux difficultés des entreprises, dans l'esprit d'une meilleure conciliation des objectifs légitimes de ces deux branches du droit.

Conclusion du chapitre 1

478. L'exécution technique est mise à mal par le droit des entreprises en difficulté, directement ou indirectement, avec des conséquences plus ou moins majeures sur le devenir du contrat administratif.

479. Les nombreux principes applicables aux débiteurs en difficulté pendant la période d'observation ou durant la mise en œuvre des plans de sauvegarde ou des redressement modifient les conditions d'exécution du contrat, qu'il soit administratif ou de droit privé. Il en va notamment des paralysies de clauses défavorables au débiteur, de l'interdiction de payer qui peut affecter les relations contractuelles du débiteur avec ses fournisseurs, des cessations partielles d'activité, des licenciements économiques, comme des réorganisations opérées au sein de l'entreprise. Malgré la volonté d'assurer la continuation de l'activité, affirmée dans les procédures préventives ainsi qu'en sauvegarde et en redressement judiciaire, les conditions de la poursuite des contrats sont altérées. Il ne faut pas négliger en outre, l'éventualité du prononcé des nullités de la période suspecte ou encore de la mise en œuvre des résiliations de plein droit ou judiciaires, qui provoqueraient l'extinction des obligations contractuelles.

480. Face à ces dispositions, l'Administration doit maîtriser les conditions de la poursuite de l'exécution des contrats administratifs. La connaissance de la procédure collective engagée est nécessaire, afin que les personnes publiques puissent faire valoir leur droits, notamment en mettant en demeure l'administrateur judiciaire d'exercer l'option sur les contrats en cours. En cas de résiliation, la passation d'un contrat de substitution nécessite que soit engagée une nouvelle procédure de passation lorsqu'il s'agit de contrats de la commande publique. Des difficultés apparaissent *a fortiori* lorsque le débiteur était membre d'un groupement ou lorsqu'il faisait appel à des sous-traitants. La levée des réserves et la mise en œuvre des garanties post-contractuelles peuvent être complexifiées par la succession de cocontractants ou lorsqu'une liquidation judiciaire est en cours.

481. Il apparaît que les règles de la procédure collective priment sans nuance sur le droit administratif contractuel. L'impératif de préservation de l'égalité entre les créanciers, de préservation de l'emploi et de l'activité conduisent à une application rigoureuse des dispositions du livre VI du code de commerce, marginalisant les solutions classiques de droit administratif. Malheureusement, la préservation de l'intérêt général comme du principe constitutionnel de continuité du service public que véhicule le contrat administratif sont négligés.

482. Afin de limiter les conséquences néfastes sur l'action publique de l'application du droit des entreprises en difficulté dans l'exécution technique du contrat, il importerait qu'une meilleure conciliation des deux branches du droit applicables soit effectuée. En premier lieu, les cocontractants publics devraient être informés de la procédure collective engagée – et ce, au-delà d'une simple publication au BODACC – et invités à exercer les procédures propres à la préservation de leurs droits. En deuxième lieu, il semble peu pertinent que l'option sur les contrats administratifs puisse être exercée sans que soit pris en compte l'intérêt général et les principes applicables aux services publics ; un traitement spécifique des contrats administratifs pourrait être imposé à l'administrateur judiciaire afin qu'il prenne en compte l'ensemble des enjeux qu'entraînerait la résiliation. En troisième lieu, la passation des contrats de substitution pourrait être simplifiée, afin de s'adapter à l'urgence de remplacer le débiteur dont le contrat de la commande publique a été résilié. En dernier lieu, il faut admettre que le code de la commande publique n'admet aucune adaptation des conditions d'exécution des contrats qui en relèvent aux difficultés des entreprises. Une intervention législative est nécessaire pour mieux prendre en compte les objectifs légitimes du droit des entreprises en difficulté et de l'exécution technique des contrats administratifs.

Chapitre 2

La perturbation de l'exécution financière

> *« Les dispositions du livre VI du Code de commerce révèlent une volonté d'assimilation des créanciers publics aux créanciers privés dans l'élaboration des plans.* […] *Que l'on veuille y voir un abaissement de la situation des créanciers publics ou un sursaut du principe d'égalité, on s'accordera pour parler ici de révolution culturelle, imposée en 1985 et largement étendue en 2005. Mais l'assimilation est-elle réelle ? Et doit-elle l'être alors que les créanciers publics, c'est-à-dire l'État, sont comptables des deniers publics, tenus par le principe d'égalité devant les charges publiques et* […] *cherchant à recouvrer des créances nécessaires au budget de l'État, serait-ce par la mise en œuvre de privilèges forts et de mesures d'exécution propres ? »*[693]

483. Comme en matière d'exécution technique, il est difficile d'identifier les convergences nécessaires au rapprochement du droit financier des contrats administratifs avec les règles présidant à l'apurement du passif des entreprises en difficulté.

484. Les contrats administratifs sont, dans leur immense majorité, empreints d'enjeux financiers. Qu'ils impliquent le versement de sommes d'argent en contrepartie de prestations exécutées pour le compte de la personne publique[694] ou à l'inverse, le paiement à l'Administration d'une somme d'argent en contrepartie d'une autorisation[695] ou d'une prestation, ces contrats supposent l'instauration d'une relation financière fixée par leurs propres clauses. Dans sa relation contractuelle, outre des versements purement financiers, la personne publique peut être amenée à confier à son cocontractant des biens publics. Tant les deniers que les biens publics sont protégés par des corpus légaux et réglementaires spécifiques[696].

485. Mais si les finances et les biens des personnes publiques sont traités de manière différenciée en droit public, le droit des entreprises en difficulté fait la part belle à la liquidation des obligations, biens et deniers en possession du débiteur dans l'objectif ultime de partager l'actif restant entre

693 LAROCHE M., MERLY E., « *Les créanciers publics face aux plans », Revue des procédures collectives,* n°4, juillet 2019, dossier 33.

694 Code de la commande publique.

695 Par exemple, les articles L. 2121-1 à L. 2125-10 du code général de la propriété des personnes publiques.

696 En ce qui concerne les finances publiques, la gestion des finances des collectivités publiques est notamment régie par le décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique. En ce qui concerne les biens publics, ils font l'objet de diverses protections prévues par les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques.

des créanciers en cas de liquidation judiciaire. L'apurement du passif est en effet au nombre des trois objectifs des procédures collectives tels que définis à l'alinéa 2 de l'article L. 631-1 du code de commerce. Les cocontractants de l'entreprise en difficulté, quels qu'il soient, sont soumis en cas d'ouverture d'une procédure collective, à l'application de règles financières spécifiques destinées à assainir le passif de l'entité économique. Comme en matière technique, l'exécution financière et le régime des biens tels qu'ils découlent du contrat administratif et du droit public sont lourdement transformés lorsque le cocontractant entre en procédure de règlement judiciaire de ses difficultés.

486. Les mécanismes de traitement des difficultés des entreprises naissent d'une pure logique financière : la proximité ou la réalisation de la cessation des paiements ; « *l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* »[697]. Partant, le livre VI du code de commerce met en œuvre de nombreux mécanismes permettant de préserver l'actif disponible et de réduire le passif par des règles procédurales spécifiques en direction des créanciers. C'est par exemple le cas de la déclaration de créances[698], qui a pour objectif de limiter l'exigibilité du passif aux créanciers les plus diligents. C'est également le cas de la revendication des meubles qui permet, au terme d'une procédure spécifique, l'appropriation par les organes de la procédure collective des biens en la possession du créancier pour les liquider[699]. Créés pour sanctionner l'inertie des créanciers, ces mécanismes sont largement dérogatoires du droit commun.

487. La comptabilité des entreprises est certes encadrée par des contrôles issus du code de commerce ; celle des administrations publiques l'est plus encore. Pour préserver les deniers publics, lutter contre la corruption, le détournement d'argent public et les caisses noires, le droit des finances publiques est construit sur une logique très rigoureuse. En témoignent la séparation des comptables et ordonnateurs publics, l'encadrement de l'adoption, de l'exécution comme de la clôture des budgets des personnes publiques locales, le contrôle des régies d'avances et de recettes, procédures destinées à contrôler scrupuleusement la perception comme l'aliénation des deniers publics[700]. Les règles applicables aux finances publiques semblent pouvoir difficilement s'accommoder des règles financières propres aux procédures collectives.

---

697 Art. L. 631-1 du code de commerce.

698 Art. L. 622-24 et R.622-21 à R.622-26 du code de commerce.

699 Art. L. 621-115 à L. 621-124 du code de commerce.

700 En ce qui concerne les personnes publiques locales, v. art. L. 1611-1 à L. 1621-3 du code général des collectivités territoriales.

488. Il en va de même pour ce qui concerne les biens publics. La jurisprudence administrative puis le code général de la propriété des personnes publiques ont créé un encadrement spécifique de leur acquisition, de leur gestion comme de leur aliénation dans une logique protectrice des moyens matériels affectés à l'intérêt général. Il va sans dire que la logique de la liquidation des biens en l'absence de revendication de leur propriété par l'Administration est susceptible de contrevenir tant aux droits de la gestion qu'aux règles de l'aliénation des biens publics ; une nouvelle source d'incertitude sur le régime juridique applicable.

489. Parallèlement, dans l'objectif de maximiser le patrimoine de l'entreprise en préparation de la liquidation des actifs, tous les mécanismes de règlement financier en procédures collectives soumettent les créanciers – y compris personnes publiques – à des procédures strictes, d'une complexité certaine, comptant sur la dissuasion, l'inaction ou la négligence de l'Administration créancière. Le droit public financier peine donc à trouver sa place, tant les nouvelles « règles du jeu » sont déconnectées de la sécurité que véhiculent les régimes juridiques traditionnellement applicables aux biens et deniers publics.

490. Comme l'affirme le Professeur Arnaud LECOURT, les principes de droit administratif et singulièrement le principe de séparation des ordonnateurs et comptables « *se trouve mis à rude épreuve quand il est confronté aux procédures collectives et notamment quand la commune est créancière d'un débiteur placé en redressement judiciaire* »[701]. L'exécution financière d'un contrat administratif pendant la procédure collective du cocontractant est rendue complexe par l'inadaptation des droits et logiques applicables aux finances des personnes publiques avec les mécanismes du code de commerce, spécifiquement conçus pour reconstituer l'actif des entreprises en difficulté. C'est la raison pour laquelle il faudra s'intéresser à la teneur de ces corpus juridiques (Section 1) afin d'analyser les conditions comme la pertinence de leur articulation (Section 2).

[701] LECOURT A., « *Le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables à l'épreuve des procédures collectives* », *Recueil Dalloz*, 2005 p. 1943.

Section 1 : Des règles financières incompatibles

491. La situation précédemment identifiée nécessite d'expliciter la teneur des règles financières applicables aux contrats administratifs et aux entreprises en difficulté, ainsi que les logiques qui les sous-tendent. Cela conduit à présenter le régime de l'exécution financière des contrats administratifs, soucieux de la préservation des deniers publics (§1), et à préciser la nature des outils du droit des entreprises en difficulté, soucieux de sauvegarder et reconstituer l'actif du débiteur (§2).

§1. Un régime financier du contrat administratif protecteur des deniers publics

492. La rigueur applicable à l'exécution financière des contrats administratifs vient de ce que deux corpus juridiques s'additionnent. Par vocation pédagogique, il semble nécessaire de retracer en quelques mots l'essentiel des règles financières publiques avant de les confronter aux mécanismes du livre VI du code de commerce. D'une part, s'appliquent les règles de la comptabilité publique (A), d'autre part, s'appliquent des règles spécifiques à chaque catégorie de contrats administratifs (B).

A) L'application de règles comptables publiques

493. L'exécution financière des contrats administratifs ne peut être abordée qu'à la lumière des grands principes qui encadrent la gestion comptable des administrations publiques. En effet, l'usage des deniers publics est strictement contrôlé, encadré, de sorte que la liberté financière des personnes publiques contractantes est restreinte à de nombreux égards.

494. **L'encadrement des opérations financières de l'Administration par le décret portant « gestion budgétaire et comptable publique »** – Issu d'une refonte des décrets du 29 décembre 1962[702] et du 27 janvier 2005[703], le décret portant « Gestion budgétaire et comptable publique » (GBCP)[704] regroupe en un texte unique des principes encadrant l'utilisation des deniers publics par l'essentiel des personnes morales de droit public[705]. Ce texte établit un certain nombre

[702] Décret n°62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique

[703] Décret n°2005-54 du 27 janvier 2005 relatif au contrôle financier au sein des administrations de l'État.

[704] Décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[705] *ibid.,* art. 1er.

de principes comptables qui encadrent – notamment – les conditions d'exécution financière des contrats administratifs.

495. **Le cadre budgétaire** – Chaque administration est tenue d'adopter annuellement un budget, défini par l'article 7 du décret GBCP comme « *l'acte par lequel sont prévues et autorisées les recettes et les dépenses* ». Son exécution se traduit par le contrôle de l'affectation des recettes et surtout des dépenses aux chapitres et articles comptables fixés par ce document. Comme l'affirme Jean-Bernard MATTRET :

> *« Exécuter le budget, c'est réaliser les dépenses et les recettes qui y sont prévues. Ces opérations sont effectuées en intégrant plusieurs considérations : / politiques : le respect des prérogatives de l'assemblée délibérante, conseil municipal, général ou régional... en matière financière. En effet, lors de l'exécution du budget, il faut rester dans les limites de l'autorisation budgétaire ; / financières et administratives qui conduisent à empêcher tout gaspillage et malversation par les agents chargés de l'exécution du budget tout en assurant une bonne gestion des services publics. »*[706]

À l'exception des virements de crédits – eux-mêmes encadrés quant à leur montant – ou sauf à procéder à des décisions modificatives budgétaires[707], il n'est pas possible pour les personnes publiques locales de déroger à la répartition des crédits fixés par le budget. Les modalités d'exécution financière des contrats administratifs sont encadrées annuellement par ce document.

496. **Le principe de séparation des ordonnateurs et comptables publics** – Au cadre budgétaire strict s'ajoute le principe de séparation des ordonnateurs et comptables publics[708]. Ce principe instaure un contrôle mutuel des ordonnateurs, qui « *prescrivent l'exécution des recettes et des dépenses* »[709], et des comptables publics, qui disposent de « *la charge exclusive de manier les fonds et de tenir les comptes* »[710]. Au terme de chaque exercice budgétaire, l'ordonnateur établit un compte administratif, le comptable public un compte de gestion, qui doivent retracer de manière identique l'exécution des dépenses et des recettes de l'année.

---

[706] MATTRET J.-B., « *Budget et comptabilité – Gestion budgétaire* », *JCl. Collectivités territoriales*, fasc. 1950, juin 2016.

[707] Défini en ce qui concerne les personnes publiques locales par les articles L. 2322-1 et L. 2322-1 du code général des collectivités territoriales.

[708] Art. 8 à 22 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[709] *ibid.* art. 10.

[710] *ibid.* art. 13.

497. **Le contrôle de la régularité des opérations financières –** Dans le cadre de ses fonctions, le comptable public a la charge du contrôle de la régularité des opérations financières engagées par l'ordonnateur. L'article 20 du décret GBCP instaure notamment la vérification « *de la régularité de l'autorisation de percevoir la recette ;* […] *de l'exacte imputation des dépenses au regard des règles relatives à la spécialité des crédits ; de la disponibilité des crédits* », mais également, conformément à l'article 21 dudit décret :

> *« 1° La justification du service fait ; / 2° L'exactitude de la liquidation ; / 3° L'intervention des contrôles préalables prescrits par la réglementation ; / 4° Dans la mesure où les règles propres à chaque personne morale mentionnée à l'article 1er le prévoient, l'existence du visa ou de l'avis préalable du contrôleur budgétaire sur les engagements ; / 5° La production des pièces justificatives ; / 6° L'application des règles de prescription et de déchéance. »*

Ces modalités de contrôle sont la mise en œuvre pratique de principes séculaires du droit administratif financier.

498. **L'application du principe d'interdiction de consentir des libéralités** – Chacune des recettes et dépenses ordonnées par l'Administration doit être justifiée pour que le comptable public puisse réaliser ces opérations financières. En matière de dépenses s'applique le principe d'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités[711]. Est prohibé, par principe, l'appauvrissement volontaire et injustifié de l'Administration. Applicable aux contrats administratifs[712], ce principe interdit le versement de libéralités disproportionnées au cocontractant. En matière contractuelle se pose souvent la question de l'opportunité pour l'Administration de renoncer à une créance contractuelle. Ainsi que l'explique Nil SYMCHOWICZ :

> *« Les renonciations aux droits et obligations subjectifs ne sauraient conduire l'administration à verser au cocontractant une somme qu'elle ne lui doit pas. Est, en effet, d'ordre public le principe selon lequel une personne publique ne saurait jamais verser une somme non due. Une renonciation concrétisée par une véritable libéralité serait nulle. »*[713]

Ce principe est susceptible d'altérer la faculté pour l'Administration de renoncer au recouvrement de pénalités contractuelles ou encore de consentir à la restitution anticipée des garanties ou au paiement de prestations non-entièrement réalisées en raison des difficultés des entreprises.

---

711 CE, 17 mars 1893 , *Cie des chemins de fer du nord et de l'est, Lebon* 1893, p. 245 ; S. 1894, 3, p. 119, concl. J. Romieu.

712 CE, avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal du district de l'Hay-les-Roses*, n°249153 ; CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n°348676.

713 SYMCHOWICZ N., « *Les renonciations de la personne publique à l'application du contrat* », *AJDA* 1998. p. 770, cit. CE, *Compagnie de la N'Goko-Sangha*, 8 avril 1921, Rec. p. 351.

499. **Le paiement au service fait** – De l'interdiction de consentir des libéralités découle le principe du paiement au service fait. Le commissaire du Gouvernement ROMIEU, dans ses conclusions rendues sur la décision *Compagnie des chemins de fer du nord et de l'est*, exprime clairement ce lien entre les deux principes de droit financier public : « *les ministres* […] *ne peuvent pas non plus engager les finances de l'État sans aucune espèce d'obligation préexistante ; c'est, pour employer une expression plus brutale, dire qu'ils ne peuvent pas faire de libéralités, les deniers de l'État ne pouvant servir qu'à payer les services faits* »[714]. Ce principe est également retranscrit dans le décret GBCP qui prévoit en son article 31 que l'ordonnateur en effectue la certification et en son article 20 que le comptable public en assure le contrôle. Cette certification s'appuie, en vertu de l'article 147, sur des pièces qui permettent de justifier de l'existence et du montant de la dépense. Il incombera à l'Administration de contrôler que le service a été effectivement fait[715] et qu'il a été effectué selon les prescriptions en vigueur[716]. Le paiement au service fait admet toutefois deux exceptions en droit de la commande publique, que sont les avances[717] et acomptes[718]. La rigueur du principe s'en trouve donc légèrement altérée, bien qu'il subsiste et limite dans leur substance les dépenses auxquelles l'Administration est autorisée à procéder.

500. **L'usage de la contrainte pour l'exécution financière** – En l'absence d'exécution amiable de la dépense ou de la recette publiques, l'ordonnateur comme le comptable disposent de moyens de contrainte endogènes et exogènes pour parvenir à sa réalisation. En cas de refus de la Trésorerie d'exécuter l'opération, l'Administration peut recourir à la réquisition de paiement :

> *« Lorsque le comptable de la commune, du département ou de la région notifie sa décision de suspendre le paiement d'une dépense, le maire, le président du conseil général ou le président du conseil régional peut lui adresser un ordre de réquisition. Il s'y conforme aussitôt, sauf en cas d'insuffisance de fonds disponibles, de dépense ordonnancée sur des crédits irrégulièrement ouverts ou insuffisants ou sur des crédits autres que ceux sur lesquels elle devrait être imputée, d'absence totale de justification du service fait et de défaut de caractère libératoire du règlement ainsi qu'en cas d'absence de caractère exécutoire des actes pris selon les cas par les autorités communales, les autorités départementales ou les autorités régionales. / L'ordre de réquisition est notifié à la*

[714] ROMIEU J., concl. sur CE, 17 mars 1893, *Compagnie des chemins de fer du nord et de l'est*.

[715] CE, 29 mai 1996, *Secrétariat d'État à la Mer*, n°146001 ; CE, 7 oct. 1983, *Beauplet*.

[716] CE, 15 févr. 1980, *Dame Janot*, *Lebon* p. 92 ; CE, 11 mars 1983, *Reynaud*, *DA*, 1983, n°167 ; CE, 22 févr. 1998, *Mme Minier*, n°181230.

[717] Art. L. 2191-2 du code de la commande publique.

[718] Art. L. 2191-4 du code de la commande publique.

chambre régionale des comptes. / En cas de réquisition, l'ordonnateur engage sa responsabilité propre. »[719]

501. À l'inverse, en cas de refus par l'ordonnateur d'engager une dépense obligatoire, le comptable public peut, en collaboration avec le représentant de l'État, engager la procédure de mandatement d'office :

« À défaut de mandatement d'une dépense obligatoire par le maire, le président du conseil général ou le président du conseil régional suivant le cas, dans le mois suivant la mise en demeure qui lui en a été faite par le représentant de l'État dans le département, celui-ci y procède d'office. »[720]

502. Sur ordre de recouvrer prononcé par l'ordonnateur, le comptable public peut forcer le recouvrement de toute créance publique, notamment en émettant d'un titre exécutoire mentionné à l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, qui permet l'engagement de moyens de contrainte énoncés dans ledit code :

« L'ordre de recouvrer fonde l'action de recouvrement. Il a force exécutoire dans les conditions prévues par l'article L. 252 A du livre des procédures fiscales. / Le comptable public muni d'un titre exécutoire peut poursuivre l'exécution forcée de la créance correspondante auprès du redevable, dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution. / Le cas échéant, il peut également poursuivre l'exécution forcée de la créance sur la base de l'un ou l'autre des titres exécutoires énumérés par l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution. »[721]

Sur commande de l'ordonnateur, le comptable public peut ainsi mettre en œuvre des procédures de recouvrement spécifiques, comme la saisie administrative à tiers détenteur[722].

503. Ces principes et procédures témoignent de la spécificité du droit financier public qui, par l'encadrement qu'il impose comme la faculté de contrainte qu'il revêt, assure à la fois la protection des deniers publics et la puissance publique de l'Administration. Applicables à toutes les opérations financières publiques, ces principes généraux s'ajoutent à un cadre juridique propre au droit contractuel public.

---

[719] Art. L. 1617-3 et suivants du CGCT.

[720] Art. L. 1612-16 et suivants du CGCT.

[721] Art. 28 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[722] Art. L. 262 du livre des procédures fiscales

B) Des modalités d'exécution financière spécifiques aux contrats administratifs

504. Il est difficile d'identifier un régime unique de l'exécution financière des contrats administratifs. Chaque type de contrat admet en effet un certain nombre de règles financières qui permettent parfois de les distinguer. En outre, les modalités de règlement financier des contrats varient selon les clauses spécifiques à chaque convention. Toutefois peut-on identifier dans les grandes lignes certaines modalités communes de règlement financier en droit contractuel.

505. **La diversité des modalités de règlement financier des contrats administratifs** – Comme l'affirme très justement le Professeur Stéphane BRACONNIER, « *en matière de commande publique, la dichotomie entre marchés publics et concessions prévaut. Compte tenu de leur logique économique différente, leur exécution financière s'effectue dans un cadre très contrasté* »[723]. En effet, à l'inverse des marchés publics, dans le cadre desquels le pouvoir adjudicateur assume le risque financier lié à leur exécution, la rémunération des concessionnaires s'effectue essentiellement par la gestion d'un service ou l'exploitation d'un ouvrage. Néanmoins, le versement de sommes d'argent par l'Administration à un concessionnaire ne remet pas nécessairement en cause la qualification du contrat – dès lors que le risque économique pèse sur l'opérateur –, de sorte qu'il peut exister des traits communs aux marchés publics et concessions en matière de règlement financier. En matière de conventions d'occupation du domaine public, la logique est encore inversée, en ce que l'obligation financière incombe à l'occupant, par le versement de redevances.

506. **Les modalités de paiement des contrats de la commande publique** – À l'exception de certaines concessions qui n'impliquent aucun paiement direct par la personne publique, la majorité des contrats de la commande publique sont soumis à un régime financier spécifique, encadrant le règlement des prestations par les acheteurs publics. Soumis au principe de paiement du service fait[724] et à l'interdiction du paiement différé[725], les contrats de la commande publique et plus spécifiquement les marchés publics sont soumis à des modalités de règlement financier très strictes. Afin de préserver la trésorerie des entreprises titulaires, notamment pour l'achat du matériel ou des matériaux nécessaires à l'exécution du marché, l'article R. 2191-3 du code de la

[723] BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique*, éd. Le Moniteur, 6ème édition, 2019.

[724] Art. L. 2191-5 du code de la commande publique.

[725] Art. 2 du décret n°2013-269 du 29 mars 2013 ; art. L. 2191-5 du code de la commande publique.

commande publique prévoit l'obligation de versement d'avances proportionnelles[726] au montant du marché :

> *« L'acheteur accorde une avance au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. »*

507. Pour tenir compte de l'avancement dans l'exécution des prestations contractuelles, les articles R. 2191-20 et suivants du code de la commande publique prévoient les conditions dans lesquelles des acomptes sont versés aux titulaires des marchés. Ces acomptes n'ont qu'un caractère provisoire et devront faire l'objet d'une consolidation par les décomptes partiels[727] ou généraux définitifs[728]. Le règlement des marchés est soumis à une périodicité encadrée en matière d'acomptes[729] et à des délais de paiement également déterminés[730] à compter de la demande de versement présentée par l'entreprise titulaire. Au terme de l'exécution des prestations contractuelles, le titulaire du contrat établit un projet de décompte final dans les trente jours suivant la réception[731]. Ce document, transmis à l'acheteur ou au maître d'œuvre, fait l'objet d'une analyse, de modifications éventuelles[732] et d'une validation dans un délai quarante-cinq jours. Le décompte général et définitif, réponse de l'Administration au décompte final, est alors composé des éléments suivants :

> *« Le décompte final ; /l'état du solde, qui est déterminé par le maître d'œuvre selon un principe analogue à celui présidant à l'établissement des acomptes mensuels. Il résulte de la différence entre le décompte final et le dernier décompte mensuel ; / la récapitulation des acomptes mensuels et du solde. / Le montant du projet de décompte général est égal au résultat de cette dernière récapitulation. »*[733]

---

[726] Art. R. 2191-7 du code de la commande publique.

[727] Art. R. 2191-26 du code de la commande publique.

[728] Art. R. 2192-16 et suivant du code de la commande publique.

[729] Art. R. 2191-22 du code de la commande publique.

[730] Art. L. 2192-10 et suivant ; R. 2192-10 à R. 2192-36 du code de la commande publique, v. également en matière de concessions, art. R. 3133-10 et suivant du même code.

[731] Art. 13 du CCAG Travaux.

[732] Le décompte final peut faire l'objet de modifications pour tenir compte d'éventuelles malfaçons, v. par ex. CE, 19 nov. 1971, *Sté nationale de construction c/ OPHLM de la Ville du Havre*, n°73664.

[733] GERY (de) Ph., « *Modalités de règlement des comptes* », *Droit des Marchés publics*, Le Moniteur, oct. 2019, V.200.4.3.

Soumis à la validation finale du titulaire du contrat sous quarante-cinq jours, au cours desquels des modifications peuvent être apportées et des contestations soulevées[734], le décompte général définitif clôture, une fois adopté, les opérations de paiement des prestations du marché[735].

508. **Les règles applicables aux délais de paiement des contrats de la commande publique** – Dans l'objectif de rendre la commande publique plus attractive pour les petites et moyennes entreprises et pour garantir la sérénité de l'exécution financière, le code encadre désormais les délais de paiement à compter d'un point de départ déterminé, généralement la demande formulée par le titulaire[736]. La Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie actualise d'ailleurs régulièrement une fiche relative à ces exigences, qui synthétise les modalités de cet encadrement[737] :

> *« Les articles R. 2192-10 et R. 2192-11 du code de la commande publique fixent les délais suivants : / 30 jours pour : les personnes morales de droit public : l'État et ses établissements publics y compris ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exclusion des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ; /les personnes morales de droit privé qui remplissent les critères énoncés au 2° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique ; // 50 jours pour : les établissements publics de santé ; / les établissements du service de santé des armées ; // 60 jours pour les pouvoirs adjudicateurs qui sont des entreprises publiques au sens du II de l'article 1er de l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004* […]*, à l'exception de celles ayant la nature d'établissements publics locaux. »*

509. **La mise en œuvre de pénalités contractuelles** – Aux modalités de règlement normales des contrats de la commande publique s'appliquent également des pénalités, prévues tant dans le code[738] que dans les CCAG[739] (ou les CCAP), en particulier pour tenir compte des retards dans l'exécution des prestations. Ces pénalités sont des sanctions contractuelles, qui doivent donc être

[734] CE, 11 juill. 2008, *SA des constructions industrielles de la Méditerranée,* n°281070.

[735] CE, 16 oct. 1970, *Trésorier-Payeur Général des Hauts-de-Seine et Receveur Municipal de Rueil-Malmaison c/ Ville de Rueil-Malmaison*, n°72802, 72803, 72813, 72814.

[736] Art. R. 2192-12 à R. 2192-15 ; R. 2192-16 et R. 2192-17 du code de la commande publique.

[737] Fiche DAJ, min. économie, « *Les délais de paiement applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices »,* avr. 2019.

[738] Art. R. 2192-21 du code de la commande publique.

[739] v. par ex., art. 19 du CCAG Travaux.

expressément mentionnées dans les stipulations conventionnelles, soit par un renvoi aux dispositions des CCAG, soit par des modalités spécifiques prévues dans le corpus contractuel[740].

510. **L'obligation de versement des redevances domaniales** – En matière de contrats portant occupation privative du domaine public, l'obligation financière est inversée, dans la mesure où le titulaire du contrat est le bénéficiaire de l'autorisation – en l'occurrence, conférée sous une forme conventionnelle. L'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques fait du versement des redevances domaniales une obligation tant pour le gestionnaire du domaine (en charge de la perception de ces recettes) que pour l'occupant[741]. Ce principe est toutefois assorti d'exceptions limitativement énumérées par ce même article. Les modalités de calcul du montant de la redevance sont également encadrées par le même code, qui prévoit qu'elle « *tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* »[742]. La partie réglementaire du même code contient en ses articles R. 2125-1 à R. 2125-16 de nombreuses dispositions qui encadrent l'exécution financière des contrats portant occupation privative du domaine public.

511. **La protection financière des intérêts publics organisée par les contrats administratifs** – Quelles que soient les modalités de règlement financier des contrats administratifs, tous organisent une protection des intérêts publics en présence. Qu'il s'agisse des garanties financières incluses dans les contrats de la commande publique[743] ou des cautions et indemnités qui sont souvent stipulées dans les conventions d'occupation du domaine public[744], les contrats administratifs prévoient généralement des dispositifs contractuels propres à préserver les divers intérêts de l'Administration. La libération des fonds ainsi confiés aux personnes publiques à titre

[740] v. par ex. CE, 19 juill. 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n°392707 ; Fiche DAJ, min. économie, « *Les pénalités dans les marchés publics* », avr. 2019.

[741] CAA Marseille, 10 janv. 2011, *Société Autocars GRV*, n°08MA05219 ; le titulaire d'un marché public qui est autorisé à occuper le domaine public, retire de cette occupation un avantage justifiant qu'il paye une redevance dont le montant est fixé compte tenu de cet avantage.

[742] Art. L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques.

[743] Art. L. 2191-7, L. 2391-7, R. 2191-32 à R. 2191-44, R.2391-21 à R.2391-27 du code de la commande publique, à propos de la garantie à première demande, de la retenue de garantie et de la caution personnelle et solidaire ; Art. D. 2171-14 à propos de la garantie de parfait achèvement.

[744] v. par ex, à propos des indemnités : art. R. 2122-17 du code général de la propriété des personnes publiques : « *le titre d'occupation constitutif de droit réel […] peut également préciser les règles de détermination de l'indemnité couvrant le préjudice direct, matériel et certain causé par son retrait avant le terme prévu pour un motif autre que l'inexécution de ses conditions* ».

de garanties obéit généralement à des règles et délais spécifiques[745] ; c'est le cas par exemple de la retenue de garantie dans les contrats de la commande publique[746].

512. La rigidité de l'exécution financière des contrats administratif découle ainsi tant des règles budgétaires et comptables publiques – qui ont pour objectif la préservation des deniers publics – que de la mise en œuvre légale et réglementaire des mécanismes contractuels financiers – propres à assurer la protection des intérêts de l'Administration. Pour appréhender sa conciliation avec le droit des procédures collectives, il faut d'abord préciser les modalités financières de règlement des difficultés des entreprises.

§2. Un régime financier de l'entreprise en difficulté étranger à l'intérêt public

513. L'ouverture des procédures collectives a pour point de départ des difficultés financières. La cessation de paiements entraîne l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires[747]. La procédure de sauvegarde est ouverte en cas de « *difficultés* [que le débiteur] *n'est pas en mesure de surmonter* »[748] ; les procédures préventives de « *difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* »[749]. Le déclenchement des procédures collectives naît donc essentiellement d'une analyse économique objective, qui peut aller jusqu'à constater « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »[750]. Pour parvenir à la réalisation des objectifs définis par le droit des procédures collectives, « *permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »[751], les échanges financiers du débiteur sont extrêmement encadrés. En effet, tout appauvrissement indu de l'entreprise porte atteinte à sa situation financière et aux droits des créanciers ; de même, l'affectation des créances est encadrée afin de garantir les privilèges[752], notamment ceux des salariés. C'est la raison pour laquelle les

745 Fiche DAJ, min. économie, « *Les garanties financières* », avr. 2019.

746 Art. R. 2191-35 du code de la commande publique : « *Lorsque le marché prévoit une retenue de garantie, celle-ci est remboursée dans un délai de trente jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie./ Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée* ».

747 Art. L. 631-1 du code de commerce.

748 Art. L. 620-1 du code de commerce.

749 Art. L. 611-4 du code de commerce.

750 *ibid.*

751 *ibid.*

752 Art. L. 622-17 du code de commerce.

décaissements (B), et dans une moindre mesure les encaissements (A) de l'entreprise en difficulté, sont soumis à des règles et procédures strictes.

A) Le régime juridique du recouvrement des créances détenues par l'entreprise en difficulté

514. L'entreprise en difficulté est soumise aux procédures collectives dans l'objectif de recouvrer sa santé financière. Ainsi, le paiement des obligations financières qui lui sont dues ne peut que contribuer à la reconstitution de l'actif.

515. **Le rôle de l'inventaire dans la détermination du patrimoine de l'entreprise –** La logique des procédures collectives voudrait que l'entreprise en difficulté puisse engager des actions destinées à ce que les créances qui lui sont dues soient honorées. L'inventaire, dressé pendant la période d'observation conformément à l'article L. 622-6 du code de commerce, permet aux organes de la procédure collective de prendre connaissance de l'ensemble du patrimoine de l'entreprise, qu'il s'agisse de biens matériels, d'obligations ou même des contrats en cours. À compter de leur exigibilité, les créances ainsi détenues par l'entreprise pourront faire l'objet de procédures tendant à la reconstitution de l'actif.

516. **La charge partagée du recouvrement des créances détenues par l'entreprise en difficulté** – Au cours de la période d'observation, le débiteur, dessaisi, ne peut effectuer que des actes de gestion courante[753]. Or, la Cour d'appel de Paris a estimé, sans avoir été contredite, qu'« *il ne peut être sérieusement soutenu que l'action en justice, fût-ce pour recouvrer une créance, constitue un acte de gestion courante, c'est-à-dire une opération de type courant, habituellement pratiquée et d'un montant peu élevé* »[754]. Ainsi, s'il est possible pour le gérant d'engager des démarches amiables pour parvenir au recouvrement des créances qui lui sont dues, les actions judiciaires tendant à ce même objectif devront être engagées par l'administrateur ou le mandataire judiciaire[755]. Le succès des mécanismes de recouvrement des créances détenues par l'entreprise en difficulté dépendra donc essentiellement de l'implication des organes de la procédure collective dans ces opérations.

---

[753] Art. L. 622-3 du code de commerce.

[754] CA Paris, 4 oct. 1996 ; *D. Affaires* 1996, p. 1395 ; v. également à propos de la notification d'un acte de procédure par un huissier, CA Grenoble, 13 nov. 2001, *Rev. Huiss.* 2002, p.121 ou encore l'impossibilité pour le gérant de mandater un avocat pour représenter la société, Cass. civ., 13 nov. 1997, *RJDA* 1998, p. 456.

[755] *ibid.*

517. Ce partage des responsabilités découle du subtil équilibre qui doit être trouvé entre deux objectifs : rétablir la situation de l'entreprise en lui permettant d'investir, de se moderniser, sans aggraver le passif qui devra s'éteindre progressivement.

B) Le régime juridique du recouvrement des créances des tiers sur l'entreprise en difficulté

518. Les modalités de désintéressement des créanciers de l'entreprise débitrice sont éminemment plus strictes. Le droit des entreprises en difficulté est en effet constitué de nombreuses règles[756] qui limitent les facultés de paiement du gérant, sous le contrôle très strict des organes de la procédure collective.

519. **L'obligation de déclaration des créances détenues sur l'entreprise en difficulté**[757] – Les dispositions des articles L. 622-24 et suivants du code de commerce déterminent les conditions dans lesquelles les créanciers doivent déclarer leur dû auprès du mandataire judiciaire[758]. Conformément à l'article L. 622-26, « *à défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes* ». Parfois qualifiée de « *chausse-trappe* »[759], cette procédure de déclaration, d'une rigidité certaine, est « *une technique d'allègement du passif* »[760]. L'objectif sous-jacent du mécanisme de la déclaration de créances est de dissuader les créanciers négligents d'exiger le règlement des dettes de l'entreprise.

520. **La nécessaire mise en œuvre de la procédure de revendication des biens meubles –** Bien que la question du sort des biens en possession du débiteur soit traitée ultérieurement[761], il convient d'aborder ici la procédure de revendication des biens meubles en possession du débiteur. Comme l'explique le Professeur Marie-Laure COQUELET, « *pour fixer au plus vite l'étendue exacte des actifs de l'entreprise, la loi impose aux propriétaires de faire vérifier leurs droits dès le jugement d'ouverture de la*

---

[756] VALLANSAN J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Sort des créanciers* », *JCl. Procédures collectives*, 1er juin 2020.

[757] VALLANSAN J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Déclaration et admission des créances* », *JCl. Procédures collectives*, 31 déc. 2020.

[758] Les délais, contenus et conditions de cette déclaration sont précisés aux articles R. 622-21 à R.622-26 et R. 814-58-1 à R. 814-58-9 du même code.

[759] DAIGRE J.-J., « *Les procédures collective, technique d'extinction du passif – Une autre lecture de la loi de 1985* », *in* CHAPUT Y. (dir.), *L'apurement des dettes – Solution au surendettement*, Études du C.R.E.D.A., Litec, n°275 et s.

[760] LIENHARD A., comm. sous art. L. 622-26, *Code des procédures collectives*, p. 264, 15ème édition, Dalloz, 2017.

[761] v. *infra* n°951.

procédure. À défaut de toute diligence, les biens non revendiqués seront alors réputés appartenir au débiteur »[762]. L'article L. 624-16 du code de commerce prévoit en effet que « *peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur* », dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture, faute de quoi ils seront incorporés au patrimoine du débiteur pour faire l'objet, le cas échéant, d'une liquidation pour désintéresser les créanciers. La logique du droit des entreprises en difficulté est radicalement opposée au régime juridique applicable aux biens publics. Les biens meubles y sont considérés comme des liquidités potentielles. Il importe alors que les personnes publiques fassent valoir leur droit de propriété sur les biens meubles contractuellement confiés au débiteur.

521. **L'interdiction des paiements** – La logique de la déclaration de créances va de pair avec l'interdiction de payer les créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective et une partie de celles qui sont nées après le jugement d'ouverture. L'objectif de la période d'observation est en effet de permettre à l'entreprise débitrice de poursuivre son activité, libérée temporairement des dettes qui entravaient sa continuation, pour enfin adopter un plan permettant, sur la durée, le remboursement des créanciers. Comme l'énonce l'article L. 622-7 du code de commerce :

> *« Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. »*

L'interdiction de payer concerne donc deux types de créances soumises à des régimes juridiques distincts : les créances antérieures au jugement d'ouverture et les créances nées postérieurement au lancement de la procédure collective.

522. **L'interdiction de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture**[763] – Cette disposition vise l'ensemble des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, « *à l'exception de celles liées aux besoins de la vie courante du débiteur, et des créances alimentaires* »[764]. La Cour de

[762] COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7ème éd., 2022, n°377, p. 279.

[763] Ce principe s'accompagne de l'obligation d'arrêt des poursuites par créanciers, conformément à l'article L. 622-21 du code de commerce.

[764] Cass. com., 3 nov. 2010, n°09-69.533.

cassation précise toutefois les conditions dans lesquelles le paiement des créances connexes peut être honoré[765]. L'essentiel des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture sera donc remboursées pendant l'exécution du plan, qu'il conduise à la liquidation ou au redressement de l'entreprise. Le deuxième alinéa de l'article L. 622-7 prévoit que, sous certaines conditions et à titre dérogatoire, le juge-commissaire peut autoriser le paiement de certaines créances antérieures[766].

523. **Le paiement des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture** – Le premier alinéa de l'article L. 622-17 du code de commerce énonce que « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ». Rejoignant l'article L. 622-7 du même code, cette disposition distingue les créances postérieures selon leur régularité[767] et le but qu'elles poursuivent. En effet, seules les créances nécessaires au déroulement de la procédure et celles qui ont pour effet de payer les cocontractants pour des prestations qu'ils ont honorées peuvent être réglées[768]. Ainsi, sauf à ce que l'Administrateur y mette un terme par l'exercice de son droit d'option[769], le paiement des contrats en cours se poursuit malgré l'ouverture de la procédure. Le paiement des contrats poursuivis devra être honoré, conformément aux dispositions de l'article L. 622-13, I et III, 2°.

524. **La mise en œuvre des nullités de la période suspecte** – L'existence et l'exigibilité des créances dépendent également des pouvoirs exercés par les organes de la procédure collective[770] sur les paiements et contrats du débiteur. L'article L. 632-1 du code de commerce dispose que certains actes à titre gratuit, contrats déséquilibrés ou encore paiements indus nés ou exercés pendant la

---

765 Cass. com. 21 févr. 2012, n°11-18.027 : « *l'interdiction du paiement des créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure collective ne fait pas obstacle à la compensation d'une telle créance avec une créance connexe du débiteur née postérieurement* ».

766 « *Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger. Néanmoins, si cet acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public. / Le juge-commissaire peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité.* »

767 L'irrégularité des créances postérieures vient essentiellement d'opérations financières et contractuelles auxquelles les organes de la procédure collective n'ont pas donné leur assentiment ; v. par ex. Cass. com., 4 févr. 1992, n°90-15.977.

768 À propos des contrats poursuivis en l'absence d'option de non-continuation de l'administrateur ; Cass. com., 16 oct. 1990, n°89-12.930 ; v. aussi à propos des baux ; Cass. com., 27 oct. 1998, n°95-21.286.

769 Art. L. 622-13 du code de commerce.

770 Art. 622-4 du code de commerce : « *L'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public. Elle a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur.* »

période suspecte, peuvent faire l'objet de nullités. Ce mécanisme a pour objet l'extinction pure et simple des créances concernées. Il en va de même pour les « *paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date* […] *si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements* », et de « *toute saisie administrative, toute saisie attribution ou toute opposition* […] *lorsqu'elle a été délivrée ou pratiquée par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci* »[771]. Ces dispositions limitent drastiquement les pouvoirs financiers du débiteur.

525. **L'influence des résiliations sur les modalités de règlement des contrats** – L'articulation des résiliations de contrats[772] avec l'interdiction des paiements conduit à distinguer les paiements des conventions selon la date de leur résiliation et la date d'exigibilité des créances qui en naissent. Les contrats conclus avant l'ouverture de la procédure collective, qui auront fait naître une partie du passif, pourront être résiliés dans les conditions de l'article L. 632-2 pendant la période d'observation. Les créances contractuelles ainsi nées antérieurement à l'ouverture de la procédure ne pourront être honorées[773] ; les créances régulières, exigibles, qui sont la contrepartie d'une prestation et sont nées pendant la période d'observation, antérieurement à la résiliation, seront dues.

526. Ainsi, au cours de la période d'observation, la combinaison des dispositions relatives à l'interdiction des paiements, aux nullités et aux résiliations conduisent à un régime financier extrêmement complexe, destiné à limiter l'exigibilité du passif au cours de la période d'observation, voire à permettre son inopposabilité à la procédure collective. Le droit applicable à chaque paiement éventuel devra donc tenir compte d'un paramètre objectif (l'avancement de la procédure), d'un paramètre contractuel (les stipulations du contrat), d'un paramètre organique (l'action des organes de la procédure collective) et d'un paramètre intrinsèque à la créance (sa régularité et son exigibilité).

527. **L'instauration de priorités dans le règlement des créances** – Outre l'obligation de déclaration et la perturbation du règlement des créances pendant la période d'observation, le droit des entreprises en difficulté instaure légitimement des priorités dans le règlement du passif, afin de répartir au plus juste l'actif encore disponible. Il va de soi que les créances contractuelles ne sont

771 Art. L. 632-2 du code de commerce.

772 Art. L. 622-13 à L. 622-16 du code de commerce.

773 Art. L. 622-7 du code de commerce.

pas les plus privilégiées. L'article L. 622-17 du code de commerce pose le premier principe en matière de remboursement des créanciers : les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture sont privilégiées par rapport à celles qui lui sont antérieures. Il est toutefois fait exception à cette règle en matière de créances salariales[774], de frais de justice liés à la procédure collective, et d'apports en trésorerie de tiers dans le cadre d'un accord homologué de conciliation[775]. Au terme de la procédure, en particulier en liquidation judiciaire, en dehors de ces créances privilégiées, seront honorées prioritairement les créances garanties par une hypothèque ou un privilège spécial, un gage avec droit de rétention ou un gage sur matériel ou outillage et les créances du Trésor public[776]. Les fournisseurs du débiteur titulaire d'un contrat portant sur des travaux publics bénéficient du « privilège de pluviôse »[777], codifié aux articles L. 3253-22 du code du travail et R. 2191-63 du code de la commande publique[778] et qui permet le paiement privilégié de ces prestations. Les autres créances, notamment celles qui sont de nature contractuelle, sont qualifiées de chirographaires et réglées au marc le franc.

528. L'ensemble de ces règles financières obéit à des logiques protectrices de l'entreprise en difficulté, qui mettent au second plan les préoccupations des créanciers, qu'ils soient ou non des personnes publiques. Cela conduit à une conciliation nécessaire, bien que délicate, de ces mécanismes que tout semble opposer.

[774] Cet article cite énonce le « *super-privilège* » des salariés, inscrit aux articles L. 3253-2, L. 3253-4 et L. 7313-8 du code du travail.

[775] Art. L. 611-11 du code de commerce.

[776] Art L. 643-2 du code de commerce.

[777] Cass. com., 20 sept. 2017, *Sté EDF*, n°15-28.812 ; ECKERT G., « *Privilège de pluviôse et notion de travail public* », *CMP* n°12, déc. 2017, comm. 274.

[778] EMERY C., « *Marchés publics – Le privilège de pluviôse en dix questions* », Le Moniteur (en ligne), 25 sept. 2009, https://www.lemoniteur.fr/article/marches-publics-le-privilege-de-pluviose-en-dix-questions.528519.

Section 2 : La difficile conciliation des règles financières

529. L'exécution financière d'un contrat administratif conclu avec une entreprise en difficulté entraîne la conciliation inédite de règles et logiques contradictoires, qui conduit à confronter la protection des deniers publics avec un intérêt économique très spécifique. Il convient alors de tenter d'appréhender l'agencement de ces règles (§1) pour apprécier par la suite la pertinence de cette conciliation (§2).

§1. L'exécution financière du contrat administratif conclu avec une entreprise en difficulté

530. Percuté de front par le droit des entreprises en difficulté, le régime juridique classique de l'exécution financière des contrats administratifs est plus ou moins transformé, selon que l'Administration est débitrice (A) ou créancière (B) de son cocontractant.

A) Le régime des créances contractuelles détenues sur l'Administration

531. Lorsque l'Administration est débitrice de l'entreprise en difficulté, la procédure collective n'impacte que marginalement le règlement du contrat administratif. Le règlement par la personne publique est alors effectué selon des modalités classiques (1), ce qui engendre l'application des règles classiques du droit public (2).

1) *Le paiement du contrat selon des modalités classiques*

532. **L'absence de règles altérant le paiement des contrats administratifs par l'Administration** – Si, comme cela a été précédemment évoqué, les règles applicables au règlement des dettes de l'entreprise en difficulté sont extrêmement rigoureuses, le droit applicable aux créances dont dispose l'entreprise en difficulté n'empêche pas l'application des règles de droit public. Cela découle essentiellement du principe de continuation des contrats en cours, codifié à l'article L. 622-13 du code de commerce[779]. Ce principe est affirmé en droit de la commande publique par la doctrine, et notamment Me. Maxime MOLKHOU, qui énonce que « *par principe,*

[779] Article L. 622-13, I. du code de commerce : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. / Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.* »

l'ouverture d'une procédure collective est sans incidence sur l'application des règles contractuelles qui régissent l'établissement du décompte »[780]. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence administrative relative aux marchés publics, la Cour administrative d'appel de Paris ayant établi, sans être contredite, que :

> « *L'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde détermine les droits et obligations définitifs des parties ; qu'il appartient au juge administratif, de fixer le solde en tenant compte de tous les éléments actifs et passifs résultant d'obligations ayant une existence certaine et comprenant tant au profit de l'entreprise, la rémunération de ses travaux, qu'à sa charge, les sommes que le maître d'ouvrage est fondé à lui réclamer au titre de ses obligations contractuelles ; que la mise en redressement ou en liquidation judiciaire de l'entreprise est sans influence sur l'application de ces règles qui tiennent à la nature même du compte en cause* »[781].

533. **L'usage classique du décompte en droit de la commande publique** – En droit de la commande publique, le principe d'unicité du décompte permet le règlement financier de l'ensemble du contrat, c'est-à-dire « *l'ensemble des éléments actifs et passifs résultant des obligations des cocontractants* »[782], sans que les règles du droit des entreprises en difficulté n'y portent atteinte[783]. Le principe, établi par le Conseil d'État[784], est formulé dans les termes suivants :

> *« L'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties. »*[785]

534. Il en résulte que le règlement des contrats de la commande publique est exécuté conformément au droit administratif, qui régit l'établissement des décomptes.

---

[780] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.* n°2.2.2, p. 35. La formulation de ce principe est énoncée dans les mêmes termes par Me. Yves CLAISSE ; CLAISSE Y., « *La fin des relations financières avec l'entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire »,* dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics* n°127, p. 52, déc. 2012.

[781] CAA Paris, 4ème ch., 4 mai 2010, *Office public d'aménagement et de construction de Chelles (OPAC)*, n°08PA03657 ; v. aussi CAA Lyon, 13 juil. 1993, *SAPRR,* n°91LY00405.

[782] PELLISSIER G., concl. sur CE, 6 nov. 2013, *Région Auvergne*, n°361837 ; *RJEP* 2014. comm. 22., cité par CLAMOUR G., « *Décompte à rebours »*, *AJDA* 2016, p. 674.

[783] CAA Paris, 4 mai 2010, *Office public d'aménagement et de construction de Chelles (OPAC)*, n°08PA03657, *precit*.

[784] CE, 8 déc. 1961, *Société Nouvelle compagnie générale des travaux*, n°44994 ; CE, 12 mai 1982, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône,* n°14735.

[785] CE, 4 déc. 1987, *Commune de Ricamarie*, n°56108.

2) *Les faibles conséquences de la procédure collective sur le paiement du contrat*

535. Eu égard à l'absence d'influence de l'ouverture d'une procédure collective sur le paiement de créances à l'entreprise en difficulté, en la matière, les règles de droit public s'appliquent généralement de manière classique.

536. **La compétence du juge administratif** – Affirmée largement par l'avis du Conseil d'État *Société Jules Viaux,* la compétence de la juridiction administrative ne fait aucun doute en matière d'établissement des créances publiques, et ce, nonobstant l'ouverture d'une procédure collective :

> *« Les dispositions des articles 47 à 53 de la loi du 25 janvier 1985 d'où résultent, d'une part, le principe de la suspension ou de l'interdiction de toute action en justice de la part de tous les créanciers à compter du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, d'autre part, l'obligation, qui s'impose aux collectivités publiques comme à tous autres créanciers, de déclarer leurs créances dans les conditions et délais fixés, ne comportent, pas plus que ne le faisaient les articles 35 et suivants de la loi du 13 juillet 1967, de dérogation aux dispositions régissant les compétences respectives des juridictions administratives et judiciaires. »*[786]

537. Il en va *a fortiori* de même en matière de dettes publiques, puisqu'aucune disposition du code de commerce n'entrave le paiement à l'entreprise en difficulté des créances qui lui sont dues et ne dérogerait à la répartition des compétences entre ordres de juridictions.

538. **L'absence d'effet de la procédure collective sur le paiement direct du sous-traitant** – Nonobstant les difficultés du titulaire du contrat, qui serait susceptible, eu égard aux pénalités contractuelles, d'accumuler un passif supérieur à l'actif qui lui est dû, le sous-traitant n'est pas lié au décompte de son donneur d'ordres et n'est donc pas pénalisé par la procédure collective qui le frappe[787]. En outre, la procédure collective ouverte à l'égard du cocontractant de l'Administration ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant, ainsi que le prévoit expressément l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, qui dispose que

[786] CE, avis, 20 janv. 1992, *Sté Jules Viaux et fils*, n°130250.

[787] CAA Paris, 4 mai 2010, *Office public d'aménagement et de construction de Chelles*, n°08PA03657 ; CE, 5 déc. 1984, *Sté Poutrex*, n°28469, 28471.

celui-ci est *« obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation de ses biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites »*[788].

539. **L'inapplicabilité du droit commercial pour l'établissement du décompte** – Comme cela a été précédemment évoqué, le décompte procède à « *la contraction de l'actif et du passif* »[789]. Si cette règle du droit de la commande publique s'accommoderait éventuellement de l'application de l'article L. 622-7 du code de commerce, qui prévoit la possibilité « *du paiement par compensation de créances connexes* », elle impliquerait « *que la créance dont la compensation est recherchée ait été régulièrement déclarée auprès de la procédure* »[790]. La jurisprudence administrative a donc estimé, de manière constante, que *« les règles qui régissent la compensation* [sont] *inapplicables aux opérations comprises dans ce compte et la mise en règlement judiciaire de l'entrepreneur* [est] *sans influence sur l'application des règles qui tiennent à la nature du compte »*[791]. Par suite, comme l'affirme Bertrand DACOSTA, « *la solution* [est] *critiquée en tant qu'elle permet de tenir en échec les dispositions du code de commerce* »[792]. Ainsi, nonobstant l'absence de déclaration de créance en vertu du code de commerce[793], la jurisprudence administrative fait primer le décompte sur les règles de la procédure collective :

> *« L'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties ; que le litige dont a été saisi en l'espèce le tribunal administratif de Paris portait sur le règlement de l'ensemble des comptes du marché entre la ville et l'entreprise ; qu'il y a lieu de fixer le solde du décompte en faisant état de tous les éléments actifs et passifs résultant d'obligations ayant une existence certaine à la date de la résiliation du marché, devant figurer sur ledit décompte, et comprenant tant, au profit de l'entreprise, la rémunération de ses travaux, qu'à sa charge, le coût de la réparation des malfaçons, imputé au décompte au fur et à mesure de la liquidité de la créance à ce titre du maître de l'ouvrage. »*[794]

---

[788] Art. 6 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance.

[789] LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives », precit.*, n°2.2.2.2, p. 38.

[790] *ibid.*

[791] CAA Marseille, 7 mars 2011, *Sté Union Matériaux*, n°08MA01391, v. aussi CE, 24 juin 1988, *SA Française de télécommunications*, n°51123 ; CE, 15 janvier 1965, *Cne la Richardais*, *Lebon* p. 984.

[792] DACOSTA B., conclusions sur CE, 15 nov. 2012, *Sté Guil Durance*, n°349840 ; *BJCP* 2013, n°87, p. 103-108.

[793] CAA Nancy, 31 mai 2010, *SARL Plurial*, n°08NC01369 : « *la circonstance que le Centre de gestion […] n'ait pas procédé, auprès du mandataire liquidateur de la SARL PLURIAL, à la déclaration de la créance résultant des pénalités de retard encourues par cette l'entreprise en raison des manquements à ses obligations contractuelles, ladite créance constituant un élément ne pouvant être isolé du compte du marché, n'avait pas d'incidence sur l'application des règles régissant l'établissement du décompte* ».

[794] CE, 5 févr. 1988, *Ville de Paris*, n°35687.

540. **L'usage du décompte pour la prise en compte des pénalités contractuelles** – Ainsi que l'énonce la décision précitée, les pénalités, appréhendées ici comme des éléments de passif, viennent réduire le paiement des prestations au titulaire du contrat au sein du décompte[795], « *sur le fondement de la responsabilité contractuelle* »[796]. Les diverses violations des règles contractuelles – qu'elles résultent de défaillances, de retards ou de malfaçons – peuvent donc conduire à une accumulation significative du passif au sein du décompte du contrat de la commande publique, en réduisant considérablement son solde.

541. **L'usage du décompte pour tenir compte des conséquences d'une éventuelle résiliation** – Le contrat administratif conclu avec une entreprise en difficulté peut être sujet à deux formes principales de résiliation. En premier lieu, la convention peut être résiliée dans le cadre de la procédure collective, par l'option de l'administrateur ou par décision du juge-commissaire[797]. En second lieu, la résiliation du contrat peut être prononcée unilatéralement par l'Administration en raison de défaillances du titulaire, soit de manière classique[798], soit aux frais et risques du cocontractant[799]. Dans le cas d'une résiliation décidée dans le cadre d'un procédure collective, l'article L. 622-13, V du code de commerce prévoit les conditions dans lesquelles une indemnisation peut être due à l'Administration :

> *« Si l'administrateur n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts. »*

542. Ainsi, comme l'énonce la Cour de cassation, « *à défaut de poursuite du contrat, il appartient au créancier de déclarer dans le délai légal la créance dont il s'estime titulaire au titre de l'indemnité de résiliation* […] *et, en l'absence d'une telle déclaration, il ne peut invoquer le bénéfice de la compensation entre sa créance de dommages et*

[795] CAA Nancy, 31 mai 2010, *SARL Plurial*, n°08NC01369, *precit.*

[796] LEPRON F., MOLKHOU M., *precit.,* n°2.2.2.1, p. 36.

[797] Art. L. 622-13 du code de commerce.

[798] CE, 20 janv. 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid*, n°56503.

[799] Ce qui supposera que le titulaire supporte l'ensemble des conséquences financières causées par la résiliation ; CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, n°12315.

intérêts et la dette de restitution du dépôt de garantie »[800]. Or, en droit de la commande publique, la résiliation prononcée dans le cadre d'une procédure collective n'est pas considérée comme fautive. Elle est d'ailleurs inscrite à l'article 50 du CCAG Travaux, relatif aux « *événements extérieurs au marché* ». Il semble donc délicat de soumettre ce type de résiliation au même régime que la résiliation aux frais et risques. Dans cette situation, parfaitement décrite par Maxime MOLKHOU[801], où le droit privé semble plus favorable à l'Administration que le droit contractuel, le Conseil d'État a précisé, dans une décision *Établissements Paul Mathis*[802], les modalités d'établissement du compte de liquidation en cas de résiliation prononcée dans lesdites conditions. Le Professeur Gabriel ECKERT, dans son commentaire de cette décision[803], en synthétise les apports concernant les conséquences financières de la résiliation : « *l'ancien cocontractant a droit au paiement des prestations qu'il a réalisées antérieurement à la résiliation du marché. Il en va de la sorte même si les travaux en cause n'ont "pas été incorporés à l'ouvrage à la date de résiliation du marché", précise le Conseil d'État* ». À l'actif doivent également être incorporées les fournitures cédées au repreneur du contrat, ainsi que les travaux supplémentaires exécutés. Aux sommes dues au titre de l'exécution du contrat doivent être prélevées « *les avances versées par le maître d'ouvrage* », y compris en cas de mise en œuvre de la garantie à première demande. Ainsi, le passif (sanctions contractuelles, avances déjà versées) s'agrègera à l'actif (prestations réalisées, fournitures transmises au repreneur) au sein du compte de liquidation, toujours en vertu du principe d'unicité du décompte.

543. **L'application des règles de droit public en matière de reversement des éventuelles garanties** – Il convient de s'interroger sur le devenir de la retenue de garantie[804] en cas d'ouverture d'une procédure collective. Ce prélèvement sur les sommes dues au titulaire du contrat permet de « *couvrir les réserves formulées à la réception des prestations du marché et, le cas échéant, celles formulées pendant le délai de garantie lorsque les malfaçons n'étaient pas apparentes ou que leurs conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception* »[805]. Le reversement de la retenue de garantie n'est effectué qu'à l'échéance de cette garantie, qui varie selon le type de prestations effectuées[806]. Se pose donc avec acuité la question de l'exigibilité anticipée du reversement de la retenue de garantie en cas de

[800] Cass. com., 23 janv. 1990, n°88-16.172.

[801] LEPRON F., MOLKHOU M., *precit.*, n°2.2.2.1, p. 36 à 38.

[802] CE, 3 oct. 2008, *Établissements Paul Mathis*, n°291919 et 291978.

[803] ECKERT G., « *Procédure collective et décompte du marché résilié de plein droit », CMP* n°11, nov. 2008, comm. 255.

[804] Art. R. 2191-32 à R. 2191-35 du code de la commande publique.

[805] CAA Lyon, 8 mars 2018, *Société Routière du Centre*, n°17LY01827.

[806] v. sur ce point, Fiche DAJ, min. économie, « *Les pénalités dans les marchés publics* », avr. 2019, *precit.*

placement en procédure collective, plus particulièrement eu égard à l'application des dispositions de l'article L. 643-1 du code de commerce, qui prévoit que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues* ».

544. Par une réponse ministérielle[807], le Ministre de l'Économie et des Finances a pu estimer que « *seules les dettes de l'entreprise placée en liquidation judiciaire sont concernées par l'exigibilité immédiate et non les créances à terme qu'elle détient. La retenue de garantie constitue une créance détenue par le titulaire du marché en liquidation judiciaire sur le maître de l'ouvrage. Les dispositions de l'article L. 643-1 du code de commerce ne sont donc pas applicables* ». Comme le précise très justement le Ministre, « *prévoir le remboursement immédiat de la retenue de garantie, du fait de la liquidation judiciaire, viderait de son objectif la retenue de garantie, qui est de garantir le maître d'ouvrage des malfaçons objets de réserves ou pouvant apparaître après la réception des travaux* ». Pour l'heure, cette analyse ne semble pas avoir été contredite par la jurisprudence, de sorte que l'on peut – prudemment – estimer que la retenue de garantie ne pourra pas être inscrite à l'actif de l'entreprise en difficulté avant l'expiration de son délai d'exigibilité.

545. **L'application classique des effets propres aux décomptes en droit de la commande publique** – En tout état de cause, c'est le solde du décompte qu'il faudra examiner pour déterminer si l'Administration est créancière ou débitrice de l'entreprise en difficulté. Dans le premier cas, s'appliqueront les règles spécifiques qui seront abordées dans les prochains développements[808]. Dans le second cas, s'appliqueront les règles classiques du droit public. Le montant dû à l'entreprise sera exigible conformément aux règles des CCAG qui portent sur la validation du décompte[809], quitte à ce que le juge administratif soit saisi pour arrêter le solde du contrat[810].

546. **La condition de connexité, en l'absence de décompte, pour la mise en œuvre de la compensation des dettes et créances** – En l'absence de décompte, comme c'est le cas pour l'essentiel des contrats administratifs qui ne relèvent pas du code de la commande publique, semble toutefois s'appliquer le droit des entreprises en difficulté. Confrontée à l'interdiction du paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture[811], l'Administration ne peut, par

[807] Rep. min. n°28392, JO Sénat, 10/10/2013, p. 2974.

[808] v. « *2) Le régime des créances contractuelles détenues par l'Administration »,* p. 225.

[809] v. par ex. Art. 12 du CCAG Travaux.

[810] TC, 25 mai 2005, *SARL SEGI et M. Rambour ès qualités c/OPHLM de la Vendée*, n°3447 ; CE, 23 nov. 2010, *Sté Atelier Construction Métallique Rochefortaise (ACMR)*, n°328189.

[811] Art. L. 622-7 du code de commerce.

principe, compenser les dettes et les créances de l'entreprise en difficulté. L'article précité[812] prévoit néanmoins que « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes* ». La connexité conditionne donc la compensation des dettes et des créances antérieures au jugement d'ouverture[813]. La connexité est conçue, par le législateur comme la jurisprudence commerciale, comme une forme de réciprocité de la dette et de la créance, qui doivent être liquides, exigibles[814], et découler des obligations d'un même contrat[815].

547. **La condition de déclaration de la créance, en l'absence de décompte, pour la mise en œuvre de la compensation des dettes et créances** – À la condition de connexité, s'ajoute l'obligation de déclaration des créances sur l'entreprise en difficulté, pour pouvoir mettre en œuvre ladite compensation :

> *« Lorsque le contractant défaillant a été mis en procédure collective, la créance née, avant le jugement d'ouverture, de l'exécution défectueuse ou tardive de prestations convenues ne peut être invoquée par le cocontractant pour obtenir une réduction du prix ou se compenser avec le prix de ces prestations qu'à la condition d'avoir été déclarée. »*[816]

Ainsi, sauf à ce que s'appliquent les règles propres au décompte en droit de la commande publique, rien ne semble s'opposer à l'application des conditions du paiement par compensation des dettes et des créances énoncées par le code de commerce ; les créances doivent être liquides, exigibles, connexes et déclarées pour pouvoir réduire le montant des paiements à l'entreprise en difficulté par la voie de la compensation.

548. Mais la véritable difficulté en matière d'exécution financière des contrats administratifs en cas de procédure collective se pose lorsque la personne publique contractante détient des créances sur le débiteur.

---

812 *ibid.*

813 Notons que, conformément à l'article L. 622-7 du code de commerce, les créances postérieures peuvent faire l'objet d'une compensation, même en l'absence de connexité, dans les conditions de l'article 1290 du code civil, comme le confirme la Cour de cassation ; Cass. com., 21 févr. 2012, n°11-18.027 ; Cass. com., 1er juill. 2020, n°18-25.487.

814 Cass. com., 28 sept. 2004, n°02-21446 ; Cass. com., 28 avr. 2009, n°08-14756.

815 Cass. com., 18 déc. 2012, n°11-17.872 ; Cass. com., 19 avr. 2005, n°03-13.787 ; Cass. com., 9 avr. 2013, n°12-14.356 ; Cass. com., 27 janv. 2015, n°13-18.656. La Cour de cassation a toutefois estimé que la connexité pouvait parfois être admise pour des dettes et créances issues de différents contrats qui sont liés, notamment s'ils font partie d'un ensemble contractuel, pour la réalisation d'une même opération économique : Cass. com., 16 oct. 2001, n°98-20.973.

816 Cass. com., 30 mars 2010, 09-11.805 ; v. aussi Cass. com., 5 oct. 2010, 09-16.752.

B) Le régime des créances contractuelles détenues par l'Administration

549. En dehors des hypothèses de compensation entre les créances et recettes, le régime des créances nées d'un contrat administratif qui sont détenues sur une entreprise en difficulté est essentiellement soumis au droit des procédures collectives, nonobstant quelques hypothèses d'intervention du juge administratif.

550. **Le principe d'interdiction de payer applicable aux créances de l'Administration** – En l'absence de disposition contraire, en application de l'article L. 622-7 du code de commerce, le principe d'interdiction de paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture est applicable indistinctement du statut du créancier, y compris aux personnes publiques contractantes. Les exceptions relatives aux créances postérieures et à la connexité sont également applicables à l'Administration[817].

551. **L'obligation de déclaration des créances par le comptable public** – L'obligation de déclaration des créances « *s'impose à l'Administration comme à tous autres créanciers* »[818]. Le respect de cette procédure conditionne, même en ce qui concerne les créances des personnes publiques, la prise en compte de ces obligations dans la procédure collective. Devront ainsi faire l'objet de la déclaration à la fois les créances établies par un titre, mais également, à titre conservatoire, celles qui font l'objet d'une simple évaluation[819]. En matière de contrats administratifs, il appartient par principe au comptable public, et non pas à l'ordonnateur, d'effectuer la déclaration de créances prévue aux articles L. 622-24, L. 631-14 et L. 641-3 du code de commerce[820]. Comme l'énonce Me. Maxime MOLKHOU[821], cette obligation vaut tant pour les personnes publiques locales que pour l'État[822]. La solution est confirmée par la Cour de cassation qui estime que « *s'il appartient à*

---

817 v. *supra*, n° 546, p. 231.

818 CE, 20 janv. 1988, *SA Compagnie Francaise du groupe Jossermoz*, n°65580 ; v. aussi CE, 17 déc. 1999, *Moine*, n°199598 ; CAA Marseille, 14 févr. 2011, *Sté Bruyas*, n°07MA04607.

819 Cass. com., 26 sept 2006, n°05-16.942 : « *en application des articles L. 621-43 du code de commerce et 67 du décret du 27 décembre 1985, une créance dont le montant n'est pas encore fixé doit être déclarée sur la base d'une évaluation effectuée au moment de la déclaration » ;* Instruction n°12-005-M0, 26 janv. 2012, « *Marchés publics et procédures collectives* » : « *s'agissant des pénalités de retard dans le cadre de marchés publics de travaux, nonobstant le fait que le décompte général et définitif n'est pas établi au moment de l'ouverture de la procédure, il convient de procéder à leur déclaration sur la base d'une évaluation* ».

820 v. à ce propos LECOURT A., « *Le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables à l'épreuve des procédures collectives* », *Recueil Dalloz*, 2005 p. 1943.

821 MOLKHOU M., *Marchés publics et procédures collectives, precit.,* n°2.2.1.2, p. 27.

822 Art. L. 2343-1, L. 3342-1 et L. 4342-1 du code général des collectivités territoriales ; art. 13, 14 et 18 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

l'ordonnateur de liquider les créances, seul le comptable de la commune, qui tient de la loi le pouvoir de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, peut les déclarer au passif du débiteur »[823]. Une exception peut toutefois être identifiée, lorsque la personne publique a désigné un maître d'ouvrage délégué, dûment mandaté pour ester en justice pour le compte du maître d'ouvrage principal. Il lui appartiendra alors d'effectuer la déclaration en lieu et place du comptable public[824]. En l'absence de déclaration par le comptable public, sauf à ce que le juge-commissaire procède à un relevé de forclusion[825], « *les créanciers ne seront pas admis dans les répartitions et les dividendes* »[826] ; « *les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* »[827]. Comme le conclut Maxime MOLKHOU, « *en pratique, à défaut d'avoir déclaré sa créance* […]*, le recouvrement de la créance pourra donc être fortement compromis* »[828]. L'extinction d'une créance résultant de l'absence de sa déclaration par le comptable public est toutefois susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de la collectivité publique, en particulier lorsque les diligences permettant le recouvrement des créances ont été négligées et « *s'il est établi que les possibilités de recouvrement ont été de ce fait, compromises* »[829].

552. **La confrontation de l'interdiction de consentir des libéralités avec les abandons de créances** – L'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités[830], principe séculaire et protecteur des deniers publics, devrait avoir pour effet d'interdire à l'Administration tout abandon de créance ou remise de dette au profit de l'entreprise en difficulté[831]. L'article L. 313-6 du code des juridictions financières l'érige même en infraction :

---

[823] Cass. com., 29 avr. 2003, *SCI L'Orée des Bois c/ Cne de Taninges*, n°00-14.142 ; Cass. com., 12 juin 2001, *Trésorerie de Mont-de-Marsan c/ Sté Informatique Midi-Pyrénées*, n°98-17.691.

[824] CE, 7 juin 2010, *Cne de Mantes-la-Jolie*, n°313638 ; CE, 2 févr. 2011, *Sté Centrale pour l'équipement du territoire,* n°341348.

[825] Art. L. 622-26 du code de commerce.

[826] *ibid.*, al. 1.

[827] *ibid.*, al. 2.

[828] MOLKHOU M., *precit.,* n°2.2.1.2, p. 29.

[829] v. par ex., Cour des comptes, 14 mars 2019, n° S-2019-0578 ; Cour des comptes, ch. réunies, 17 oct. 2001, *Centre hospitalier général de Niort*, rec. 76.

[830] CE, 19 mars 1971, *Mergui,* n°79962 ; CE, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, n°249153 ; CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n°348676.

[831] TA Lyon, 24 nov. 2005, *Tête*, n°0401106

> *« Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 euros et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction. »*

Les juridictions financières en assurent d'ailleurs le respect en prononçant des condamnations à l'encontre des autorités publiques qui auraient attribué à des tiers un « *avantage injustifié* »[832]. Pour autant, les organes de la procédure collective pourront être amenés à proposer aux créanciers publics d'accorder aux débiteurs des délais de paiement ou encore des remises de dettes, sur le fondement des articles L. 626-6, L. 626-19 et D. 626-15 du code de commerce. Ces remises de dettes sont conditionnées, pour répondre aux exigences du droit financier public. Pour Maxime MOLKHOU, « *aucune règle ni aucun principe ne semble faire obstacle à ce que le maître d'ouvrage renonce, dans le principe, à une partie de sa créance dans le cadre d'un accord particulier avec les organes de la procédure collective pour autant que celle-ci prévoit des contreparties suffisantes, globalement appréciées (garantie de recouvrer une partie de la créance chirographaire, délais réduits…) »*[833]. Alors que la jurisprudence a admis des tempéraments à l'interdiction de consentir des libéralités au profit de sociétés d'économie mixte[834], la doctrine a pu estimer qu'il était possible pour des personnes publiques de consentir des remises gracieuses de créances[835], ainsi rejointe par le Tribunal administratif de Melun[836]. Néanmoins, cette faculté n'est pas absolue :

> *« Il semble* […] *que l'exercice du droit de remise par les collectivités locales soit assorti de trois conditions* […]. *La première condition* […] *concerne le débiteur, dont il conviendrait d'apprécier, d'une part la situation (financière, familiale, sanitaire… : l'article 193 1° du GBCP subordonne la remise par les établissements publics nationaux à une "gêne du débiteur"), d'autre part l'attitude (*[…] *non seulement la situation de précarité, mais encore la bonne foi et l'absence de fraude : CE 27 mars 2000, M^me^ Wery, req. n° 200591, Lebon). Le cas doit être individuellement digne d'intérêt ; ne sauraient donc être admises de simples faveurs* […]

[832] CDBF, 20 déc. 1982, *Port autonome de Nantes Saint-Nazaire*, n°47-136.

[833] MOLKHOU M., *précit.*, n°2.2.1.2, p. 29.

[834] CE, 17 janv. 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence*, n°138837, 133905.

[835] STAHL J.-H., concl. sur CE, 28 févr. 1997, *Cne du Port*, n°167483, *RFDA* 1997 p.1197 ; CHAUVAUX D., GIRARDOT T.-X., « *Recevabilité du déféré provoqué* », *AJDA,* 1997 p. 425.

[836] TA Melun, 16 oct. 2001, *Préfet du Val-de-Marne c. Cne de Fresnes* ; LAQUIEZE A., *RGCT* 2002 p. 43.

> *(CE 27 févr. 1998, Cne de Sassenay c/ Loup, req. n° 160932, Lebon). La deuxième condition* […] *concerne, l'intérêt de la collectivité locale. La remise gracieuse devrait éviter à cette collectivité des suites fâcheuses, notamment un contentieux* […]. *La remise gracieuse serait alors une manière de "régler autrement les conflits", au prix, éventuellement, de "concessions réciproques" (par exemple des remises simplement partielles) caractéristiques de la transaction. De même, pourrait être pris en compte* […] *le montant (en l'espèce relativement modique) des "sommes en jeu". En tout état de cause, une remise "pure et simple" serait prohibée (TA Lyon 24 nov. 2005, Tête, req. n° 0401106, AJDA 2006. 838). La troisième condition* […] *serait l'interdiction de remises dans certains domaines* [… tels que] *l'exécution des décisions de justice, en tout cas celles passées en force de chose jugée et qui liquident une créance de la collectivité locale. »*[837]

553. Dans le cadre d'une procédure collective, la négociation sur les créances semble en effet répondre à ces conditions. En premier lieu, la situation du débiteur est effectivement fragilisée et justifie des mesures spécifiques. En deuxième lieu, la personne publique peut, dans le cadre de ses négociations avec les organes de la procédure collective, obtenir des contreparties[838] à la remise de dettes ou à l'abandon de créances. En dernier lieu, sauf à ce que la remise soit, par exemple, interdite en application d'un jugement passé en force de chose jugée, la troisième condition semble pouvoir être remplie. Ainsi, de tels gestes consentis par les personnes publiques dans le cadre de procédures collectives font l'objet d'un régime spécifique, en raison de la conciliation qui s'impose entre le principe d'interdiction de consentir des libéralités avec les règles du droit des entreprises en difficulté.

554. **La vérification des créances publiques** – Au terme du délai de déclaration des créances, le mandataire judicaire est en charge de vérifier que les obligations ont été valablement déclarées. Il fixe alors une proposition d'admission et de rejet des créances, après rapprochement des déclarations avec les documents comptables de l'entreprise débitrice. Cette liste sera ensuite transmise au juge-commissaire[839]. Toutefois, en liquidation judiciaire, l'article L. 641-4, alinéa 2 du code de commerce prévoit qu' « *il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances*

[837] SAIDJ L., ALBERT J.-L., « *Budgets et comptes locaux : recette »*, Chapitre 3 (folio n°7125), *Encyclopédie des collectivités locales*, janv. 2018, n°321 et suiv.

[838] Me. Maxime MOLKHOU évoque notamment les contreparties suivantes : « *garantie de recouvrer une partie de la créance chirographaire, délais réduits… »*, MOLKHOU M., *precit*., n°2.2.1.2, p. 29.

[839] Art. L. 624-1 du code de commerce.

privilégiées, à moins que, s'agissant d'une personne morale ou d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il n'y ait lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux de droit ou de fait ou de cet entrepreneur tout ou partie du passif conformément à l'article L. 651-2 ». Une fois qu'il a été statué sur l'admissibilité des créances, les créanciers disposent d'un délai de 30 jours pour contester les éventuels rejets[840], faute de quoi « *aucune contestation ultérieure* »[841] ne pourra être admise. Selon Maxime MOLKHOU, ces règles s'appliquent d'une manière identique à l'Administration :

> *« De son côté, l'administration dont la créance serait discutée par le mandataire de justice et/ou le débiteur, reçoit une lettre l'informant que la créance déclarée est, en tout ou partie, contestée. En cas de désaccord, l'administration doit impérativement répondre à cette lettre dans le délai de 30 jours suivant sa réception. À défaut, elle ne pourra plus exercer de recours contre la décision du juge-commissaire si celle-ci vient finalement confirmer la proposition du mandataire judiciaire (art. L. 624-3, al. 2). Tant l'administration que le titulaire devront donc demeurer particulièrement vigilants au cours de la phase de vérification des créances. »*[842]

555. **Le délicat partage de compétences entre ordres de juridictions pour l'admission, la fixation et la liquidation des créances** – Si ce point sera abordé de manière plus exhaustive dans un chapitre dédié[843], il convient d'évoquer ici la procédure de paiement des créances déclarées et le rôle des organes juridictionnels dans les différentes étapes de sa mise en œuvre. En premier lieu, l'admission des créances relève de la compétence du juge judiciaire. Aux termes de l'article L. 642-2 du code de commerce, il appartient au juge-commissaire de statuer sur les propositions du mandataire judiciaire soit dans le sens de l'admission, soit dans le sens du rejet des créances[844]. Comme l'affirment de manière constante les Cours administratives d'appel, « *il n'appartient pas au juge administratif de procéder à l'inscription d'une créance invoquée par une personne publique au passif d'une société commerciale placée en redressement judiciaire* »[845]. Le Conseil d'État a d'ailleurs établi très tôt cette répartition des compétences juridictionnelles :

---

[840] Art. R. 624-1, al. 3 du code de commerce.

[841] Art. L. 624-1, al. 2 du code de commerce.

[842] MOLKHOU M., *precit.*, n°2.2.1.2, p. 30.

[843] Chapitre 7 : La difficile répartition des compétences.

[844] Cass. com., 19 déc. 2018, n°17-15.883 : « *Sauf constat de l'existence d'une instance en cours, le juge-commissaire a une compétence exclusive pour décider de l'admission ou du rejet des créances déclarées et après une décision d'incompétence du juge-commissaire pour trancher une contestation, les pouvoirs du juge compétent régulièrement saisi se limitent à l'examen de cette contestation* ».

[845] CAA Douai, 12 juill. 2010, *Office public de l'habitat Lille Métropole Habitat*, n°10DA00223 ; v. aussi, à propos de la liquidation judiciaire, CAA Marseille, 24 févr. 2014, *Syndicat mixte du Boréon*, n°11MA01259.

> « *Si le tribunal administratif est seul compétent pour statuer sur l'existence d'une créance de l'État, et sur son montant, il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire de statuer éventuellement sur l'admission ou la non-admission au passif de la liquidation judiciaire, des créances dont se prévaut l'État* »[846]

556. Néanmoins, le pouvoir d'appréciation du juge-commissaire demeure limité par la lettre même de l'article L. 624-2 du code de commerce. Il peut refuser de statuer sur l'admission d'une créance en constatant « *soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence* ». La jurisprudence civile a ainsi confirmé qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur l'éventuelle rupture d'un contrat[847], sur l'établissement des responsabilités nées d'un contrat[848] et, *a fortiori*, sur l'exécution d'un contrat administratif[849]. Me. Maxime MOLKHOU précise les contours de l'admission des créances en présence d'un problème de droit excédant la compétence du juge-commissaire :

> *« Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, l'article L. 624-2 du code de commerce dispose que le juge-commissaire ne peut trancher les contestations relevant de sa compétence d'attribution qu'en l'absence de "contestation sérieuse". Concrètement, à chaque fois que les parties contesteront la bonne – ou la mauvaise – exécution du contrat, ainsi que leurs responsabilités respectives à cet égard, il y aura "contestation sérieuse" de nature à écarter définitivement la compétence du juge-commissaire et le renvoi devant les juridictions compétentes. »*[850]

557. L'article R. 624-5 du code de commerce précise alors que dans cette situation, le juge-commissaire « *renvoie, par ordonnance spécialement motivée, les parties à mieux se pourvoir et invite, selon le cas, le créancier, le débiteur ou le mandataire judiciaire à saisir la juridiction compétente dans un délai d'un mois* ». En matière de créance née d'un contrat administratif, il appartiendra donc à la juridiction administrative

---

[846] CE, 20 janv. 1988, *SA Compagnie française du groupe Jossermoz*, n°65580 ; v. aussi plus récemment, CE, 24 nov. 2010, *Sté ACMR*, n°328189 : « *les dispositions législatives mentionnées ci-dessus réservent à l'autorité judiciaire la détermination des modalités de règlement des créances sur les entreprises en état de redressement, puis de liquidation judiciaire* ».

[847] Cass. com., 18 févr. 2003, n°00-12.666.

[848] Cass. com., 21 sept. 2004, n°02-16.825.

[849] Cass. com., 1er mars 2005, n°02-16.769 : un contrat de concession passé entre une collectivité territoriale et une société d'économie mixte est un contrat administratif. Ainsi, « *l'arrêté des comptes entre les parties à un tel contrat relève de la compétence exclusive du juge administratif* », de sorte que le juge-commissaire n'était pas compétent pour statuer sur l'admission de la créance contractuelle déclarée.

[850] MOLKHOU M., *precit.*, n°2.2.1.2, p. 30.

d'établir l'existence de la créance et, le cas échéant, la faire inscrire dans la liste établie par le juge-commissaire.

558. En second lieu, la fixation des créances des personnes publiques relève du juge administratif. La décision d'incompétence du juge-commissaire conduit la juridiction administrative à statuer sur l'existence et le montant des créances publiques. Mais un tribunal administratif peut également être saisi directement pour statuer sur la fixation du montant d'une créance litigieuse. En cette matière, le Tribunal des conflits a fixé la jurisprudence applicable à ce contentieux dans une décision *SARL SEGI* :

> « *Le juge administratif est compétent, notamment lorsque le juge-commissaire a décidé, en application de l'article L. 621-104 du code de commerce, que la contestation ne relevait pas de sa compétence, pour statuer sur l'existence et le montant d'une créance née d'un marché public, sous réserve de l'appréciation de la recevabilité des conclusions dont il est saisi au regard des règles régissant le contentieux des marchés publics ;* […] *le juge-commissaire du redressement judiciaire de la SARL SEGI s'étant déclaré incompétent pour apprécier la contestation de la créance déclarée le 7 août 2000 par l'Office public départemental des habitations à loyer modéré de la Vendée au titre d'un marché public de travaux, la SARL SEGI a saisi le tribunal administratif de Nantes de diverses conclusions tendant notamment à l'annulation de l'acte par lequel l'Office public a déclaré sa créance ; que si le tribunal administratif n'est pas compétent pour statuer sur ces dernières conclusions, il lui appartient de se prononcer sur l'existence et le montant de cette créance.* »[851]

Le code de commerce n'ignore pas la faculté de fixation des créances et d'inscription de ces dernières au passif par une juridiction alternative au juge-commissaire, puisque son article R. 624-9, 1° prévoit explicitement cette hypothèse :

> *« L'état des créances mentionné à l'article R. 624-8 est complété par : / 1° Lorsque la matière est de la compétence d'une autre juridiction, les décisions rendues par la juridiction compétente. »*

559. L'absence de déclaration d'incompétence du juge-commissaire n'empêche pas l'Administration d'obtenir gain de cause devant le juge administratif quant à l'existence et au montant d'une créance. L'action directe devant le juge administratif serait susceptible d'entrer en contradiction avec les dispositions de l'article L. 622-21, 1° du code de commerce qui interdisent « *toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant*

[851] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI*, n°3447.

[…] *à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent* ». Le Conseil d'État a pourtant admis des recours de ce type à plusieurs reprises, établissant ainsi une jurisprudence claire sur ce sujet :

> *« Les dispositions* [précitées]*, ne comportent pas de dérogation aux dispositions régissant les compétences respectives des juridictions administratives et judiciaires ;* […] *il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire de statuer sur l'admission ou la non-admission des créances déclarées ;* […] *la circonstance que la collectivité publique dont l'action devant le juge administratif tend à faire reconnaître et évaluer ses droits à la suite des désordres constatés dans un ouvrage construit pour elle par une entreprise admise ultérieurement à la procédure de redressement, puis de liquidation judiciaire, n'aurait pas déclaré sa créance éventuelle ou n'aurait pas demandé à être relevée de la forclusion dans les conditions prévues par le code de commerce, est sans influence sur la compétence du juge administratif pour se prononcer sur ces conclusions dès lors qu'elles ne sont elles-mêmes entachées d'aucune irrecevabilité au regard des dispositions dont l'appréciation relève de la juridiction administrative, et ce, sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur l'extinction de cette créance ;* […] *il appartient au juge administratif d'examiner si la collectivité publique a droit à réparation et de fixer le montant des indemnités qui lui sont dues à ce titre par l'entreprise défaillante ou son liquidateur, sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur le recouvrement de cette créance. »*[852]

Si le juge administratif est ainsi compétent, nonobstant la procédure collective, pour statuer sur l'existence et la consistance d'une créance de l'Administration, son admission au passif reste soumise à l'appréciation du juge judiciaire[853] et au respect des délais de déclaration instaurés par le code de commerce.

560. **La mise en œuvre de la compensation des dettes et créances par le juge administratif** – Au cours d'une action directe devant le juge administratif, peut être mise en œuvre la

[852] CE, 24 nov. 2010, *Me Muriel Amauger*, n°328189 ; v. aussi CE, avis, 20 janv. 1992, *Jules Viaux et fils*, n°130250 ; CE, 8 juin 2011, *M. Dominique A.*, n°330836 ; CAA Marseille, 28 avr. 2014, *Société Golf de la Vallée*, n°11MA04535 ; CAA Bordeaux, 19 mars 2009, *Société Ateliers Construction Métallique Rochefortaise*, n°07BX01826.

[853] CAA Douai, 12 juill. 2010, *Office public de l'habitat Lille Métropole Habitat*, n°10DA00223, *precit.* ; CAA Marseille, 24 févr. 2014, *Syndicat mixte du Boréon*, n°11MA01259, *precit.*

compensation des dettes et créances[854] issues d'un même contrat[855] [856], nonobstant le défaut de déclaration de la créance par l'Administration[857]. Au terme de la procédure, il conviendra d'étudier le solde du contrat. Si l'Administration est redevable de dettes au profit de son cocontractant, celles-ci auront été minorées des créances dues par le cocontractant. Si l'Administration reste créancière de son cocontractant, il importera que les sommes aient été déclarées dans les délais et conditions prévus dans le code de commerce, le cas échéant par l'obtention d'un relevé de forclusion, par une déclaration de créance antérieure indéterminée ou par l'actionnement de la caution du titulaire[858]. En tout état de cause, la contraction de l'actif et du passif simplifie le règlement des dettes et créances dans le cadre de la procédure collective. Elle est une plus-value certaine de l'action directe devant le juge administratif.

561. **L'éventuelle mise en jeu de la caution du cocontractant de l'Administration** – Les contrats de la commande publique peuvent prévoir des garanties permettant aux acheteurs publics de contrôler la bonne exécution des prestations du contrat – notamment la levée des réserves – avant le paiement de l'intégralité du solde. Il en va ainsi de la retenue de garantie[859] à laquelle peuvent se substituer la garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire[860]. L'intérêt de cette « caution » est alors, lorsque le solde du marché fait apparaître une créance au profit de l'Administration, de pouvoir utiliser la compensation pour garantir son remboursement en dehors du cadre rigide du redressement ou de la liquidation judiciaires, en particulier lorsque l'état de l'actif de l'entreprise rend illusoire le désintéressement des créanciers chirographaires. Toutefois, il résulte d'une jurisprudence constante décrite par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie, que « *la retenue de garantie ne peut être utilisée à d'autres fins que celle de garantir la réparation des malfaçons qui seraient constatées lors de la réception ou pendant le délai de garantie*[861]. *Elle ne peut en particulier permettre à l'administration de récupérer d'autres sommes dont elle estimerait son cocontractant*

[854] CAA Versailles, 8 juin 2010, *Sté SEE Simeoni*, n°08VE00273.

[855] Il a par exemple été jugé qu'en procédure collective, la compensation ne pouvait s'effectuer entre des dettes et créances issues de contrats distincts, même en cas d'identité des parties ; v. par ex. CE, 22 mai 1974, *OPHLM des Alpes-Maritimes*, n°88489.

[856] Il n'est donc pas possible *a fortiori*, de compenser des dettes et créances de nature différentes, par exemple de nature contractuelle et de nature fiscale, v. CE, 22 juin 1987, *Ville de Rambouillet*, n°69759.

[857] CAA Marseille, 27 janv. 2004, *Me. Taddei es. qual. liquidateur SARL Baticas*, n°00MA00076.

[858] v. MOLKHOU M., *precit*., n°2.2.1.4, p. 34.

[859] Art. R. 2191-32 à R. 2191-35 du code de la commande publique.

[860] Art. R. 2191-36 du code de la commande publique.

[861] cit. CE, 2 juin 1989, *Commune de Boissy-Saint-Léger*, n°65631 ; CAA Lyon, 18 févr. 2010, *SA Planche*, n°07LY01299.

débiteur[862]*, comme, par exemple, le remboursement de l'avance ou le paiement de pénalités de retard*[863]*. En revanche, la retenue de garantie pourra permettre de financer les travaux exécutés par un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant, les travaux de reprise que celui-ci a refusé d'exécuter*[864] »[865]. L'usage de ces garanties est strictement encadré et les sommes en jeu ne peuvent donc compenser n'importe quel élément du passif de l'entreprise.

562. En outre, se pose la question de la mise en œuvre de la caution du cocontractant en l'absence de déclaration des créances par l'Administration. En considérant que les garanties constituent une « *obligation autonome* » du contrat, le Conseil d'État a admis, en l'absence de déclaration de la créance, la possibilité d'actionner ces garanties :

> « *Dans le cas où l'entreprise défaillante a* […] *constitué une caution, le juge administratif apprécie de même, indépendamment des conséquences de la procédure de redressement judiciaire, l'étendue des obligations qui s'imposent à celui qui a donné une caution et a ainsi apporté au maître de l'ouvrage une garantie indépendante de la situation de l'entreprise en redressement et constitutive d'une obligation autonome.* »[866]

563. La mise en œuvre des cautions constituées dans le cadre des contrats de la commande publique peut donc être un outil à la disposition du cocontractant public pour obtenir le remboursement de ses créances, à la condition que ladite garantie soit en lien avec son objet, c'est-à-dire pour tenir compte des malfaçons constatées dans l'exécution de la convention.

564. **La mise en œuvre de priorités dans le désintéressement des créanciers** – L'apurement du passif est réalisé par le paiement des créances prioritaires, puis par une répartition de l'actif restant au marc le franc[867] entre les autres créanciers[868]. Ainsi, les créanciers doivent être distingués selon

---

[862] cit. Rép. min. n°69710, JOAN 18 mars 2002, p. 1546.

[863] cit. CAA Nancy, 31 mai 2010, n°08NC01369.

[864] cit. CAA Lyon, 18 février 2010, n°07LY01299.

[865] Fiche DAJ, min. économie, « *Les garanties financières* », avr. 2019, p. 3.

[866] CE, 14 juin 2000, *Banque Rhône-Alpes*, n°199585, concl. BERGEAL, *BJCP* 2000, p. 410 ; v. aussi CAA Paris, 15 juin 2010, *Centre Hospitalier Sainte-Anne*, n°08PA05801 ; CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, *Banque du bâtiment et des travaux publics*, n°02BX02685 ; CAA Marseille, 30 mars 2004, *Caisse centrale des Banques Populaires*, n°01MA01057 ; CAA Paris, 6 février 2001, *Banque Tahiti*, n°97PA02554.

Comme le signale très justement Maxime Molkhou en citant le code de commerce, *« la seule exception à ce principe concerne le cas, assez rare en matière de marchés publics, des cautions "personnes physiques" : ces dernières ne peuvent être actionnées aux fins de recouvrer une créance non-déclarée, du moins pendant l'exécution du plan (art. L. 622-26, al. 2) »* v. MOLKHOU M., *precit.*, n°2.2.1.5, p. 34.

[867] C'est-à-dire, au *prorata*.

[868] Art. L. 643-8 du code de commerce.

leur nature et la nature de leurs créances pour identifier ceux qui peuvent disposer d'un privilège dans les opérations d'apurement. L'ordre des créanciers s'établit[869] d'abord par le « super-privilège » des salariés[870], ensuite par les bénéficiaires de frais de justice[871], par les bénéficiaires de garanties issues de la procédure de conciliation[872], et enfin par certains titulaires de sûretés immobilières[873] ou mobilières. Viennent ensuite les créances postérieures bénéficiant du privilège de l'article L. 641-13 du code de commerce, puis les autres créances, de nature chirographaire, versées le cas échant au marc le franc. L'article L. 641-13 ne fait donc pas des créances publiques contractuelles des créances privilégiées.

565. Le Trésor public bénéficie toutefois d'un privilège dans la répartition des créances[874], bien que celui-ci ne soit pas prévu dans les dispositions du code de commerce. D'après Karine RODRIGUEZ, « *le Trésor est le terme d'usage en droit des procédures collectives pour viser le fisc, c'est-à-dire l'ensemble des agents de l'État chargés de recouvrer les créances fiscales pour le compte de l'État ou des collectivités locales* »[875]. Ainsi, le privilège du Trésor serait circonscrit aux créances fiscales, à l'exclusion des autres obligations, telles que les créances contractuelles. C'est ce que confirment le code général des impôts[876] comme la doctrine fiscale[877] :

> « *Aux termes de l'article 1920 du CGI, le privilège du Trésor en matière de contributions directes et taxes assimilées s'exerce avant tout autre. Comme le privilège prévu par l'article 1926 du CGI pour le recouvrement des taxes sur le chiffre d'affaires et taxes assimilées a le même rang que celui de l'article 1920 du CGI et que le privilège prévu par l'article 1929-1 du CGI pour le recouvrement des droits d'enregistrement s'exerce immédiatement après ceux-ci, le Trésor prime donc les mêmes créanciers privilégiés, quel que soit l'impôt en cause.* »[878]

---

869 Art. L. 641-13 du code de commerce.

870 Art. L. 3253-2 et L. 3253-3 du code du travail.

Le super-privilège des salariés peut toutefois être relégué en matière mobilière lorsqu'il existe un créancier titulaire d'un droit de rétention sur les meubles prévu à l'article L. 641-3 du code de commerce.

871 Art. 2331, 1° et 2375, 1° du code civil.

872 Art. 611-11 du code de commerce.

873 Art. 2324, 2425 et 2376 du code civil.

874 v. par ex., art. 1920 du code général des impôts.

875 RODRIGUEZ K., « *Le trésor face à l'obligation de déclaration des créances* », *JCP G* n°37, sept. 2002, n°161.

876 Art. 1920, *precit.*

877 BOFiP, « *Sûretés et garanties du recouvrement – Suretés réelles - Privilège – Nature* », n°BOI-REC-GAR-10-10-10-10, sept. 2012.

878 BOFiP, « *Sûretés et garanties du recouvrement – Suretés réelles - Privilèges – Classement* », n°BOI-REC-GAR-10-10-10-20, sept. 2012, act. août 2020, §. 120.

566. Il faut en conclure que les créances nées des contrats administratifs ont une nature chirographaire. Dans le cadre des procédures collectives, l'Administration est assimilée à un cocontractant classique, dépourvu de tout privilège. Comme le concluent Luc SAIDJ et Jean-Luc ALBERT :

> *« Les créances des collectivités locales agissant ès-qualités n'étant pas privilégiées, elles ne peuvent être satisfaites qu'après une demi-douzaine de créances privilégiées (v. par ex. LPA 17 févr. 2006, p. 85), parmi lesquelles figurent, il est vrai, les créances bénéficiant du privilège de premier rang du Trésor pour ses créances fiscales (CGI, art. 1920, 1924, 1927 et 1929), dont celles qui concernent les principaux impôts locaux. »*[879]

567. Face à ce constat d'une primauté absolue du droit des entreprises en difficulté dans le partage de l'actif entre les créanciers, il convient d'interroger la pertinence du régime juridique de l'exécution financière en présence d'une procédure collective.

§2. La nécessaire conciliation des régimes financiers

568. L'état du droit étant exposé, il convient d'apporter une analyse critique de la confrontation du droit de l'exécution financière des contrats administratifs avec le droit des entreprises en difficulté. Sans nier la complexité manifeste de cet exercice de conciliation (A), il faudra toutefois constater et dénoncer l'ignorance réciproque des deux branches du droit ainsi confrontées (B).

A) Illustration de la complexité de la conciliation

569. Comme l'affirment les Professeurs Pierre CAGNOLI et Laurence FIN-LANGER à propos des créanciers publics, « *il s'agit* […] *de trouver un régime particulier, pour permettre un juste équilibre entre deux objectifs : l'objectif de sauvetage de l'entreprise, et le souci de préserver les finances publiques, qui relève évidemment de l'intérêt général* »[880]. Il s'agit effectivement d'admettre l'application des règles du livre VI du code de commerce (1), tout en ne niant pas l'intérêt financier spécifique qui prévaut en droit administratif (2).

1) *La préservation de l'objet du droit des entreprises en difficulté*

[879] SAIDJ L., ALBERT J.-L., « *Budgets et comptes locaux : recette* », Chapitre 3 (folio n°7125), *Encyclopédie des collectivités locales*, janv. 2018.

[880] CAGNOLI P., FIN LANGER L., *« Les créanciers publics face aux procédures collectives – La notion de créancier public »*, Colloque *Les créanciers publics face aux procédures collectives*, 7 juin 2019, Université de Caen Normandie ; *Revue des Procédures collectives* n°4, juill.-août 2019, p. 27.

570. Les précédents développements permettent aisément d'entrevoir la logique qui sous-tend l'encadrement des échanges financiers des entreprises en difficulté. Le droit des procédures collectives répond aux trois objectifs, maintes fois énoncés, de permettre la continuité de l'activité économique de l'entreprise, le maintien des emplois qu'elle véhicule, et d'apurer son passif[881].

571. **La nécessité de mécanismes contraignants en matière financière** – Les principes d'ores et déjà présentés, qui encadrent les relations financières des entreprises en difficulté[882], sont l'émanation d'une logique globale, d'une stratégie de rétablissement économique des entreprises. Nées de difficultés économiques, les procédures collectives mettent en œuvre des mécanismes dérogatoires du droit commun. Honoré DE BALZAC présentait d'ailleurs le droit de la faillite avec une dérision teintée d'agacement :

> *« Messieurs, il nous était dû à tous en bloc un million. Nous avons dépecé notre homme comme une frégate sombrée. Les clous, les fers, les bois, les cuivres ont donné trois cent mille francs. Nous avons donc trente pour cent de nos créances. Heureux d'avoir trouvé cette somme quand notre débiteur pouvait ne nous laisser que cent mille francs, nous le déclarons un Aristide, nous lui votons des primes d'encouragement, des couronnes, et proposons de lui laisser son actif, en lui accordant dix ou douze ans pour nous payer cinquante pour cent qu'il daigne nous promettre. Voici le concordat, passez au bureau, signez-le ! »*[883]

572. Il faut dans un premier temps donner de l'oxygène à l'entreprise, en gelant l'exigibilité du passif – c'est le sens de l'interdiction des paiements. La période d'observation permet ainsi d'analyser la pérennité de l'activité de l'entreprise et d'identifier d'éventuels dysfonctionnements structurels. Il faut dans un second temps engager la relance de l'entreprise, voire sa transformation pour recouvrer sa rentabilité. C'est le sens des plans de sauvegarde et de redressement, conçus comme des outils curatifs, qui permettent le rétablissement économique de l'entité économique. À terme, les créanciers devront être remboursés. L'apurement du passif se déroulera selon diverses modalités en fonction de l'issue de la procédure engagée. Les créanciers pourront être progressivement remboursés au cours de l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, ou bénéficier d'un partage des actifs encore restants dans le cadre d'une liquidation judiciaire.

---

[881] Art. L. 631-1, al. 2 du code de commerce.

[882] C'est le cas notamment du principe d'interdiction de payer des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure.

[883] BALZAC (de) H., *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, 1837 ; cité par DELMOTTE Ph., « *L'égalité des créanciers dans les procédures collective* », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, 2ème partie, *Études sur le thème de l'égalité*.

573. **L'application dévoyée du principe d'égalité des créanciers** – D'abord issu du code civil[884], le principe d'égalité a trouvé sa consécration dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui l'a très tôt appliqué au droit de la faillite[885]. Ainsi, tel que l'énonce la lettre du code civil, ce principe conduit à un partage des fonds disponibles au marc le franc entre les créanciers, sauf à ce que soient prises en compte des « *causes légitimes de préférence* »[886]. Ces dérogations à l'égalité se sont développées de manière considérable au sein des différents codes – créant de fait des priorités de règlement de certains créances –, de sorte que le principe s'en trouve relégué au second plan en matière de procédures collectives. Battu en brèche dans les faits, le principe perdure à certains égards, notamment pour ce qui concerne l'égalité entre les créances contractuelles. La poursuite de l'intérêt général par les contrats administratifs, la spécificité du droit contractuel public, n'ont pas été traduites par une reconnaissance particulière de l'importance de ces créances dans le droit des entreprises en difficulté.

574. Le droit financier des procédures collectives semble ne faire aucun cas des objectifs et logiques du droit public, ce qui est regrettable à certains égards.

2) *La relégation des intérêts publics attachés aux modalités d'exécution financière d'un contrat administratif*

575. Le droit financier des contrats administratifs est soumis à un régime strict, poursuivant une double préoccupation : protéger les deniers publics par le droit des finances publiques et protéger l'intérêt général grâce à un droit contractuel rigoureux.

576. **L'opposabilité des règles de la procédure collective aux comptables publics** – Il est établi que les comptables publics sont, comme tout représentants, des créanciers et débiteurs d'une entreprise en difficulté, soumis aux règles des procédures collectives. Le fonctionnement des méthodes de rétablissement judiciaire des entreprises fait souvent obstacle à la mise en œuvre des procédures de recouvrement. Il implique une forte réactivité des comptables publics afin d'éviter la forclusion dans la déclaration des créances et des biens publics en possession de l'entreprise. Dans un schéma destiné à décourager les créanciers, les comptables publics se soumettent à la

884 Art. 2285 du code civil : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.* »

885 Cass. req., 13 juillet 1910, *Journ. Faill.* p 385 ; Cass. com., 19 avril 1985, n°83-15.258.

886 Art. 2285 du code civil, *precit.*

rigueur des procédures collectives. La moindre négligence du comptable public, comme l'insuffisance d'actifs en cas de liquidation judiciaire, conduira la personne publique à procéder à l'admission en non-valeur[887] des créances publiques.

577. **La primauté des règles de la procédure collective sur les divers intérêts publics véhiculés par le contrat administratif** – L'intérêt financier est-il une composante de l'intérêt général ? À en croire le Doyen HAURIOU, une réponse négative s'imposait, en ce que « *l'État n'est pas une association pour travailler ensemble à la production de richesse, il est seulement pour les hommes une certaine manière d'être ensemble, de vivre ensemble, ce qui est essentiellement le fait politique. Or, voilà des travaux d'association syndicale, ils* […] *sont pour la plus-value, ils ne sont pas politiques, ils sont purement économiques* »[888]. Pourtant, la profonde mutation des activités de service public et de l'interventionnisme des personnes publiques a conduit à reconsidérer la place des deniers de l'État comme une composante de l'intérêt public. Aujourd'hui, il est admis que la préservation des deniers publics est un motif d'intérêt général qui justifie la réorganisation d'un service public en dehors de tout intérêt public corollaire[889]. Ce tournant jurisprudentiel est parfaitement décrit par le Professeur Christian LAVIALLE en les termes suivants :

> *« L'arrêt Autard cependant en affirmant expressément qu'une loi réglementant le fonctionnement d'un service public dans le souci de protéger les deniers publics est pour cela même d'intérêt général souligne le changement net qui affecte la politique de l'action administrative. Jusqu'alors la jurisprudence avait admis l'adjonction d'activités économiques complémentaires à un service public ou que le but financier n'invalidait pas à lui seul une décision par ailleurs conforme à l'intérêt général, désormais elle va plus loin car elle considère expressément que l'organisation d'un service public administratif puisse être directement commandée par la recherche d'un coût moindre de fonctionnement. Cet arrêt est donc de ce point de vue révélateur de l'accentuation de la logique de l'entreprise et de l'optimisation dans la gestion des services publics »*[890].

578. L'importance donnée à la préservation des deniers publics par le droit public a conduit à la création de règles comptables et budgétaires et à l'intégration d'outils financiers protecteurs dans les contrats administratifs. Si les règles financières ne sont pas le cœur de la préservation de

[887] Décret n°92-1370 du 29 décembre 1992 relatif à l'admission en non-valeur des créances de l'Etat mentionnées aux articles 112 à 124 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[888] TEITGEN-COLLY C., *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, thèse, Paris 1, préface LAVIGNE P., Economica 1981 ; TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État,* LGDJ 1977. pp. 296-300.

[889] v. par ex. CAA Lyon, 10 oct. 1990, *Roger Autard et autres*, n°89LY01129.

[890] LAVIALLE Ch., note sur CAA Lyon, 10 oct. 1990, *Roger Autard et autres*, *precit., JCP G.* n°47, 20 nov. 1991, II., p. 21761.

l'intérêt général, elles en sont néanmoins un vecteur. Ces dispositions qui encadrent l'établissement du décompte et des garanties contractuelles en droit de la commande publique, sont également des outils de préservation de la correcte exécution des prestations contractuelles d'intérêt public.

579. Or, à quelques exceptions près[891], la spécificité des créances publiques et de l'intérêt public n'est pas prise en compte par le droit des entreprises en difficulté. Si le débiteur public poursuit l'exécution financière du contrat de manière classique, le créancier public est chirographaire, comme l'essentiel des autres cocontractants. Cette réalité traduit immanquablement un défaut de prise en compte des objectifs réciproques du droit des contrats administratifs et du droit des entreprises en difficulté.

B) Une ignorance réciproque des deux régimes juridiques

580. L'intérêt des présents travaux consiste, au terme d'une présentation de l'état du droit, à évaluer les imperfections pour proposer des pistes d'amélioration. Or, l'absence de toute conciliation du droit public et du droit des entreprises en difficulté doit être illustrée (1), avant de rechercher des pistes d'évolution du droit susceptibles de mieux concilier les objectifs poursuivis (2).

1) *L'absence de toute logique conciliatrice*

581. L'essentiel de la relation entre le droit financier des procédures collectives et le droit financier des contrats administratifs est régi par le droit des entreprises en difficulté. Paradoxalement, ce n'est que dans le silence du code de commerce ou dans les rares hypothèses de compétence du juge administratif que surgit l'application de solutions de droit public, sans que cela puisse avoir une influence significative sur l'admission des créances par le juge judiciaire.

582. **Le faux-semblant de l'application du droit public à l'Administration débitrice** – Il est effectivement établi que lorsque l'Administration contractante est uniquement débitrice d'une entreprise en difficulté, le paiement n'est soumis à aucune altération significative. Sauf à ce que le contrat fasse l'objet d'une option de résiliation, ses stipulations, y compris financières, s'appliquent de manière classique lorsque le cocontractant en difficulté exécute des prestations pour son compte. Pour autant, il ne faut pas interpréter ce phénomène par une forme de primauté

[891] En ce qui concerne notamment la primauté des règles relatives à l'unicité du décompte en droit de la commande publique et le mécanisme de contraction de l'actif et du passif par le juge administratif.

du droit des contrats administratifs. Le droit des entreprises en difficulté n'intervient que très marginalement sur les débiteurs du débiteur, du moins lorsque le paiement se fait dans les conditions prévues par le contrat.

583. **L'application exclusive du droit des entreprises en difficulté aux créances contractuelles publiques** – Au sens du droit des entreprises en difficulté, l'Administration contractante est un créancier comme les autres. Les objectifs du droit des entreprises en difficulté priment sur l'intérêt général et conduisent à ce que les créances comme les biens et deniers publics soient soumis au droit exorbitant des procédures collectives. Ainsi, les créances publiques, chirographaires, sont confrontées à l'impératif de redressement de l'entreprise[892], à la nécessité de réduire le passif exigible[893] et au principe d'égalité entre les créanciers[894]. Dans ce schéma exorbitant, le droit public et la préservation de l'intérêt général peinent à trouver leur place. La logique du droit des procédures collectives est une originalité tant au regard du droit public que du droit privé :

> *« Depuis des siècles, on vit une logique juridique : le droit des obligations, "je me suis engagé parce que je l'ai bien voulu, je dois donc m'exécuter", "sinon exécution forcée". Puis, une autre logique est apparue dans les procédures collectives : la primauté de l'intérêt économique national et collectif. Ainsi l'idée de droit est dépassée par des intérêts matériels, mais cet empirisme, bien que louable, éloigne de la théorie juridique.* […] *Le caractère exorbitant du droit des procédures collectives ne donne pas l'apparence du juste, par conséquent, il peut inciter certains esprits à la déloyauté. Exemple : je m'étais engagé à vous payer ma dette, mais puisque vous avez oublié de me la réclamer en omettant de déclarer votre créance dans les délais, je ne vous dois plus rien. »*[895]

584. **De rares exceptions à la primauté du droit financier des entreprises en difficulté** – Le caractère impérieux du droit des entreprises en difficulté conduit à une marginalisation quasi-totale des logiques, règles et contentieux du droit des contrats administratifs. Le droit public ne se manifeste ainsi, en matière financière, qu'au travers de rares hypothèses de saisine du juge administratif, soit pour établir l'existence et le montant d'une créance[896], soit pour mettre en

---

[892] C'est le cas notamment du principe d'interdiction du paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture (art. L. 622-7, I du code de commerce).

[893] L'on peut notamment évoquer les conditions strictes de la déclaration des créances (art. L. 622-24 du code de commerce) et de procédure de revendication des biens mobiliers (art. L. 621-115 à L. 621-124 du code de commerce).

[894] C'est le cas notamment en matière d'apurement du passif en cas d'insuffisance d'actif (art. L. 643-1 à L. 643-8 du code de commerce).

[895] FEUGERE B., « *Le devoir de loyauté dans les cessions d'entreprises en difficulté* », *Gaz. Pal.* n°340, 5 déc. 2000, p. 76.

[896] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI*, n°3447, *precit.*

œuvre la compensation des dettes et créances[897], le plus souvent dans le cadre d'un décompte en droit de la commande publique[898]. Seules les règles de répartition du contentieux entre ordres de juridiction induisent – marginalement – l'application de solutions relevant du droit public.

585. La rencontre du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats administratifs en matière financière conduit à des solutions radicales pour l'Administration contractante. C'est la raison pour laquelle la recherche d'une meilleure articulation des régimes financiers apparaît souhaitable.

2) *La nécessité de rééquilibrer la conciliation des droits financiers*

586. Concilier le droit financier des contrats administratifs avec les règles de la procédure collective est très complexe, en ce que les objectifs poursuivis sont parfaitement opposés. Alors que le droit administratif véhicule la prééminence de l'intérêt général, le droit des entreprises en difficulté fait de la protection de l'actif et de la dispersion du passif ses principaux objets. Il est donc difficile, bien que nécessaire, d'identifier des pistes de conciliation de ces deux branches du droit.

587. **La nécessité d'une obligation générale d'information des contractants publics sur la déclaration de créance –** Lors du précédent chapitre, a été abordée la nécessité de généraliser l'obligation d'information des contractants publics afin de leur permettre de faire valoir les impératifs d'intérêt général dans la procédure collective[899]. Le régime dérogatoire des procédures collectives conduit à des stratégies implicites d'abandon de créances. Comme le rappelle Marie-Andrée RAKOTOVAHINY, l'information des créanciers est une condition de l'acceptabilité de l'exorbitance du droit des entreprises en difficulté :

> « *Le caractère exorbitant du droit des procédures collectives ne participe pas de l'idée de l'équitable, du juste, il peut donc pousser à la déloyauté. Dès lors, la mise en place d'une publicité légale permet de restaurer un équilibre des relations avec le débiteur en difficulté. La publicité assure également une certaine sécurité dans le déroulement de la procédure en circonscrivant les*

[897] CE, 22 mai 1974, *OPHLM des Alpes-Maritimes*, n°88489 ; CE, 22 juin 1987, *Ville de Rambouillet*, n°69759.

[898] CAA Marseille, 7 mars 2011, *Sté Union Matériaux*, n°08MA01391 ; v. aussi CE, 24 juin 1988, *SA Française de télécommunications*, n°51123 ; CE, 15 janvier 1965, *Cne la Richardais*, *Lebon* p. 984.

[899] v. *supra* n° 471.

> *difficultés financières que rencontre le débiteur en difficulté et participe d'une certaine prévoyance des agents économiques.* »[900]

588. En matière de déclaration de créance, il semble particulièrement grossier, lorsqu'est en jeu la bonne exécution du service public ou la protection des biens publics, d'organiser l'extinction des créances afférentes sans permettre aux personnes publiques de faire valoir leurs droits. Dans un régime financier aussi dérogatoire, la personne publique contractante devient la partie faible du contrat. Eu égard à l'intérêt général qu'elle véhicule, l'Administration contractante doit être protégée, *a minima* par une obligation d'information sur le déroulement de la procédure collective et sur les règles qui régissent l'extinction des créances.

589. **La possibilité d'une nouvelle dérogation au principe d'égalité entre les créanciers –** Le principe d'égalité des créanciers est devenu un mythe, percuté par de nombreuses dérogations pour garantir les intérêts – légitimes – des différentes catégories de créanciers. Comme l'affirment Marc SENECHAL et Gaël COUTURIER :

> *« L'égalité des créanciers antérieurs face à la discipline collective n'a jamais été absolue. Songeons au traitement des créances salariales, des créances alimentaires, des créances du prix de vente d'un bien grevé d'une clause de réserve de propriété en cas d'action en revendication, des créances connexes, de la créance se rapportant à un financement garanti par une sûreté grevant le bien dont il a permis l'acquisition à l'occasion d'un plan de cession. Ces dérogations au principe d'égalité servent l'intérêt particulier des créanciers considérés au détriment du redressement de l'entreprise et des autres créanciers. »*[901]

La prise en compte de l'intérêt général que véhiculent les contrats administratifs pourrait impliquer une dérogation nouvelle, quitte à battre encore en brèche le principe énoncé. Il pourrait alors s'agir de mettre l'ensemble des créances publiques au rang du privilège du Trésor, puisque ce dernier est *in fine* en charge du recouvrement de ces fonds. Une autre hypothèse médiane pourrait conduire à une détermination par le juge administratif de la nécessité de protéger un intérêt général particulier, par une analyse fine de la nature des créances – notamment pour garantir effectivement l'Administration contre d'éventuelles malfaçons. En tout état de cause, l'explosion du nombre de dérogations diverses et variées au principe d'égalité conduit à une

[900] ROKOTOVAHINY M.-A., « *La transparence dans les procédures collectives* », *in Le droit saisi par la morale*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, p. 295-306.

[901] SÉNÉCHAL M., COUTURIER G., « *Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ?* », *BJE,* 2012, n°5, p. 328.

marginalisation des créanciers chirographaires. Cela rend d'autant plus inacceptable l'absence de spécificité des créances publiques contractuelles dans les procédures collectives.

590. **Conclusions partielles** – Le droit des entreprises en difficulté ignore pour l'essentiel la spécificité des créances publiques contractuelles. Alors que l'intérêt général s'étend aujourd'hui aux enjeux financiers, les règles relatives à l'interdiction des paiements, à la revendication des biens et à l'apurement du passif, notamment, ne tiennent compte que marginalement de la singularité des biens et deniers publics. Une correcte conciliation des régimes financiers devrait conduire à ce que les comptables publics soient mis en situation de faire valoir les droits des collectivités publiques. L'alignement des créances contractuelles des personnes publiques sur le rang accordé aux créances fiscales semble tout aussi nécessaire à la préservation de l'intérêt général.

Conclusion du chapitre 2

591. Le droit administratif, protecteur des deniers publics, s'accommode difficilement des règles applicables aux créances en période d'observation.

592. L'usage des deniers publics fait l'objet d'un encadrement progressif, constitué de principes comptables et budgétaires stricts, ainsi que de règles applicables à l'exécution des contrats administratifs. Il en va notamment de la séparation des fonctions respectives des ordonnateurs et des comptables publics, mais aussi des principes d'interdiction de consentir des libéralités, de paiement au service fait, qui contraignent tant les personnes publiques que leurs cocontractants. En matière de commande publique, plus spécifiquement, le principe d'unicité du décompte, qui consiste dans une contraction des dettes et créances contractuelles, est fermement appliqué par les juridictions administratives.

593. Parallèlement, les règles applicables aux créances contractuelles pendant la période d'observation sont également impératives. Le principe d'interdiction des paiements garantit le gel du passif antérieur à l'ouverture de la procédure et permet la viabilité de la poursuite d'activité. Des nullités de la période suspecte peuvent conduire à l'extinction de contrats et de créances. Tout défaut de revendication des biens ou de déclaration de créances auprès des organes de la procédure collective rend le droit de propriété ou les obligations inopposables ou inquérables dans la procédure collective. Dans cet « état d'urgence » financier, le livre VI du code de commerce ne tient pas compte de la spécificité des créances contractuelles publiques ; en témoigne l'absence de rang privilégié dans l'apurement du passif. Les règles de la période d'observation provoquent l'extinction du passif quérable par la négligence des créanciers.

594. La conciliation des différents régimes juridiques n'est donc pas aisée lorsque l'Administration est créancière du débiteur. À l'exception du droit applicable au décompte en droit de la commande publique, le droit administratif cède pour l'essentiel face aux règles de la procédure collective, sans considération de l'intérêt général. La spécificité du droit applicable aux relations financières des personnes publiques est ignorée. Sans déjouer le succès des procédures collectives, il conviendrait donc de prendre en compte la particularité des créances publiques contractuelles et d'imposer une meilleure information des personnes publiques quant à la procédure collective engagée à l'égard de leur cocontractant.

CONCLUSION DU TITRE 2

595. L'exécution des contrats administratifs est déréglée par la mise en œuvre des procédures du livre VI du code de commerce. L'application inconditionnelle du droit des entreprises en difficulté prime sur les principes qui guident l'exécution technique et financière des contrats administratifs.

596. La spécificité de droit administratif est ignorée ; les impératifs de protection de l'intérêt général et de continuité du service public qui la justifient le sont également. Les neutralisations de clauses défavorables au débiteur, le dessaisissment, les cessation partielles d'activité, les licenciements économiques, les résiliations et nullités, l'interdiction des paiements et l'ordre d'apurement du passif portent atteinte à l'exécution normale des contrats administratifs et aux objectifs qu'elle garantit.

597. Il ne faut pas nécessairement s'en offusquer, puisque les impératifs de préservation de l'emploi et de l'activité et de remboursement des créanciers ont été jugés prioritaires par le législateur. Mais un rééquilibrage s'impose si l'on considère qu'il faut préserver au mieux l'ensemble des intérêts en présence. Il importerait notamment que les personnes publiques soient informées et consultées sur la mise en œuvre du droit d'option sur les contrats administratifs. Il est nécessaire que l'intérêt général et la nécessaire continuité du service public puissent être pris en compte dans la mise en œuvre des procédures collectives. Dans l'apurement du passif, il est nécessaire d'admettre la spécificité des créances contractuelles publiques en leur accordant un rang privilégié, semblable aux créances fiscales.

598. Seule une meilleure conciliation, qui pourrait inclure une meileure adaptation du droit de la commande publique aux difficultés du cocontractant, permettrait de tempérer l'ampleur du dérèglement du régime d'exécution des contrats administratifs.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

599. Face au droit des entreprises en difficulté, le contrat administratif est-il réellement « moins contractuel » ? Il faut à la fois reconnaître l'abus de langage et rechercher la part de vérité que l'expression recèle. En tout état de cause, la théorie contractuelle est altérée.

600. Que reste-t-il de l'autonomie de la volonté lorsque des tiers mandatés par le juge judiciaire interviennent sur le devenir des contrats en cours et sur la gestion de l'entreprise ? Que reste-t-il de la liberté contractuelle alors que des cessations d'activité peuvent être décidées ? Que reste-t-il du principe de consentement des parties, alors que les organes de la procédure collective sont susceptibles de contraindre tant le débiteur que ses cocontractants ? Que reste-t-il de la force obligatoire du contrat alors que la période d'observation altère les obligations financières comme certaines clauses contractuelles ? L'ensemble des principes fondateurs des contrats subissent des infléchissements à divers degrés.

601. Ainsi, l'Administration ne choisit pas toujours son cocontractant en procédure collective, parfois dans son propre intérêt, parfois dans l'espoir de garantir la continuité de l'activité du débiteur, en faisant fi de la volonté de l'autre partie. Les procédures du livre VI du code de commerce perturbent également les conditions d'exécution des contrats administratifs en cours. Qu'il s'agisse des principes relatifs aux créances ou de l'intervention des organes de la procédure pendant la période d'observation, les contrats passés avec les entreprises en difficulté peuvent rarement s'exécuter conformément aux clauses du contrat.

602. L'examen du droit applicable à la passation, à la cession judiciaire et à l'exécution du contrat administratif passé avec une entreprise en difficulté fait apparaître une forme de primauté des dispositions du code de commerce sur le droit administratif contractuel, souvent au détriment de l'intérêt général. Peut-être faut-il attendre de l'exorbitance et du contentieux publics une garantie de sa préservation ?

PARTIE 2

UN CONTRAT ADMINISTRATIF MOINS ADMINISTRATIF

> *« Le contrat administratif n'est qu'un procédé de technique juridique mis à la disposition des agents publics pour assurer le fonctionnement régulier et continu des services publics* […]. *La justification de ce procédé technique spécial est dans la notion de service public. »*[902]

603. Le contrat administratif est avant tout un contrat, qui répond aux principes énoncés par le code civil. Pour autant, le contrat administratif admet une qualification administrative, caractérisée par l'existence de pouvoirs exorbitants dont disposent les personnes publiques contractantes, ainsi que d'un contentieux spécifique, qui relève du juge administratif. À en croire le Professeur JEZE, cette spécificité des contrats administratifs n'a d'autre objectif que la protection du fonctionnement des services publics. Pourtant, tant les pouvoirs exorbitants confiés aux personnes publiques dans l'exécution des contrats que la garantie d'une protection du service public par le juge administratifs sont concurrencés par la mise en œuvre des procédures collectives.

604. Le droit des entreprises en difficulté est une branche du droit exorbitante, qui confie à des organes mandatés par le juge judiciaire des pouvoirs susceptibles de contraindre les cocontractants, y-compris s'il s'agit de personnes publiques. Le risque d'un conflit d'exorbitance est donc à craindre, avec toutes les conséquences qu'il est susceptible d'engendrer sur l'intérêt général et le service public.

605. En outre, les procédures collectives sont entre les mains du juge judiciaire, qui mandate et statue sur les conditions de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire des entreprises. Face à cette compétence impérative du juge judiciaire, il faut déterminer quelle est la part de compétences encore confiée au juge administratif lorsque le contrat concerné relève normalement de sa compétence.

606. Dans ce conflit d'exorbitance, le régime juridique et le contentieux applicable sont-ils plus exorbitants ? L'exorbitance administrative plie-t-elle face à une « exorbitance commerciale » ? Le contentieux est-il rendu plus complexe par la concurrence des compétences juridictionnelles ? C'est le sens de l'étude consacrée à l'altération de l'administrativité du contrat, qui se matérialise

[902] JEZE G., « *Le régime juridique du contrat administratif* », *RDP* 1945, p. 251.

par une altération de l'exorbitance publique (Titre 1) et par une confusion des conditions du traitement contentieux des litiges (Titre 2).

TITRE 1

L'ALTERATION DE L'EXORBITANCE

> *« Tout en restant formellement la même, la théorie générale du contrat administratif n'est plus tout à fait celle que le Conseil d'Etat et la doctrine ont échafaudée dans les trente premières années du XXème siècle.* […]*La théorie générale du contrat administratif ressort très diminuée de cette évolution : elle est aujourd'hui intercalée entre un fond de principes communs à l'ensemble des contrats et une véritable théorie des contrats administratifs spéciaux qui constitue assurément la partie la plus "vivante" du droit des contrats administratifs et dans laquelle on peut déceler la présence d'une véritable échelle d'administrativité des contrats.* […]*Son existence confirme que si l'exorbitance du droit des contrats administratifs demeure, elle est surtout une question de degrés ou de nuances. »*[903]

607. Comme le démontre le Professeur François BRENET, le contrat administratif d'aujourd'hui n'est probablement plus aussi autoritaire et exorbitant qu'il l'avait été conçu ; la théorie générale du contrat administratif a également subi la multiplication des catégories de contrats administratif spéciaux, aux régimes juridiques *ad hoc*. Pour autant, l'exorbitance demeure. Les personnes publiques contractantes disposent encore de pouvoirs exorbitants qui sont nécessaire pour préserver l'intérêt général et le bon fonctionnement des services publics.

608. Le droit des entreprises en difficulté est susceptible de venir percuter l'exorbitance administrative. Par la mise en œuvre de mesures tout aussi dérogatoires que le droit administratif, le livre VI du code de commerce déploie à l'égard des cocontractants du débiteur une forme d'« exorbitance commerciale ». Lorsque le cocontractant en question est une personne publique dans le cadre d'un contrat administratif, la rencontre des régimes exorbitants fait craindre un dérèglement de l'administrativité du contrat, susceptible de préjudicier aux objectifs du droit public.

609. C'est la raison pour laquelle il apparaît nécessaire d'étudier ce qui est pressenti comme un conflit de double exorbitance (Chapitre 1) pour ensuite étudier le sort des objectifs qui justifient l'exorbitance (Chapitre 2).

[903] BRENET F., « *La théorie du contrat administratif* » , *AJDA* 2003, p. 919.

Chapitre 1
Le conflit de double exorbitance

« Par leurs intérêts supérieurs mais divergents et leurs dispositions d'ordre public, le choc du droit des procédures collectives et du droit des marchés public se révèle être un combat de titans. Là encore force est de constater que plus la procédure est ouverte en amont des difficultés, plus les relations sont apaisées entre les deux matières. »[904]

610. Le droit des contrats administratifs a été construit progressivement par la jurisprudence administrative par dérogation au droit civil des contrats. Il admet l'usage de pouvoirs de contrôle, de sanction, voire de modification et de résiliation du contrat administratif. Ces prérogatives dont dispose l'Administration contractante sont l'émanation de sa personnalité publique et de l'intérêt général qu'elle poursuit nécessairement. Mais l'exorbitance administrative n'a jamais été pensée comme devant être conciliée avec une « exorbitance commerciale ».

611. Si le terme d'exorbitance est un qualificatif généralement réservé aux matières de droit public, pour désigner leur régime juridique dérogatoire du droit commun, justifié par la préservation de l'intérêt général et de la continuité du service public, on peut transposer l'adjectif au régime applicable aux entreprises en difficulté, notamment pendant la période d'observation. Interdictions multiples, résiliations, immixtions graduelles dans l'administration de l'entreprise, contraintes imposées au cocontractants et créanciers… les règles applicables aux entreprises en difficultés sont tout aussi impératives et dérogatoires du droit commun que le sont les règles de droit public.

612. Il est alors nécessaire de rechercher l'existence d'une « exorbitance commerciale » et de la comparer avec l'exorbitance administrative, pour dégager leurs traits communs et singuliers. Si, comme pressenti, il existe bel et bien une double exorbitance, administrative et commerciale, le risque est grand d'un conflit explosif, du « *combat de titans* » décrit par les autrices précitées en cas de rencontre entre les pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante avec les pouvoirs exorbitants des organes de la procédure collective.

[904] SAYAG C., DIESBECQ M., « *Commande publique et entreprises en difficulté : gérer la liquidation judiciaire* », *Revue des procédures collectives*, n°2 – mars-avril 2022, dossier.

613. Bien au-delà de l'aspect théorique d'une incertitude sur l'application de deux régimes juridiques qui n'ont pas été construits pour être conciliés, cette rencontre entre régimes exorbitants fait courir le risque d'une relégation de l'intérêt général poursuivi par l'Administration sur l'autel des objectifs de la procédure collective. L'hypothèse inverse n'est pas plus satisfaisante, en particulier s'il n'existe aucune conciliation des objectifs – légitimes et impérieux – de ces deux branches du droit.

614. L'objet des présents propos sera donc d'étudier ce conflit attendu, dit de « double exorbitance » et d'étudier comment la jurisprudence et les textes permettent de trancher ces différends.

615. Pour cela, il conviendra d'identifier et de caractériser l'existence d'une exorbitance propre au droit des entreprises en difficulté (Section 1) pour ensuite étudier comment dans ce conflit de double exorbitance, les pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante sont susceptibles d'être limités (Section 2).

Section 1 : L'apparition d'une exorbitance propre aux procédures collectives

616. Le droit des procédures collectives donne naissance à un cadre dérogatoire applicable au débiteur en difficulté. Ce régime juridique spécifique n'est pas sans rapport avec le droit public contractuel. Pour autant, avant de rechercher les frictions possibles entre ces branches du droit, il est nécessaire de mieux identifier la nature de l'exorbitance des procédures collectives, par une approche comparative, afin d'en dégager tant les traits de divergence (§1) et de convergence (§2.) avec le droit des contrats administratifs.

§1. Des traits spécifiques de l'exorbitance des procédures collectives

617. Comme cela a pu être longuement démontré, le droit des entreprises en difficulté et le droit des contrats administratifs sont construits sur des logiques et objectifs radicalement différents. Cette absence d'inspiration commune conduit évidemment à un droit des procédures collectives basé sur une exorbitance *ad hoc*, tant du point de vue des organes chargés de l'exercer (A) que des pouvoirs qui leur sont confiés (B).

A) Une spécificité organique majeure

618. Selon Georges PEQUIGNOT, « *les droits de l'Administration, déjà exorbitants en eux-mêmes, sont mis en œuvre par l'Administration agissant unilatéralement et exerçant des prérogatives qui lui sont propres. Ces prérogatives, ce sont essentiellement la décision exécutoire et l'action d'office que l'on désigne aussi sous le nom de privilège du préalable* »[905]. Contrairement aux pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes, inhérents – essentiellement – à leur « *essence* »[906] publique, ceux des organes de la procédure collective sont circonscrits, en ce qu'ils naissent d'un mandat donné par le juge (1) et en ce que l'exorbitance est répartie entre plusieurs organes spécialisés (2).

[905] PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif,* éd. La Mémoire du droit, 2020, p. 383.

[906] *ibid.* p. 387.

1) *Des organes spécifiquement mandatés par le juge*

619. Les organes de la procédure collective ne sont pas parties au contrat administratif. Ils sont des tiers intervenants, agissant en vertu d'un jugement civil ou commercial, sur la base d'un mandat spécifique, lui-même encadré par les dispositions du code de commerce. Ils ne disposent d'aucun privilège du préalable.

620. **L'inexistence d'un privilège du préalable comparable à celui de l'Administration** – Le doyen HAURIOU met en évidence le critère majeur de définition du privilège du préalable. Il réside pour les personnes publiques dans l'absence de tout recours à l'intervention du juge pour exercer leurs prérogatives :

> *« Les particuliers ne peuvent ainsi réaliser leurs droits sans les avoir fait vérifier par un juge […]. Pour la plupart des actes, ils sont obligés de s'adresser au juge et d'obtenir au préalable un jugement. L'administration active est en partie son propre juge, en ce sens qu'elle remplace par des décisions exécutoires les jugements qu'un particulier serait obligé de demander »*[907].

Le privilège du préalable donne ainsi, de plein droit, la latitude aux personnes publiques pour édicter des décisions exécutoires en dehors de toute intervention juridictionnelle[908]. Il les empêche corrélativement de recourir au juge pour statuer *a priori* sur la mise en œuvre des pouvoirs exorbitants dont est titulaire l'Administration[909]. À l'inverse, les organes de la procédure ne disposent d'aucun privilège du préalable ; seule une décision juridictionnelle est susceptible de leur conférer des pouvoirs sur le contrat.

621. **La désignation des organes de la procédure collective par le jugement d'ouverture** – Quelle que soit la procédure engagée (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire), le jugement d'ouverture est la source des règles spécifiques qui sont applicables pendant la période d'observation. Le jugement d'ouverture détermine la procédure applicable au débiteur en fonction de la situation de l'entreprise, fixe – le cas échéant – la date de cessation des paiements. C'est également lors de ce jugement que sont nommés les organes de la procédure collective, dont les trois principaux sont l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire (qui peut prendre

---

907 HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, 11e édition, cité par SCHWARTZENBERG R.-G., *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p.58-59.

908 CE, ass., 2 juill. 1982, *Huglo*, n°25288, 25323.

909 CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Lebon 283, S. 1915. 3. 9, note HAURIOU.

les fonctions de liquidateur judiciaire)[910] et le juge-commissaire[911]. Ces organes sont spécifiquement créés, *ad hoc*, par le jugement d'ouverture et pour le déroulement de la procédure, en application du livre VI du code de commerce. Ils ne sont titulaires d'aucun pouvoir propre en dehors de la mission qui leur est confiée par le Tribunal de la procédure collective. Dans certains cas[912], le Tribunal a la possibilité de choisir de ne pas nommer d'administrateur judiciaire s'il ne l'estime pas nécessaire[913]. Il s'agit donc d'acteurs extérieurs à la relation contractuelle établie, nommés par jugement, qui sont susceptibles d'intervenir dans la passation, l'exécution comme le contentieux. Ils sont qualifiés de « mandataires de justice »[914], agissant au nom, pour le compte et sous le contrôle du Tribunal, dont ils tiennent leur pouvoir.

622. **Des missions des organes de la procédure collective limitativement déterminées par le code de commerce et le Tribunal de la procédure** – Il faut d'emblée préciser que, contrairement aux personnes publiques contractantes – titulaires par essence de la faculté d'édicter des mesures exorbitantes, par principe en dehors d'un cadre légal prédéterminé –, les missions des organes de la procédure collective sont établies de manière très restrictive et limitative par le code de commerce. Ce n'est que dans la faible latitude laissée par ledit code que le Tribunal peut aménager l'ampleur des pouvoirs confiés à ces organes. À titre d'exemple, l'administrateur judiciaire peut se voir confier des missions distinctes auprès du débiteur, en fonction de la procédure engagée et de la situation de l'entreprise. Ainsi, le Tribunal peut lui confier une simple mission de surveillance, une mission d'assistance, voire un mandat de gestion en lieu et place du débiteur. Dans la procédure de sauvegarde, le Tribunal pourra choisir entre une mission de surveillance et une mission d'assistance[915] ; la première consiste dans un simple rapport de contrôle sur les actes effectués par le débiteur, la seconde confie à l'administrateur un rôle de cogestion de l'entreprise, sauf en ce qui concerne les actes les plus courants. En procédure de redressement judiciaire, les missions de l'administrateur relèvent soit de l'assistance, soit de l'administration[916]. Dans cette dernière hypothèse, les administrateurs « *sont chargés d'assurer seuls et*

910 Art. L. 621-4, al. 3 du code de commerce.

911 *ibid.,* al. 1.

912 C'est le cas notamment lorsque l'entreprise compte moins de 20 salariés ou réalise moins de 3 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel. Le Tribunal peut toutefois décider de cette désignation en dessous de ces seuils s'il l'estime nécessaire.

913 Art. L. 621-4 du code de commerce, complété par l'art. R. 621-11.

914 Art. L. 621-4, al. 3 du code de commerce.

915 Art. L. 622-1 du code de commerce.

916 Art. L .631-12 du code de commerce.

entièrement l'administration de l'entreprise »[917] ; le gérant est dessaisi de ses pouvoirs. Ce dessaisissement est obligatoire dans la procédure de liquidation judiciaire, au profit du liquidateur[918].

623. **La désignation systématique d'un juge-commissaire chargé du contrôle continu du déroulement de la procédure** – L'absence de privilège du préalable des organes de la procédure collective est encore illustrée par la présence d'un juge – le juge-commissaire – présent tout au long de la procédure, pour contrôler l'équilibre des intérêts antagoniques de ses parties prenantes (débiteur, créanciers, salariés, cocontractants, *etc.*)[919], quelle que soit la procédure curative engagée. Dans son rôle de contrôle, il est destinataire d'informations régulières sur le déroulement de la procédure de la part de ses organes[920]. En qualité d'arbitre de la procédure collective, « *le juge-commissaire statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence ainsi que sur les réclamations formulées contre les actes de l'administrateur, du mandataire judiciaire et du commissaire à l'exécution du plan* »[921]. Sur le plan organique, il peut notamment demander au Tribunal le remplacement d'un des organes de la procédure collective[922]. L'ensemble de ces dispositions conduit à l'omniprésence d'un organe juridictionnel dans la procédure, qui autorise[923], contrôle de plein droit et sanctionne les agissements des organes de la procédure collective. L'existence de tout privilège du préalable, tel que défini par le doyen HAURIOU sur la base d'un critère extra-juridictionnel, doit être écartée.

624. **Des pouvoirs exorbitants exercés dans un environnement juridictionnel** – Contrairement aux pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes, attachés à l'essence publique de l'Administration, les manifestations d'exorbitance en droit des entreprises en difficulté sont systématiquement autorisées, prononcées par le juge ou exercées dans le cadre d'un mandat judiciaire. Sans prétendre à ce stade à l'exhaustivité, l'on peut relever que les actes exorbitants dans les procédures collectives ne sont jamais déconnectés du juge. Les nullités des contrats conclus la période suspecte sont prononcées par le Tribunal[924], bien qu'elles soient mises en œuvre

[917] *ibid.*

[918] Art. L. 641-9 du code de commerce.

[919] Art. L. 621-4 du code de commerce.

[920] Art. L. 621-8 et R. 621-20 du code de commerce.

[921] Art. R. 621-21 du code de commerce.

[922] Art. L. 621-7 du code de commerce.

[923] v. notamment l'autorisation de procéder à la résiliation des contrats, art. L. 622-13, IV° du code de commerce.

[924] Art. L. 632-1 du code de commerce.

par les organes de la procédure collective[925]. En l'absence de mise en demeure du cocontractant, les résiliations de contrats pendant la période d'observation sont soumises à l'appréciation du juge-commissaire[926]. Ce n'est qu'en cas de mise en demeure par le cocontractant de statuer sur la poursuite du contrat que l'administrateur peut, par son silence, opter pour sa résiliation[927]. Précisons que dans cette hypothèse, l'intervention du juge n'est pas requise. Ce mécanisme extra-juridictionnel est toutefois justifié par la volonté exprimée du cocontractant d'obtenir la résiliation du contrat, exercé sous le contrôle du juge- commissaire et en vertu d'un mandat donné par le Tribunal lors du jugement d'ouverture.

625. Il ressort tant des conditions de désignation des organes de la procédure collective que des conditions d'exercice de leur mission et de la présence continue du juge dans la procédure, que ces entités ne disposent d'aucun privilège du préalable pour l'exercice de leurs missions dérogatoire du droit commun. Un autre élément de distinction entre l'Administration et ces organes de la procédure collective tient à la spécialisation de leur mission et partant, à l'émiettement des pouvoirs entre eux.

2) *Des organes de la procédure collective spécialisés*

626. Contrairement aux personnes publiques, titulaires de l'ensemble des pouvoirs exorbitants reconnus à l'Administration contractante, il existe une pluralité d'organes de la procédure collective, à qui l'on confie à la fois la représentation d'une partie à la procédure et des missions bien spécifiques. Chacun d'entre eux est donc susceptible d'être titulaire de pouvoirs propres pour l'exercice de sa fonction.

627. **Les organes de la procédure collective** – Comme l'affirment Paul LE CANNU et David ROBINE :

> « *Deux sortes d'organes de la procédure collective doivent être distingués. Les premiers, qui sont des professionnels de la procédure collective, méritent sans doute davantage cette qualification d'organe que les autres. Il s'agit de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire […] D'autres acteurs ne vont exercer une fonction qu'à l'occasion d'une procédure collective déterminée : ce sont d'une part le représentant des salariés et d'autre part, les contrôleurs.* »[928]

[925] Art. L. 632-4 du code de commerce.

[926] Art. L. 622-13, IV du code de commerce.

[927] Art. L. 622-12, III du code de commerce.

[928] LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté,* Dalloz, 8ème édition, 2020, n°419, p. 288.

Si la présente recherche conduit *de facto* à étudier les interactions de la procédure collective avec le droit contractuel public et partant, à étudier les missions et prérogatives des administrateurs et mandataires judiciaires, du juge-commissaire et du Tribunal, il faut signaler l'intervention de ces intervenants plus accessoires de la procédure collective.

628. La désignation d'un représentant des salariés parmi les salariés de l'entreprise est, au même titre que les mandataires judiciaires, prévue à l'article L. 621-4 du code de commerce. Le représentant des salariés exerce trois missions principales. La première d'entre elle consiste à vérifier et, le cas échéant, contester l'établissement des créances salariales par le mandataire judiciaire[929]. Le représentant des salariés peut également assister les salariés en cas de recours au juge prud'homal sur l'admission et le montant des créances salariales[930]. Comme le laisse suggérer sa dénomination, le représentant des salariés assure en quelque sorte le rôle d'assistant au mandataire dans ses interactions avec les salariés. Il ne dispose pour exercer sa mission d'aucun pouvoir susceptible d'influer sur l'exécution des contrats administratifs.

629. Un ou plusieurs contrôleurs peuvent être nommés par le juge-commissaire en vertu des articles L. 621-10 et suivant du code de commerce parmi les créanciers qui en feraient la demande. Ces contrôleurs « *assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire* »[931]. Ils sont également entendus préalablement sur la conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire[932], d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire[933], sur la cession de l'entreprise et notamment le choix du cessionnaire[934], ou encore sur le plan à adopter[935]. Ils ont également la possibilité de demander la saisine du tribunal afin d'obtenir le remplacement ou l'adjonction d'un organe de la procédure collective[936], la conversion de la procédure, la cessation partielle de l'activité de l'entreprise ou la cessation de la

929 Art. L. 625-2 du code de commerce.

930 Art. L. 625-4 du code de commerce.

931 Art. L. 621-11 du code de commerce.

932 Art. L. 622-10 du code de commerce.

933 Art. L. 631-15 du code de commerce.

934 Art. L. 642-5 du code de commerce.

935 Art. L. 626-9 du code de commerce.

936 Art. L. 621-7 du code de commerce.

période d'observation en cas d'inobservation des obligations contractuelles malgré la poursuite[937]. Ils sont également susceptibles de se substituer au mandataire judiciaire pour agir au nom en pour le compte des créanciers, en cas de carence de dernier[938]. Le rôle de ces contrôleurs apparait ainsi supplétif à celui du mandataire judiciaire et du juge-commissaire. Les contrôleurs sont des créanciers particuliers, dotés d'un rôle d'assistance pendant la procédure. Eu égard à leur rôle secondaire, ils ne sont pas cités en qualité d'organes de la procédure collective par l'article L. 621-4 du code de commerce.

630. **Des professionnels des procédures collectives** – À l'inverse des représentants des salariés et contrôleurs, les administrateurs et mandataires judiciaires sont des professionnels des procédures collectives. Ils exercent une profession réglementée par le code de commerce, en ses articles L. 811-1 à L. 812-10. Ils y accèdent après une formation déterminée[939], en vertu d'une expérience spécifique ou d'un examen d'accès assorti d'un stage professionnel[940], sont inscrits auprès de la Commission nationale des administrateurs judiciaires ou des mandataires judiciaires[941]. Ils peuvent voir leur responsabilité personnelle, civile voire pénale engagée en cas de manquements graves à leur fonction. Ils peuvent encourir des sanctions disciplinaires en cas de faute dans l'exercice de leur profession[942]. Ainsi, les administrateurs et mandataires judiciaires exercent leurs missions à titre professionnel, dans l'intérêt du maintien de l'activité, de la préservation de l'emploi et de l'apurement du passif des entreprises en difficulté. Les éventuels pouvoirs dérogatoires dont ils feraient l'usage ne sont qu'une émanation de leur statut, du code de commerce et d'une habilitation du juge. Mais en outre, même s'il existe un organe commun, représentatif des administrateurs et mandataires judiciaires, le CNAJMJ[943], les missions respectives de ces deux professions sont distinctes, de même que les intérêts qu'elles représentent dans les procédures collectives.

631. **Le mandataire judiciaire : le représentant des créanciers** – L'article L. 622-20 du code de commerce, qui détermine les principales missions du mandataire, prévoit qu'il « *a seul qualité pour*

[937] Art. L. 622-13, III du code de commerce.

[938] Art. L. 622-20 du code de commerce.

[939] Art. R. 811-7 et R. 812-4 du code de commerce.

[940] Art. R. 811-9 à R. 811-16 et R. 812-5 du code de commerce.

[941] Art. L. 811-2 al. 1er et L. 812-2, al. 1er du code de commerce.

[942] Art L. 811-2 et L. 812-9 du code de commerce.

[943] Conseil national des administrateurs Judiciaires et Mandataires judiciaires, v. www.cnajmj.fr.

agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». À ce titre, pour préserver les actifs de l'entreprise, il exerce les actions en nullité de la période suspecte[944], en report de la date de cessation des paiement[945]. Il a également pour charge d'établir la substance du passif en invitant les créanciers privilégiés à déclarer leurs créances[946], en recueillant lesdites déclarations[947], en établissant « *la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente* »[948] ainsi qu'en recueillant l'avis des créanciers sur les modalités d'apurement du passif. En somme, parmi les trois objectifs de la procédure collective, énoncés à l'article L. 620-1, « *permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* », il est en charge du dernier, en sa qualité de protecteur des intérêts des créanciers dans la procédure.

632. **L'administrateur : le défenseur des intérêts de l'entreprise en difficulté** – La désignation d'un administrateur n'est pas systématique. Sa désignation par le Tribunal n'est prévue qu'en sauvegarde et en redressement judiciaire et elle n'est obligatoire en sauvegarde que pour les entreprises qui comptent plus de 20 salariés ou réalisent plus de 3 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel[949]. Dans cette dernière situation, le débiteur exerce lui-même les fonctions qui sont normalement dévolues à l'administrateur, telle l'option sur la poursuite des contrats en cours[950]. L'ensemble des fonctions de l'administrateur judiciaire, qu'il s'agisse notamment de surveiller, cogérer ou de prendre le contrôle de l'entreprise, de statuer sur la continuation des contrats dans l'intérêt de l'entité économique, tendent à faire de cet organe de la procédure collective le principal défenseur des intérêts de l'entreprise en difficulté, dans le strict respect des règles du droit des entreprises en difficulté. Ce rôle de prise en main de l'entreprise – avec ou sans dessaisissement du gérant – permet de remplir deux des trois objectifs de la sauvegarde et du redressement judiciaire, énoncés à l'article L. 620-1 du code de commerce : « *permettre la poursuite de l'activité économique* [et] *le maintien de l'emploi* ».

633. **L'unicité du liquidateur en liquidation judiciaire** – À l'inverse des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, la liquidation judiciaire ne fait appel qu'au mandataire judiciaire,

944 Art. L. 632-4 du code de commerce.

945 Art. L. 631-8 du code de commerce.

946 Art. R. 622-21 du code de commerce.

947 Art. L. 622-24 du code de commerce.

948 Art. L. 624-1 du code de commerce.

949 Art. L. 621-4 du code de commerce, complété par l'art. R. 621-11.

950 Art. R. 627-1 du code de commerce.

devenu liquidateur[951]. Cette absence de dualité des organes de la procédure collective vient précisément de ce que les objectifs poursuivis par l'administration judiciaire, « *permettre la poursuite de l'activité économique* [et] *le maintien de l'emploi* »[952], n'ont plus cours. En effet, comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article L. 632-1 du code de commerce, le redressement étant irrémédiablement compromis, *« la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens »*. L'activité étant destinée à s'éteindre, le liquidateur procèdera nécessairement à des licenciements[953] ; l'objectif de préservation de l'emploi n'est plus poursuivi – sauf à obtenir une cession globale de l'entité économique. Puisqu'il n'y a plus d'intérêt propre pour l'activité de l'entreprise, il n'existe aucun obstacle à ce que « *le liquidateur exerce les missions dévolues à l'administrateur et au mandataire judiciaire* »[954].

634. L'unicité du liquidateur en liquidation judiciaire est la meilleure démonstration qui soit de la spécialité des organes de la procédure collective en sauvegarde et redressement judiciaire. Quand les intérêts de l'entreprise et des créanciers doivent être conciliés, le droit des procédures collectives met en œuvre la dualité des organes ; quand seul l'intérêt des créanciers est pris en compte, leur représentant est seul en charge de la liquidation de l'entreprise. Cette fragmentation des pouvoirs en fonction des intérêts divergents en présence dans la procédure collective est très différente de l'exercice des missions et prérogatives de l'Administration, qui ont pour seul objectif la préservation de l'intérêt général, dans toutes ses composantes.

635. Outre les considérations organiques, l'exercice des missions par le recours à l'exorbitance en droit des procédures collectives diffère considérablement de l'exercice des pouvoirs dérogatoires des personnes publiques contractantes.

951 Art. L. 631-22 du code de commerce.

952 Art L. 620-1 du code de commerce.

953 Art. L. 641-4, al. 5 du code de commerce.

954 Art. L. 641-4, al. 4 du code de commerce.

B) Un régime exorbitant de nature spécifique

636. Le droit des entreprises en difficulté est immanquablement un droit dérogatoire du droit civil et commercial. Il fait appel à des mécanismes légaux, réglementaires et judiciaires spécifiques, construits tant sur des objectifs que sur des méthodes distinctes. C'est la raison pour laquelle l'assimilation des outils dérogatoires des procédures collectives aux pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes peut être mis en doute.

637. **L'exorbitance commune aux deux matières juridiques** – L'exorbitance est, sur un plan étymologique, la manifestation d'une sortie (*ex*) d'orbite (*orbita*), d'un écart par rapport au fonctionnement normal d'un système, en l'occurrence, la survenance une anormalité par rapport au droit commun. Le droit administratif des contrats s'est construit par le biais d'un mouvement jurisprudentiel et doctrinal d'autonomisation progressive par rapport au droit contractuel civil et commercial, dans un objectif – protéger l'intérêt général et le service public – et grâce à des mécanismes dérogatoires – un régime et des pouvoirs exorbitants du droit commun. Le droit des entreprises en difficulté a suivi une évolution différente. D'abord de nature pénale et punitive à l'égard du débiteur[955], il s'est peu à peu transformé en un droit *ad hoc*, qui n'est plus essentiellement pénal mais qui ne relève pas non plus – loin s'en faut – du droit commun. Si l'extrême sévérité qui le caractérisait sous l'égide du code de commerce napoléonien a fait l'objet d'atténuations progressives, le droit des entreprises en difficulté reste, encore aujourd'hui, caractérisé par sa spécificité et dominé par une logique très autoritaire des procédures collectives[956]. Alors, si les deux droits étudiés partagent cette immanence de l'exorbitance, reste à que sa manifestation diffère à de nombreux égards.

638. **L'émanation légale et réglementaire de l'exorbitance des procédures collectives** – Contrairement au droit des contrats administratifs, en grande partie modelé par la jurisprudence, le droit des entreprises en difficulté est un droit écrit, qui repose pour l'essentiel sur les règles du livre VI code de commerce. Chaque phase de chaque procédure collective engagée est régie par un ensemble de dispositions très détaillées, destinées à assurer l'équilibre des pouvoirs et les

[955] Art. 437 à 439 et 455 du Code de commerce (1807) : « *437. Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. /438. Tout commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas de faute grave ou de fraude prévu par la présente loi est en état de banqueroute. /439. Il y a deux espèces de banqueroutes : - la banqueroute simple : elle sera jugée par les tribunaux correctionnels ; - la banqueroute frauduleuse : elle sera jugée par les cours d'assises. […] 455. Le tribunal de commerce ordonnera en même temps ou le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme […]* », BNF Gallica, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t/f48.item.zoom# pp. 399-400.

[956] On pense par exemple aux nullités de la période suspecte, aux résiliations de contrats pendant la période d'observation, au dessaisissement du débiteur ainsi qu'aux risques d'extension de la procédure collective au patrimoine du débiteur.

respect des différents objectifs poursuivis par le droit des entreprises en difficulté. Ainsi, si effectivement les organes de la procédure collective peuvent être amenés à prendre des décisions – de nature exorbitante pour certaines – dictées par leur appréciation subjective – comme c'est le cas de l'option de l'administrateur sur les contrats en cours –, l'ensemble de ces pouvoirs est strictement encadré par la lettre du texte, sous le contrôle du juge-commissaire et du Tribunal de la procédure. Toute initiative prise par les administrateurs et mandataires judiciaires en violation des dispositions du code de commerce peut conduire à leur remplacement[957], voire à des sanctions disciplinaires, ainsi que le prévoit notamment l'article L. 811-12A du code de commerce :

> *« Toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits commis en dehors de l'exercice professionnel, expose l'administrateur judiciaire qui en est l'auteur à des poursuites disciplinaires. »*

639. Les titulaires des pouvoirs exorbitants dans les procédures collectives sont donc soumis à un cadre légal très établi, exercent ces pouvoirs de plein droit et sur la base de dispositions précises, ce qui diffère très nettement des prérogatives dont dispose l'Administration contractante. Il s'agit pour les personnes publiques d'un large assortiment de mesures, qui ne sont pas prévues ou même limitativement définies par la jurisprudence ou les textes, auxquelles il est impossible de renoncer contractuellement[958].

640. **Une exorbitance circonstancielle** – À la différence des pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes, caractérisés par leur permanence, les mesures exorbitantes prises dans le cadre des procédures collectives le sont dans un contexte spécifique. En effet, comme son nom l'indique, le droit des entreprises en difficulté a pour objet de créer un cadre dérogatoire pour traiter les défaillances que rencontrent les entreprises. Ainsi l'analogie proposée par le Professeur Yves GUYON entre les procédures collectives et l'état d'urgence est une belle illustration[959].

641. **Une exorbitance de plein droit** – Paradoxalement, à l'inverse de l'exercice des pouvoirs exorbitants des personnes publiques, ceux des organes de la procédure collective relèvent d'une

---

[957] Art. L. 621-7 et L. 641-1-1 du code de commerce.

[958] CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et autre*, n°41589, 41699 ; cette décision censure en l'occurrence le renoncement par l'Administration à la mise en œuvre de son pouvoir de résiliation unilatérale par une clause contractuelle.

[959] Citation introductive du chapitre : *« Le droit des procédures collectives est comparable à l'état d'urgence, qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain »,* GUYON Y., « *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives* », *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2014, p. 405.

forme de « compétence liée » pour les détenteurs des missions de traitement des difficultés des entreprises. L'administrateur et le mandataire judiciaire sont investis par le Tribunal de la procédure collective de la mise en œuvre des dispositions du livre VI du code de commerce. Comme cela a été précédemment évoqué, chaque organe est chargé de la mise en œuvre de missions propres (établissement du passif pour le mandataire, option sur les contrats en cours pour l'administrateur). Ainsi, pour ces organes, l'exorbitance n'est pas un choix ou une faculté. Elle est l'émanation de leur mission, exercée de plein droit.

642. **Une procédure bénéficiant d'une exorbitance *ad hoc*** – Le Professeur Gérard JAZOTTES considère à juste titre que le rapport entre le droit commun des contrats et le droit des entreprises en difficulté tient dans le célèbre adage « *specialia generalibus derogant* »[960]. Cette branche du droit ne serait alors qu'un régime d'exception au droit commercial, lui-même en grande partie dérogatoire du droit civil. Alors, sans rapport avec la construction du droit public, le droit des procédures collectives serait un régime exorbitant bien établi par les textes, qui bénéficie d'une primauté sut le droit commun, propre à son caractère exceptionnel. Ainsi, dans la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté, il faudrait moins rechercher la mise en œuvre de *pouvoirs* que l'exercice d'une mission légale, bénéficiant d'un régime exorbitant.

643. Tant sur le plan organique que sur le plan matériel, le droit des entreprises en difficulté bénéficie de nombreuses spécificités tant par rapport au droit commun qu'à l'égard du droit public. Par son caractère judiciaire, son encadrement légal et réglementaire particulièrement détaillé et sa mise en œuvre de plein droit, il constitue finalement un droit *ad hoc*, que l'on ne saurait assimiler aux pouvoirs dont font l'usage les personnes publiques. Pour autant, il serait inexact de considérer qu'il n'en partage pas certains traits.

[960] JAZOTTES G., « *Droit des contrats et droit des entreprises en difficulté, continuité ou renouveau ? »*, *BJE*, janv. 2019, n°1, n°116 p. 38 : « *la réforme du droit des contrats a consacré l'adage specialia generalibus derogant. Certes, l'adage est seulement consacré pour articuler les règles générales aux règles particulières à certains contrats, ce qui ne concerne pas directement le droit des entreprises en difficulté. Cependant, en présence d'un conflit caractérisé par une incompatibilité entre ces règles générales et les règles propres au droit des entreprises en difficulté, ces dernières doivent l'emporter* ».

§2. Des traits communs à l'exorbitance publique dans les procédures collectives

644. Malgré les nombreuses spécificités du droit des entreprises en difficulté, les organes des procédures collectives mettent en œuvre des prérogatives dérogatoires du droit commun des contrats. L'analogie de l'exorbitance publique avec l'exorbitance commerciale doit être étudiée, tant au regard de la nature (A) que de l'encadrement (B) des pouvoirs mis en œuvre.

A) Des prérogatives analogues

645. Les traits communs des pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes et du régime exorbitant propre aux procédures collectives tiennent essentiellement dans leur caractère unilatéral, dans leur caractère extracontractuel de leurs enjeux comme dans la similarité de leur nature.

646. **L'unilatéralité des mesures exorbitantes** – Par dérogation aux règles contractualistes du code civil, la mise en œuvre des mesures exorbitantes intervient, par définition, sans que soit recueilli l'accord du cocontractant. Cela est communément admis en droit public, et parfaitement synthétisé par les Professeurs Philippe TERNEYRE et Denys DE BECHILLON :

> *« Il n'est pas admissible, en effet, de prétendre fonder juridiquement sur le consentement des cocontractants une conséquence juridique qui se trouve avoir été sciemment placée en dehors du champ de la volonté contractuelle. »* [961]

De la même manière, le droit des entreprises en difficulté, par nature autoritaire et impératif, ne tient pas compte – ou très marginalement[962] – de la volonté du cocontractant. Seuls sont pris en compte les intérêts du débiteur, des créanciers et des salariés. Les créanciers peuvent effectivement avoir la qualité de cocontractants du débiteur. Pour autant, c'est bien le rapport d'obligation financière qui est pris en considération dans les procédures collectives. La préservation de la relation contractuelle en tant que telle n'est qu'une variable d'ajustement dans la mise en œuvre des objectifs poursuivis par la procédure (poursuite ou cessation partielle ou

[961] BECHILLON (DE) D. et TERNEYRE Ph., « *Clauses exorbitantes et marchés publics* », *CJEG*, n°565, mai 2000.

[962] L'on pense par exemple à la mise en demeure formulée par le cocontractant à l'administrateur de statuer sur la poursuite du contrat en cours pendant la période d'observation (art. L. 622-13, III., 1° du code de commerce).

totale d'activité). Le consentement des cocontractants n'est pas requis pour la mise en œuvre des mesures exorbitantes dans les procédures collectives.

647. **La nature extracontractuelle de l'exorbitance** – Qu'il s'agisse du droit des contrats administratifs ou du droit des entreprises en difficulté, les mesures exorbitantes mises en œuvre ne trouvent pas leur source – en tout cas, pas nécessairement – dans les clauses du contrat[963] [964]. S'il est possible pour les personnes publiques de prévoir l'usage de leurs prérogatives de puissance publique dans les clauses du contrat, en particulier en se référant aux CCAG et CCTG pour aménager les conséquences de la mise en œuvre de ces pouvoirs[965], il est impossible d'y renoncer contractuellement[966], ce qui confirme l'extériorité de la source de l'exorbitance. Dans le cas des contrats administratifs, l'exorbitance a pour origine la nature du contrat et la spécificité de l'Administration contractante. Dans le cas de la procédure collective, l'exorbitance a pour origine une procédure judiciaire engagée face à une situation particulière que connaît l'entreprise débitrice ; le caractère impératif du droit des entreprises en difficulté fait obstacle à ce qu'il puisse être prévu contractuellement de faire obstacle aux pouvoirs des organes de la procédure collective[967]. Ainsi, en tout état de cause, l'exorbitance est par nature impérative, circonstancielle et extérieure aux stipulations du contrat.

648. **La nature commune des mesures employées** – L'exorbitance commune se traduit également par des types de mesures assimilables qui sont susceptibles d'être employés dans les procédures collectives comme dans l'exécution des contrats administratifs. Évidemment, le pouvoir de résiliation unilatérale en est l'illustration principale, entre les mains de l'administrateur[968] ou du juge-commissaire, à l'initiative de l'administrateur[969] ou du liquidateur judiciaire[970]. Ces résiliations

[963] À propos du pouvoir de résiliation unilatérale des contrats administratifs, v. CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n°32401 ; Rec. CE, p. 246.

[964] La résiliation unilatérale des contrats en cours pendant la période d'observation est prévue par l'article L. 622-13 du code de commerce.

[965] CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes*, n°334280 ; CAA Versailles, 7 mars 2006, *Commune de Draveil c/ Société Via Net Works*, n°04VE01381 ; CE 19 mars 1971, *Mergui*, n°79962 ; CAA Bordeaux, 2 déc. 2014, *M. B*, n°13BX00505 ; CE, 19 déc. 2012, *Société AB Trans*, n°350341.

[966] CE 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°41589, 41699, *precit.*

[967] Cass. Com., 22 janv. 2020, n°18-21647

[968] Art. L. 622-13, III., 1° du code de commerce.

[969] Art. L. 622-13, IV. et L. 631-14 du code de commerce.

[970] Art. L. 641-11-1 du code de commerce.

ne sont pas réalisées dans l'intérêt général mais poursuivent également un intérêt extérieur au contrat, l'intérêt de la procédure engagée ; sauvegarder, redresser ou liquider l'entreprise.

649. L'existence d'un pouvoir de modification unilatérale, bien que résiduelle, peut également être identifiée en droit des procédures collectives. Il en va par exemple de la modification de personnalité du cocontractant de l'administration en cas de cession de l'entité économique[971]. Sans rechercher l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale *stricto sensu*, la jurisprudence permet toutefois la neutralisation de certaines clauses du contrat, qui modifie la substance des obligations contractuelles. C'est le cas en particulier des clauses résolutoires en cas de procédure collective[972] ou des clauses qui aggraveraient les obligations du débiteur en difficulté[973].

650. La procédure collective conduit, comme en droit des contrats administratifs, à la naissance d'un pouvoir de contrôle sur le cocontractant. Conformément à l'article L. 622-13 du code de commerce, l'administrateur a la charge d'imposer l'exécution des stipulations contractuelles en cas de continuation des contrats en cours. D'une part, « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* »[974] ; d'autre part, « *l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours* »[975]. Cela n'est pas sans rapport avec le pouvoir dont dispose l'administration contractante d'imposer par des ordres de service, le commencement, la poursuite ou la reprise des prestations contractuelles.

651. L'identification d'un pouvoir de sanction à l'image de celui qui est employé par l'Administration contractante est plus incertaine. En effet, l'administrateur ne dispose, en vertu des textes, d'aucun pouvoir de sanction financière directement identifiable. Une éventuelle sanction des malfaçons du cocontractant pourra toutefois exister sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Par le biais de la connexité, la sanction de malfaçons[976], de frais de remise en l'état[977] ou d'une mauvaise exécution des prestations contractuelles[978] peut être mise en œuvre par la compensation

[971] v. Chapitre 2. La substitution forcée du cocontractant en cas de cession d'une entreprise en difficulté ; v. par ex. CAA Nancy, 26 janv. 2006, *Galand*, n°00NC01239

[972] Cass. com., 20 sept. 2017, *FS-P+B+I*, n°16-14.065.

[973] Cass. com., 22 févr. 2017, *PS+B+I*, n°15-15.942 ; Cass. com., 14 janv. 2014, n°12-22.909.

[974] Art. L. 622-13, I) du code de commerce.

[975] Art. L. 622-13, II) du code de commerce.

[976] Cass. com., 4 juill. 1973, *D.* 1974, p. 425.

[977] Cass. com., 24 oct. 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n°235.

[978] Cass. com., 19 déc. 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, n°327 ; Cass. com., 5 oct. 2009, n°08-14.756.

entre le préjudice subi et le paiement de ladite prestation contractuelle. Ainsi, l'on peut considérer qu'il existe un pouvoir de sanction indirect, mais que l'on ne saurait assimiler à celui dont dispose l'Administration.

652. Outre les traits communs des manifestations de l'exorbitance en droit des procédures collectives et en droit des contrats administratifs, il existe également un encadrement analogue des pouvoirs mis en œuvre.

B) Un encadrement comparable de l'exorbitance

653. Le droit des entreprises dans sa forme contemporaine, permet la prise en compte des intérêts contradictoires des différentes parties prenantes : débiteur, créanciers, cocontractants, salariés, etc.. De la même manière, en droit des contrats administratifs, la préservation de l'intérêt général qui justifie l'usage des pouvoirs exorbitants n'est pas absolue. Elle ne peut être mobilisée sans tenir compte des intérêts du cocontractant, en particulier lorsque celui-ci ne s'est rendu coupable d'aucune faute.

654. **Un rééquilibrage progressif des deux régimes exorbitants** – La construction historique du droit des entreprises en difficulté comme celle du droit des contrats administratifs poursuivaient un intérêt unique, synonyme de brutalité. Ainsi le premier poursuivait l'objectif exclusif de protection des intérêts des créanciers quand le second promouvait la prééminence de l'intérêt général attaché à l'action administrative.

655. Bien que l'on puisse trouver des traces de droit des entreprises en difficulté dans l'Antiquité, au Moyen Âge ou encore à la Renaissance, le droit des procédures collectives contemporain a été fait d'amendements progressifs aux dispositions du code de commerce Napoléonien de 1807. Dans ce texte, l'état de cessation des paiements fait l'objet de termes péjoratifs, tels que ceux de "déconfiture" ou encore de "faillite" et tout le sens de ce droit de la faillite était de sanctionner les débiteurs qui auraient nécessairement « *tromp*[é] *la confiance de leurs créanciers* »[979]. Le régime juridique applicable au failli est brutal et marqué par son caractère pénal[980]. Le débiteur est soumis,

[979] Termes empruntés à JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté,* 10ème éditon, Lexis Nexis, 2017, n°1, p.1.

[980] Art. 437 à 439 et 455 du Code de commerce (1807), *precit.* : « *437. Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite. /438. Tout commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas de faute grave ou de fraude prévu par la présente loi est en état de banqueroute. /439. Il y a deux espèces de banqueroutes : - la banqueroute simple : elle sera jugée par les tribunaux correctionnels ; - la banqueroute frauduleuse : elle sera jugée par les cours d'assises. […] 455. Le tribunal de commerce ordonnera en même temps ou le dépôt de la personne du failli dans la maison*

selon une formule d'Honoré DE BALZAC, à une forme de « dépeçage »[981]. Les réformes successives du droit du traitement des difficultés des entreprises ont par la suite eu pour objectif de dépénaliser, d'adoucir, de dédramatiser les difficultés et d'élargir la prise en compte des intérêts réciproques, des créanciers, du débiteur et des salariés principalement.

656. Le droit des contrats administratifs a fait l'objet d'un mouvement identique. Marqués du sceau de l'exorbitance au nom de la préservation de l'intérêt général, les contrats administratifs ont été créés en dérogation au droit civil des contrats. Ainsi, le contrat administratif a longtemps été considéré comme une forme d'acte administratif, dans lequel l'unilatéralité est diluée par un semblant contractuel. Pour Yves GAUDEMET, « *le droit administratif s'est construit autour de l'acte administratif unilatéral […] En droit administratif, l'obligation naît de la loi ou du règlement administratif. Elle ne procède pas d'un accord de volontés ni d'un fait juridique* »[982]. Dans ce schéma administratif unilatéral, le cocontractant est relégué au rang d'exécutant de la volonté de l'Administration, même contractante, soumis à un régime exorbitant du droit commun. Des critiques sont alors apparues. Selon Laurent RICHER et François LICHERE :

> « *La critique des conceptions françaises relatives au contrat administratif s'inscrit dans un mouvement plus large de contestation du droit administratif et de la juridiction administrative considérés comme insuffisamment protecteurs des droits des administrés et, en particulier, des cocontractants de l'Administration. Il faut reconnaître qu'en matière de contrats administratifs cette contestation a trouvé un aliment dans certaines solutions jurisprudentielles difficiles à justifier qui donnent une fâcheuse image de la juridiction administrative.* »[983]

657. C'est alors que sous l'influence de la critique doctrinale, de la place croissante du droit européen de la commande publique, d'évolutions jurisprudentielles restreignant le champ des contrats

---

d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme […] », BNF Gallica, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56629t/f48.item.zoom# pp. 399-400.

[981] BALZAC (DE) H., *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, 1837 ; cité par DELMOTTE Ph., « *L'égalité des créanciers dans les procédures collective* », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2003, 2ème partie, *Études sur le thème de l'égalité* : « *Messieurs, il nous était dû à tous en bloc un million. Nous avons dépecé notre homme comme une frégate sombrée. Les clous, les fers, les bois, les cuivres ont donné trois cent mille francs. Nous avons donc trente pour cent de nos créances. Heureux d'avoir trouvé cette somme quand notre débiteur pouvait ne nous laisser que cent mille francs, nous le déclarons un Aristide, nous lui votons des primes d'encouragement, des couronnes, et proposons de lui laisser son actif, en lui accordant dix ou douze ans pour nous payer cinquante pour cent qu'il daigne nous promettre. Voici le concordat, passez au bureau, signez-le !* »

[982] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 3ème édition, 2022, cit. GAUDEMET Y., n°6, p. 6.

[983] RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, 12ème édition, 2021, n°59, p. 44.

administratifs[984] et de diverses interventions législatives et codifications[985] que le contrat administratif a perdu une part de son exorbitance, de sa spécificité dans le droit français. Ainsi encadré, rationalisé dans son exorbitance, le droit des contrats administratifs n'est plus celui de la Théorie générale du contrat administratif de Gaston JEZE ou Georges PEQUIGNOT. Il est celui de l'équilibre et de la pondération, de la dilution de l'exorbitance en faveur du cocontractant. Selon Mathias AMILHAT, s'appuyant sur les travaux de François BRENET[986], « *ces évolutions fragilisent encore davantage la théorie générale des contrats administratifs et vont dans le sens de la reconnaissance d'une théorie générale des contrats administratifs spéciaux* »[987].

658. Ainsi parvenus à une forme de maturité, tant le droit des entreprises en difficulté que le droit des contrats administratifs ont intégré la nécessité d'une dilution de l'exorbitance dans le but de mieux tenir compte des divers intérêts en présence.

659. **Une protection commune des intérêts contradictoires** – A l'issue du rééquilibrage du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats administratifs, l'on constate le développement de protections spécifiques pour les parties faibles au sein des deux régimes juridiques.

660. Aussi, le droit des entreprises en difficulté crée-t-il un cadre très rigide de protection des intérêts respectifs des créanciers et du débiteur pendant la période d'observation. Entre interdiction des paiements des créances antérieures, arrêt des poursuites, limitation des résiliations, neutralisation des clauses résolutoires et continuation des contrats en cours, le débiteur est protégé des assauts de ses créanciers, dans l'intérêt d'une poursuite de l'activité et dans l'espoir de renouer avec l'espoir d'un rétablissement économique. Parallèlement, les créanciers, bien que contraints dans leurs actions à l'égard du débiteur, sont protégés par diverses dispositions du code de commerce. Il en va par exemple de l'existence d'un mandataire judiciaire chargé de la défense de leurs intérêts financiers, de l'obligation de paiement des créances postérieures, en particulier pour les contrats

---

984 C'est le cas par exemple de la remise en cause de la jurisprudence *Peyrot* par TC, 9 mars 2015, *Rispal c/ Sté ASF*, n°3984, du resserrement du champ du mandat tacite par TC, 16 juin 2014, *Sté. d'exploitation de la Tour Eiffel*, n°3944, du resserrement du critère matériel d'exorbitance par la jurisprudence TC, 3 oct. 2014, *Sté Axa France IARD*, n°3963 et du resserrement du critère du service public par le Tribunal des conflits, TC, 21 mai 2007, *SA CODIAM*, n°C3609.

985 C'est le cas notamment des lois SAPIN (Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques), MURCEF (Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier), de l'élaboration du code de la commande publique et du code général de la propriété des personnes publiques.

986 BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse, Poitiers, 2002 ; « *La théorie du contrat, évolutions récentes* », *AJDA* 2003, p. 919 ; *Traité de droit administratif*, Dalloz, p. 263.

987 AMILHAT M., « *La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes* », *JDA*, 4 déc. 2016, art. 105.

dont la continuation a été décidée par l'administrateur, de la faculté de solliciter une option sur le sort des contrats en cours, de la possibilité de déclarer leurs créances en vue de la phase d'apurement.

661. En matière de contrats administratifs, la partie faible qu'est souvent le cocontractant de l'Administration fait l'objet de protections spécifiques établies par la jurisprudence et relayées notamment par l'article L. 6 du code de la commande publique. En effet, si l'Administration contractante dispose de pouvoirs de contrôle, de sanction, de modification ou de résiliation unilatérale, ces pouvoirs ne peuvent évidemment s'exercer sans limite. Le cocontractant a droit au paiement des prestations supplémentaires exigées au titre de la théorie des sujétions imprévues[988]. Il est également libéré de ses obligations pour cas de force majeure[989]. Il bénéficie d'une indemnité au titre de la théorie de l'imprévision en cas de bouleversement extérieur et imprévisible de l'économie du contrat[990]. Il en va de même en cas de bouleversement de l'économie du contrat par l'Administration au titre de la théorie du fait du prince[991]. L'exercice par l'Administration de son pouvoir de modification unilatérale du contrat[992] implique nécessairement une compensation de la charge financière ainsi engendrée[993] et ne peut avoir pour objet de bouleverser l'économie du contrat au nom du droit à l'équilibre du contrat[994]. L'exercice par l'Administration de son pouvoir de résiliation unilatérale du contrat administratif dans l'intérêt général est également conditionné au versement d'une juste indemnité[995]. Seule la résiliation pour faute du cocontractant n'est pas soumise au versement d'une indemnité, en ce qu'elle est exercée dans le but de sanctionner un manquement du cocontractant. Elle peut être "simple"[996] ou bien "aux frais et risques du cocontractant"[997] lorsque l'Administration fait peser sur le cocontractant les surcoûts liés à la passation d'un marché de substitution. L'article L. 6 du code de la commande publique, bien qu'il ne mentionne pas l'ensemble des théories jurisprudentielles, cristallise pour

988 CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n°16178.

989 CE 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, n°17614.

990 CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n°59928 ; CE, Ass., 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n°89655.

991 CE, 28 avr. 1939, *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*, n°04244, 04245 et 04246.

992 CE 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen,* n°94624 ; CE 21 mars 1910, *Compagnie générale des tramways,* n°16178.

993 CE 27 oct. 1978, *Ville de Saint Malo*, n°05722.

994 CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027.

995 CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n°32401 ; CE, 2 fév. 1987, *Société TV6*, n°81131.

996 CE, 20 janv. 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid*, n°56503.

997 CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, n°12315.

les contrats administratifs relevant de ce code à la fois l'existence des pouvoirs exorbitants, les modalités de préservation de l'intérêt général ainsi que les garanties offertes à leurs destinataires :

> *« 1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ; / 2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ; / 3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; /4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ; / 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat. »*

662. Ainsi, les deux régimes juridiques étudiés partagent, outre l'exorbitance, un même souci de conciliation et de préservation des intérêts antagoniques en présence. Cela témoigne d'une forme de maturité et de pondération de ces branches du droit pourtant éminemment dérogatoires.

663. **Conclusions partielles** – Bien qu'elle soit d'une nature bien spécifique, il existe une « exorbitance commerciale » applicable aux entreprises en difficulté. Elle est entre les mains des organes de la procédure collective, qui disposent de pouvoirs de contrainte sur les cocontractants du débiteur. Or, les règles dérogatoires du live VI du code de commerce visent des objectifs propres, antagoniques avec ceux de l'exorbitance publique. La confrontation des régimes juridiques exorbitants est donc susceptible de porter atteinte à la préservation de l'intérêt général et de la continuité du service public. Leur rencontre est susceptible d'engendrer des frictions, en ce que l'exorbitance n'est pas accoutumée à rencontrer l'exorbitance, en ce que ces deux régimes juridiques n'ont jamais été conçus pour être conciliés, articulés.

664. Il convient à présent de contrôler l'hypothèse selon laquelle l'« exorbitance commerciale » concurrencerait radicalement l'exorbitance publique.

Section 2 : L'altération corrélative des pouvoirs exorbitants de l'Administration

665. Dans ce contexte de confrontation de deux régimes exorbitants, il est difficile de faire prospérer les intérêts et pouvoirs antagoniques de l'Administration contractante et de son cocontractant en difficulté. Comme le résume parfaitement le Professeur Pierre DELVOLVE :

> *« Des considérations contradictoires s'opposent à ce sujet : d'un côté, pour l'intérêt public. Il peut imposer que soit rompu un contrant dont le titulaire ne peut plus être capable d'assurer l'exécution ; de l'autre, l'intérêt des créanciers, de l'entreprise elle-même, voire de l'administration aussi, peut être de voir continuer l'exploitation d'une activité qui n'est pas compromise. »*[998]

Il s'agit donc d'étudier l'influence de l'application du droit des procédures collectives sur la mise en œuvre des pouvoirs exorbitants dont est titulaire l'Administration contractante (§1.), afin de déterminer s'il existe une véritable dénaturation – qui serait critiquable – de l'exorbitance administrative en présence du droit des entreprises en difficulté (§2.)

§1. Des pouvoirs exorbitants concurrencés par la procédure collective

666. Manifestation de la primauté de l'intérêt général sur l'intérêt contractuel, l'Administration dispose de prérogatives exorbitantes qui se manifestent notamment par l'existence d'un pouvoir de résiliation unilatérale, d'un pouvoir de modification unilatérale des conventions, d'un pouvoir de sanction, de contrôle du cocontractant. Ces prérogatives sont la marque de l'administrativité des contrats, le témoignage de leur spécificité, protégée par la jurisprudence administrative[999].

667. Pourtant, la procédure collective et plus spécifiquement la période d'observation oppose de nombreuses contraintes aux cocontractants du débiteur, dans le but de protéger ce dernier. Les facultés des cocontractants du débiteur s'en trouvent alors considérablement limitées. C'est le cas des résiliations, dont la mise en œuvre est directement visée par le code de commerce (A) comme d'autres prérogatives dont pourrait être privée l'Administration contractante (B).

[998] DELVOLVE P., *« Droit administratif de la faillite », RIDC* 1984, n°spécial vol. VI, p. 451.

[999] CE, 1er oct. 2013, *Sté Espace Habitat Construction*, n°349099.

A) La neutralisation partielle du pouvoir de résiliation unilatérale

668. L'article L. 622-13 du code de commerce crée un cadre juridique spécifique aux résiliations des contrats en cours pendant la période d'observation. Il a pour objet d'encadrer strictement la mise en œuvre des résiliations. En matière de contrats administratifs, il conduit *de facto* à la création de procédures venant concurrencer la protection administrative de l'intérêt général justifiant l'exercice du pouvoir de résiliation (1) bien qu'il en demeure une part incompressible (2).

1) *Des procédures concurrentes à la résiliation unilatérale administrative*

669. Le régime instauré par les articles L. 622-13 à L. 622-16 du code de commerce à propos des contrats en cours et baux des immeubles donnés à bail crée un régime dérogatoire, spécifique aux résiliations pendant la période d'observation. Il est susceptible de limiter le champ d'admission de la résiliation administrative unilatérale dans l'intérêt général.

670. **L'applicabilité aux contrats administratifs du régime des contrats en cours pendant la période d'observation –** L'article L. 622-13 du code de commerce n'est applicable qu'aux conventions qui entrent dans la catégorie des « *contrats en cours* ». Cette notion, précisée par la jurisprudence, inclut les contrats en cours d'existence et non entièrement exécutés. La prestation qui fait l'objet du contrat ne doit pas être exécutée. Ainsi, la jurisprudence estime par exemple qu'un contrat de prêt souscrit avant l'ouverture de la procédure n'est pas un contrat en cours, en ce que l'obligation principale (le versement de la somme d'argent qui fait l'objet du prêt) est exécutée et que seule demeure l'obligation de procéder à son remboursement[1000]. Il faut que le contrat suscite des obligations réciproques, pas uniquement financières, pendant la période d'observation. La jurisprudence commerciale ne fait aucune différence selon la nature publique ou privée des contrats en cours. Il résulte en effet d'une jurisprudence constante que les contrats administratifs qui répondent aux critères jurisprudentiels précédemment évoqués sont des contrats en cours [1001]. Ils sont alors soumis à un corpus de règles spécifiques tout au long de la période d'observation.

671. **La paralysie des mécanismes contractuels** – L'alinéa 1[er] de l'article L. 622-13 du code de commerce instaure le principe de continuation de l'activité pendant la période d'observation et

[1000] Cass. com., 9 févr. 2016, n°14-23.219, Cass. com., 13 avr. 1999, n°97-11.383 ; v. aussi à propos d'un contrat de vente lorsque le transfert de propriété n'est pas subordonné au versement du prix intégral : Cass. com. 1[er] févr. 2000, n°97-15.263.

[1001] CE, 22 mars 1972 , *OPHLM Tours*, *Dr. adm.* mai 1972, n°178 ; Cass. com., 16 juin 2004, n°01-13.781.

partant, des conventions qui en permettent le déroulement. Ce principe est applicable tant à la sauvegarde qu'au redressement judiciaire[1002]. L'exception d'inexécution est neutralisée pour les obligations qui n'ont pas été remplies avant le jugement d'ouverture[1003]. Toute clause résolutoire liée à l'ouverture de la procédure collective est également inopposable à la procédure collective[1004]. Ainsi, en dehors des pouvoirs exorbitants, les clauses résolutoires incluses dans les contrats administratifs sont neutralisées par la mise en œuvre de ces dispositions spéciales, comme l'affirme également la jurisprudence administrative[1005]. Alors, « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif* »[1006].

672. **L'instauration d'un régime juridique propre aux résiliations des contrats en cours –** En dépit du principe de continuation des contrats en cours, les III et IV de l'article L. 622-13[1007] du code de commerce prévoient les conditions dans lesquelles, à titre dérogatoire, peuvent être prononcées des résiliations, y-compris pour les contrats administratifs[1008]. En effet, tout contrat en cours n'est pas nécessairement conclu dans des conditions favorables à l'entreprise et peut ainsi fragiliser la pérennité de l'activité. C'est la raison pour laquelle ont été prévus les mécanismes de résiliation, par les organes et dans l'intérêt de la procédure collective. Il s'agit du droit d'option sur la poursuite des contrats, de la résiliation par le juge-commissaire à l'initiative de l'administrateur – ou, le cas échéant du liquidateur. Ces hypothèses, spécifiques par essence par rapport au droit commun des contrats, se veulent exclusives des mécanismes contractuels et prééminentes quant à toute autre modalité de résiliation, suivant l'adage *specialia generalibus derogant*[1009]. Ces dispositions mettent en place un régime qui se veut équilibré, prenant en compte l'opinion du cocontractant – via l'option –, tout en faisant primer les objectifs de l'entreprise en difficulté et en premier lieu le maintien des emplois et de l'activité.

1002 Art. L. 631-14 du code de commerce : « *Les articles L.622-3 à L.622-9, à l'exception de l'article L.622-6-1, et L.622-13 à L.622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire, sous réserve des dispositions qui suivent* ».

1003 Art. L. 622-13, I°, al. 2 du code de commerce ; Cass. com., 28 juin 2011, n°10-19.463.

1004 Art. L. 622-13, I°, al. 1er du code de commerce ; Cass. com., 2 mars 1993, n°90-21.849.

1005 CAA Nantes, 10 juin 1993, *Société auxiliaire agro-alimentaire*, n°91NT00139 ; CE, 20 juill. 1988, *Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB)*, n°48036.

1006 Art. L. 622-13, I°, al. 2 du code de commerce.

1007 Repris identiquement en matière de redressement et de liquidation judiciaire aux articles L.631-14 L. 641-11-1.

1008 TC, 24 avr. 2017, *SEMMARIS*, n°4078.

1009 v. à propos des règles dérogatoires du droit des entreprises en difficulté, JAZOTTES G., « *Droit des contrats et droit des entreprises en difficulté, continuité ou renouveau ?* », *BJE*, janv. 2019, n°1, n°116 p. 38, *precit.*

673. **L'option en présence d'une mise en demeure par l'Administration de statuer sur le sort du contrat administratif** – Au cours de la période d'observation, les cocontractants du débiteur ont la possibilité de saisir l'administrateur[1010], afin qu'il se positionne sur la continuation ou la résiliation du contrat – le cas échéant administratif[1011] – qui les lie[1012]. Cette mise en demeure n'est soumise à aucune formalité spécifique[1013], dès lors qu'elle est non équivoque et adressée à l'organe compétent. Pour autant, la mise en demeure par lettre avec accusé de réception est l'usage, en ce que le silence gardé pendant une durée d'un mois fait naître une décision tacite. En effet, à la réception de ladite mise en demeure du cocontractant, l'administrateur dispose d'un mois pour se positionner. Ainsi, le silence gardé pendant une durée d'un mois par l'administrateur – éventuellement modulé par le juge-commissaire[1014] – conduit à la naissance d'une décision tacite de résiliation. Ce mécanisme est d'une originalité certaine, tant au regard du droit public que du droit privé, en ce qu'il permet la résiliation par une décision tacite. La résiliation expresse étant en principe requise, il est rare en droit public que des décisions tacites nées du silence de l'Administration puissent conduire à la résiliation de contrats administratifs, même s'il existe de rares hypothèses contraires[1015]. La présente résiliation tacite du contrat administratif par son cocontractant privé ou son représentant est inédite et conceptuellement difficile à envisager. Elle est pour autant mise en œuvre en pratique pendant la période d'observation. Il faut noter toutefois que la nécessité d'une mise en demeure comme préalable à cette hypothèse de résiliation en limite l'effet exorbitant, en ce que le cocontractant public en a pris l'initiative. On peut ainsi dire que cette résiliation est à mi-chemin entre une résiliation unilatérale et une résiliation consensuelle, car l'Administration ne souhaite pas nécessairement obtenir la résiliation du contrat. La mise en demeure peut être exercée à des fins de préservation de la sécurité juridique. Ce n'est pas le cas des autres résiliations unilatérales susceptibles d'être prononcées pendant la période d'observation.

674. **L'éventualité d'une résiliation décidée sans l'assentiment de l'Administration contractante** – En l'absence de mise en demeure du cocontractant, la résiliation est possible,

[1010] Le cas échéant, le débiteur en l'absence d'administrateur désigné dans la procédure ou encore le liquidateur.

[1011] Cass. com., 16 juin 2004, n°01-13.781.

[1012] CE, 8 déc. 2017, *Me Cosme Rogeau*, n°390906.

[1013] Sauf à ce que la procédure engagée n'ait pas conduit à la désignation d'un administrateur, v. art. R. 627-1.

[1014] Article L. 622-13, III., 1° du code de commerce.

[1015] CE, 11 déc. 2020, *Sté COPRA Méditerranée,* n°427616 ; CE, 27 févr. 2019, *Sté CAPCLIM*, n°414114.

même si elle est soumise à l'appréciation du juge-commissaire. En effet, le IV de l'article L. 622-13 du code de commerce prévoit que :

> *« A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant. »*

Cette modalité de résiliation des contrats en cours admet deux limites. Une limite organique et une limite substantielle. En premier lieu, sans une mise en demeure et sauf à ce que le débiteur ne puisse poursuivre l'exécution du contrat pour des raisons financières[1016], le code de commerce ne permet pas à l'administrateur de procéder seul à la résiliation unilatérale des contrats en cours. Cette précaution est louable, en ce que logiquement, si cette compétence lui était conférée, le débiteur pourrait y procéder de son propre chef dans les procédures collectives sans administrateur. La dualité d'acteurs nécessaire pour aboutir à la résiliation est d'autant plus salutaire que l'intervention du juge-commissaire, de magistrat du tribunal de commerce et arbitre de la procédure, permet un regard plus global sur les intérêts en présence dans la procédure collective. En second lieu, la lettre du paragraphe précité prévoit une balance des intérêts entre « *la sauvegarde du débiteur* » et le risque d'une « *atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ». C'est ainsi que, si l'on en croit le texte issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008[1017], l'intérêt du cocontractant public est supposé être pris en compte lors de la résiliation par le juge-commissaire. Cette disposition a été source d'inquiétude pour la doctrine, qui considérait qu'il était impossible en pratique de concilier les intérêts des deux parties audit contrat :

> *« Cette disposition […] qui semble aller à l'encontre de la jurisprudence antérieure, est dénoncée par une partie de la doctrine qui craint des abus et des contentieux futurs. Il suffit de penser à la situation du cocontractant chaque fois qu'il a intérêt au maintien du contrat, comme par exemple le locataire d'un immeuble commercial en cas de redressement judiciaire du propriétaire. »*[1018]

675. La conciliation de ces deux conditions présidant à la résiliation des contrats par le juge-commissaire a pu effectivement conduire à ce que la résiliation de baux par le débiteur propriétaire soit refusée par le juge-commissaire, en ce que l'atteinte au preneur aurait eu des conséquences

[1016] Article L. 622-13, III, 2° du code de commerce.

[1017] Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

[1018] JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 6ème édition, mars 2009, cit. PETEL Ph., *JCP E.,* 2009, 1049, n°36.

excessives sur son activité[1019]. L'apport de cette nécessaire prise en compte des intérêts réciproques des parties au contrat a pour intérêt de donner une autre nature à la procédure. Comme l'affirme justement Pierre LE CORRE, « *la résiliation est ici prononcée et non pas simplement constatée par le juge-commissaire […] en appréciant si, d'une part, la résiliation est nécessaire à la sauvegarde […] et si, d'autre part, elle ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* »[1020]. Cette nuance dilue l'éventuelle brutalité de la résiliation. En tout état de cause, la jurisprudence sur le refus de résiliation en raison d'une atteinte excessive aux intérêts du cocontractants est peu abondante et limitée à des hypothèses de violation manifeste. Il est difficile de percevoir de quelle manière serait apprécié l'intérêt public attaché à l'action administrative dans cette hypothèse. Aux conditions de fond présidant à la résiliation s'ajoute la mise en œuvre d'une véritable procédure contradictoire précédant la résiliation, comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article R. 622-13 du code de commerce[1021]. Comme en matière de résiliation unilatérale prononcée par l'Administration dans l'intérêt général, cette procédure soumet le débiteur au versement d'une indemnité à son cocontractant[1022].

676. En tout état de cause, malgré l'apparence dérangeante d'une résiliation prononcée par un juge judiciaire[1023] à l'encontre de l'Administration contractante, tant les conditions de fond, l'indemnisation que la procédure contradictoire qui y est attachée rendent plus acceptable cette procédure. Les enjeux propres au droit des entreprises en difficulté sont légitimement considérés comme prioritaires dans le cadre d'un droit spécifiquement créé pour faire primer l'enjeu de rétablissement économique des entreprises.

677. **L'éventualité d'une résiliation décidée en raison de l'incapacité financière du débiteur** – L'architecture complexe de l'article L. 622-13 du code de commerce conduit à l'ouverture d'une voie complémentaire de résiliation unilatérale des contrats en cours. En effet, si l'administrateur a, seul, pouvoir pour exiger la poursuite de ces conventions, ce n'est qu'à condition de pouvoir

[1019] CA Paris, 22 sept. 2011, n°10/11758.

[1020] LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives,* Dalloz, 9ème édition, 2017-2018, n°431.53, p. 909.

[1021] Article R. 622-13, al. 3 du code de commerce : « *La demande de résiliation présentée par l'administrateur en application du IV de l'article L. 622-13 est formée par requête adressée ou déposée au greffe. Le greffier convoque le débiteur et le cocontractant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et avise l'administrateur de la date de l'audience* ».

[1022] Art. L. 622-13, V du code de commerce.

[1023] L'agencement des compétences juridictionnelles sera abordé dans le Chapitre 7 : La difficile répartition des compétences.

« *fourni[r] la prestation promise au cocontractant du débiteur* »[1024]. C'est ainsi que les textes lui imposent une condition à la poursuite des contrats en cours :

> « *Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant.* »[1025]

Rappelons en effet que, malgré l'interdiction du paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture pendant la période d'observation, les créances postérieures doivent être honorées. La continuation des contrats en cours ne peut donc pas s'affranchir de toute poursuite de l'exécution financière. D'une part, en cas de continuation, le cocontractant reste fondé à engager une action en résiliation pour inexécution des prestations contractuellement requises, en dérogation à l'interdiction des poursuites individuelles D'autre part, comme le prévoit l'alinéa précité, l'administrateur engage sa propre responsabilité en poursuivant un contrat en cours insusceptible d'être exécuté sur le plan financier. C'est la raison pour laquelle ce même article prévoit la résiliation par l'administrateur des contrats à exécution successive que le débiteur ne peut plus financièrement assumer : « *s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* »[1026]. L'hypothèse est différente de l'option née d'une mise en demeure ou de la résiliation par le juge-commissaire, en ce que cette procédure de résiliation est prise à l'initiative de l'administrateur, sans contrôle d'un autre organe de la procédure collective. Ce type de résiliation pourrait être extrêmement contestable, s'il n'était pas assorti d'une condition financière, mathématiquement tangible.

L'exorbitance de cette procédure est encore atténuée par l'existence complémentaire d'une autre modalité de résiliation, de plein droit, qui intervient à défaut d'exécution financière par le débiteur d'un contrat poursuivi. En effet, même en cas de décision de poursuite, à défaut de paiement et sauf à ce que le cocontractant accepte la continuation en dépit des défaillances, le contrat en cours est « *résilié de plein droit* »[1027]. Ces deux modalités de résiliation liées à l'indigence financière du

[1024] *ibid.*, II, al. 1 du code de commerce.

[1025] *ibid.*, al. 2.

[1026] *ibid.*

[1027] *ibid.*, III, 2° : « *Le contrat en cours est résilié de plein droit : […]/ A défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles* ».

débiteur font pleinement sens, eu égard aux obligations du débiteur comme de l'administrateur d'exécuter les contrats poursuivis et de fournir les contreparties financières attendues.

678. **La limitation subséquente du pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général** – L'ensemble des hypothèses de résiliation prononcées dans le cadre de la période d'observation a pour vocation de se substituer aux mécanismes résolutoires exogènes. De manière plus analytique, on pourrait estimer que toute résiliation qui trouverait sa cause dans les difficultés du cocontractant débiteur devrait être régie par l'article L. 622-13[1028], au détriment des clauses résolutoires et de la résiliation unilatérale administrative. Cette règle aurait pour origine le premier alinéa de cet article qui prévoit qu' « *aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure* [collective] *»*. Pour Maxime MOLKHOU, l'applicabilité de l'article L. 622-13 aux contrats administratifs a pour cause évidente « *la compétence exclusive des organes de la procédure collective pour résilier le marché* »[1029]. C'est une opinion partagée, bien que l'on puisse envisager le maintien d'une forme amoindrie de résiliation unilatérale du contrat par l'Administration, pour des facteurs exogènes à la procédure collective.

2) *La préservation de facultés de résiliation du contrat à l'initiative de l'Administration*

679. S'il est établi que les modes administratifs de résiliation unilatérale plient face aux règles applicables aux contrats en cours en procédure collective, la neutralisation des facultés de l'Administration n'est pas absolue. En premier lieu, l'Administration bénéficie, en qualité de cocontractante, de moyens d'intervention dans les décisions de résiliation qui seront mises en œuvre dans le cadre de la période d'observation. En second lieu, il n'est pas établi que la résiliation administrative unilatérale serait entièrement suspendue pendant la procédure collective.

680. **La faculté pour l'Administration de demander la résiliation du contrat par le biais de l'option sur les contrats en cours** – Comme cela a pu être précédemment évoqué, les cocontractants du débiteur en difficulté ne sont pas complètement impuissants face aux décisions des organes de la procédure collective et notamment de l'administrateur. L'Administration que ne s'impliquerait pas en amont des décisions relatives à l'option sur les contrats en cours se trouverait amputée des facultés dont elle peut disposer.

[1028] Et plus précisément, l'article L. 622-13, les articles L.631-14 et L. 641-11-1 applicables respectivement au redressement et à la liquidation judiciaire, ainsi qu'aux articles L. 622-14 à -16 applicables aux baux.

[1029] MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », Dossier - Complément commande publique, hors-série, *Le Moniteur,* déc. 2014, n°2.1.1, p. 13.

681. La première faculté dont l'Administration peut se saisir consiste à mettre en demeure l'administrateur de prononcer la résiliation du contrat, si c'est ce qu'elle désire. Dans le cadre de cette mise en demeure, l'Administration aurait tout intérêt à démontrer l'incapacité financière ou technique de l'entreprise à exécuter le contrat administratif en sursis, ainsi qu'à mettre en exergue les éventuelles pénalités qui pourraient être mises au passif du débiteur en cas de poursuite défaillante des prestations contractuelles. À ce stade et dans ce mode de résiliation, l'administrateur ne semble pas tenu tenir compte de l'intérêt du cocontractant, et en l'occurrence de l'intérêt général. Sa mise en exergue dans le courrier de mise en demeure n'est donc pas centrale.

682. L'Administration sera également sollicitée en cas de saisine du juge-commissaire par l'administrateur tendant au prononcé de la résiliation du contrat. Dans ce cadre, rappelons que d'une part, naît une procédure contradictoire, juridictionnelle et pendant laquelle l'Administration devra faire connaître ses intentions et que d'autre part, le cocontractant ne peut subir une résiliation qui porterait « *une atteinte excessive [*à ses*] intérêts*». C'est donc au cours de cette procédure contradictoire que l'Administration devra faire connaître au juge-commissaire ses arguments sur les deux conditions de fond qui sont applicables à cette modalité de résiliation : la nécessité de la résiliation pour le débiteur et l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général[1030]. Quelle que soit la volonté de l'Administration dans cette procédure, elle pourra être défendue au cours de cette procédure contradictoire.

683. Puisque l'administrateur est tenu de procéder à la résiliation en cas d'incapacité financière du débiteur à exécuter ses obligations contractuelles, l'Administration pourra également lui faire connaître les difficultés financières - voire techniques[1031] – rencontrées dans la mise en œuvre du contrat et énoncer les pénalités financières encourues. Toute démonstration de l'incapacité financière du débiteur à faire face financièrement à l'exécution devrait conduire à une résiliation de plein droit par l'administrateur.

684. En tout état de cause, l'Administration contractante n'est pas dépourvue de toute voix en amont des décisions prises pendant la période d'observation. Il importe donc qu'elle fasse connaître

[1030] Art. L. 622-13, IV. du code de commerce.

[1031] L'on peut en effet envisager des difficultés techniques liées au défaut de trésorerie du débiteur pour acquérir les matériaux nécessaires à l'exécution de travaux ou de fourniture de meubles.

intelligemment à l'administrateur ses intentions et le bienfondé de ses arguments quant au devenir des contrats administratifs dont l'exécution serait mise en péril par les difficultés de son cocontractant.

685. **La mise en œuvre d'une résiliation unilatérale consécutive à un cas d'exclusion de la commande publique** – L'article L. 2141-3 du code de la commande publique prévoit les cas dans lesquels les entreprises en difficulté peuvent faire l'objet d'une exclusion de la commande publique. En cours d'exécution, l'article L. 2195-4 du même code prévoit les conditions d'information de l'Administration contractante et de mise en œuvre des résiliations subséquentes :

> *« Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. /L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif.*
> *Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code. »*

Selon la DAJ, le défaut d'information du cocontractant sur son placement en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire est fautif et justifierait la résiliation du contrat de la commande publique[1032]. Conformément à l'alinéa 2 de la disposition précitée, le recours à la mise en demeure adressée à l'administrateur est l'unique voie de résiliation, y-compris pour cause d'exclusion[1033]. Cela fait sens, en ce que ladite résiliation a pour seule cause le placement en redressement judiciaire ; toute résiliation d'office par l'Administration s'exposerait à la censure. S'expose aussi à l'annulation une décision de résiliation prononcée malgré l'ordre de continuation de l'administrateur[1034], « *sauf motif d'intérêt général caractérisé* »[1035], précise la DAJ. En revanche, à défaut d'information sur le placement en redressement judiciaire, l'Administration serait fondée à résilier de plein droit un contrat conclu avec une entreprise dont la période d'observation ne couvre pas la durée du contrat[1036]. Reste l'existence d'un flou juridique

[1032] Fiche DAJ, *Les entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public,* 1er avr. 2019 : « *il ressort de ces dispositions que le défaut d'information de l'acheteur par l'entreprise titulaire du marché quant à son changement de situation ayant donné lieu à un placement en redressement judiciaire peut fonder la résiliation par l'acheteur du marché public sans indemnité en raison du manquement fautif du titulaire à cette obligation* ».

[1033] C'est également ce que prévoient les CCAG (v. notamment art. 50.1.2. du CCAG Travaux).

[1034] CE, 24 octobre 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°87327 et 88242.

[1035] Fiche DAJ, *precit.*

[1036] *ibid.* : « *À défaut d'une telle information, en revanche, l'entreprise ne pourra pas prétendre à cette protection spécifique. Deux hypothèses doivent alors être distinguées : / - Si la période d'observation ne couvre pas la durée prévisible d'exécution du marché public, alors l'acheteur pourra, de plein*

entourant le caractère fautif du défaut d'information du cocontractant placé en redressement judiciaire ; selon la DAJ, il serait à la fois de nature à justifier une résiliation pour faute… mais il serait insuffisant à justifier la résiliation de plein droit si la cause d'exclusion n'est pas remplie. La jurisprudence aura donc à se prononcer sur ce point. En matière de liquidation judiciaire, le problème est plus simple, en ce que par principe, l'activité a vocation à s'arrêter ; la mise en demeure de l'administrateur – obligatoire selon les CCAG[1037] – devrait alors conduire à une résiliation, sauf à ce qu'une poursuite temporaire d'activité soit décidée. En tout état de cause, ces dispositions du code de la commande publique, bien que conciliatrices, sont imparfaites, en ce qu'elle font plier – sans vraiment l'affirmer – les conditions d'exclusion de la commande publique face à la procédure applicable aux contrats en cours en redressement judiciaire. Ces dispositions méritent d'être clarifiées dans leur mise en œuvre, notamment sur le caractère fautif du défaut d'information et sur la compétence précise pour prononcer la résiliation dans les cas d'exclusion. Il semble préférable de confier cette compétence à l'Administration contractante, après consultation des organes de la procédure collective, lorsque l'entreprise est effectivement frappée par un cas d'exclusion de la commande publique[1038].

686. **Du maintien d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général exogène à la procédure collective** – Il est établi qu'aucune résiliation ne peut être prononcée si elle a pour cause l'entrée en procédure collective du cocontractant débiteur. Pour autant, l'intérêt général de nature à justifier l'exercice d'une résiliation unilatérale dépasse largement la question du cocontractant. Contrairement à la procédure de résiliation pour faute, l'intérêt général qui justifie la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale est généralement exogène au comportement ou aux défaillances du cocontractant. Parmi ces motifs d'intérêt général exogènes, Antoine BOURREL citent notamment « *l'abandon pur et simple du projet (CE, sect., 22 janv. 1965, n°59122, Sté des Ets Michel Aubrun) […] des modifications dans les besoins et le fonctionnement du service public (CE, 23 mai 1962, n°41178 et 52243, Min. des Finances et des Affaires économiques c/ Sté financière d'exploitations industrielles, Rec. CE p. 342) […]. La volonté d'exploiter le service en régie constitue un motif d'intérêt général (CE, 10 juill. 1996, n°140606, Coisne)* »[1039]. Le Professeur Hélène HOEPFFNER énonce une dualité de motifs

droit, procéder à la résiliation du contrat sans avoir à saisir obligatoirement l'administrateur. / En revanche, dans l'hypothèse où la période d'observation couvre la période prévisionnelle d'exécution du marché public, l'acheteur ne pourra, sur le fondement de l'article L.2195-4 du code de la commande publique, résilier le marché: l'opérateur économique titulaire du marché ne se trouve pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner et le seul placement en redressement judiciaire ne constitue pas une faute. Mais cette situation ne met pas l'entreprise à l'abri de sanctions ou résiliation pour d'autres fautes ».

[1037] v. par ex., art. 50.1.2 du CCAG Travaux.

[1038] v. Chapitre 1 : L'accès limité des entreprises en difficulté aux contrats administratifs.

[1039] BOURREL A., *in.* TERNEYRE Ph. (*dir.*), RAPP L. (*dir.*), *Droit public des affaires*, éd. Lamy 2020, n°2152, p. 1060.

d'intérêt général. Les premiers seraient « *des raisons propres aux parties* »[1040], qui sont principalement celles qui sont précédemment citées. Il existerait ensuite des « *raisons extérieures aux parties* », telle l'évolution d'une règlementation ou d'une législation qui remettrait en cause le projet.

687. L'ensemble de ces situations, indifférentes de la situation du cocontractant n'entrent pas dans le champ de l'article L. 622-13, I. du code de commerce et pourrait ainsi justifier l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration dans l'intérêt général. Ainsi, selon Maxime MOLKHOU, « *si malgré tout, l'administrateur ne recherche pas la résiliation du marché continué, son inexécution, inéluctable, pourra justifier sa résiliation par l'administration pour motif d'intérêt général ou pour faute* »[1041]. Il en va de même pour le Professeur Stéphane BRACONNIER, qui considère, sur le fondement de la jurisprudence *Pernot, SA des établissmements Billiard*[1042], que « *si l'entreprise placée en redressement judiciaire n'est plus en mesure de respecter ses obligations contractuelles ou met en péril la continuité du service public, l'Administration est fondée à résilier le contrat, quand bien même cette carence se trouve dans les difficultés financières inhérentes à toute entreprise faisant l'objet d'une procédure de redressement* »[1043]. Les Professeurs Hubert CHARLES et Fernand DERRIDA partageaient également cette opinion doctrinale, en considérant que « *lorsque […] le syndic opte pour la continuation d'un contrat administratif, c'est la situation résultant de ce contrat qui subsiste ; en d'autres termes, la collectivité publique obtient ce qui avait été convenu, tout en conservant ses prérogatives habituelles ; elle pourra donc user de la faculté de résiliation unilatérale qui lui appartient dans tout contrat administratif […] ; elle pourra ainsi écarter les conséquences néfastes d'une continuation du contrat que lui imposerait le syndic contre sa volonté et de la sorte préserver pour l'essentiel l'intérêt général dont elle a la charge* »[1044]. Ainsi, plus ou moins amoindri – la jurisprudence pourra encore statuer sur cette question –, le pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général demeure, tout comme le pouvoir de résiliation pour faute du débiteur.

688. **La préservation pouvoir de résiliation unilatérale pour faute du cocontractant** – Les mutations contemporaines du droit des entreprises en difficulté ont conduit à une transformation de cette matière pénale et punitive en une matière réparatrice. Le constat est identique en matière contractuelle, en ce qu'aucune résiliation-sanction n'est prévue par l'article L. 622-13 du code de commerce. Ainsi, le législateur n'a pas souhaité investir les organes de la procédure collective de

[1040] HOEPFFNER H., *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 3ème édition, 2022, n°758, p.669.

[1041] MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », Dossier - Complément commande publique, hors-série, *Le Moniteur,* déc. 2014, n°2.1.1.4.

[1042] CE, 21 sept. 1990, *Pernot, SA des établissements Billiard,* n°36520.

[1043] BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique*, Éd. Le Moniteur, 6è édition, 2019, n°11.1.1.2, p.525.

[1044] CHARLES H., DERRIDA F, « *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* », *D.* 1977, chr. IV, p. 35.

pouvoirs de sanction, ni à l'encontre du débiteur, ni à l'encontre de son cocontractant. À la lecture de l'article précité et de la jurisprudence qui l'applique, l'on constate que seuls les objectifs de la procédure collective sont pris en compte dans les décisions de résiliation des organes de la procédure collective. L'article L. 622-13, I. interdit toutefois les résiliations-sanctions qui auraient pour cause l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur. Le champ du pouvoir de sanction exercé – même sans texte[1045] –par l'Administration semble donc préservé par le droit des entreprises en difficulté. L'Administration peut donc, en dehors de toute intervention ou limite venant du droit des entreprises en difficulté, prononcer une résiliation pour faute du contrat administratif[1046] [1047].

689. L'on peut en conclure que le pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration, s'il n'est pas parfaitement intact, demeure préservé du droit des entreprises en difficulté. L'effectivité des autres pouvoirs exorbitants en procédure collective est alors à interroger.

[1045] CE, 30 sept. 1983, *Comexp*, n°26611.

[1046] CAA Paris, 6 févr. 2001, *Banque Tahiti*, n°97PA02554 ; v. ECKERT G., « *Incidence du droit des procédures collectives sur les prérogatives de l'administration à l'égard de son cocontractant* », *CMP* n°8, août 2001, comm. 136.

[1047] CAA Paris, 15 juin 2015, *Port autonome de Nouvelle-Calédonie*, n°14PA01491.

B) La neutralisation de l'effectivité des autres pouvoirs exorbitants

690. Dans le conflit entre l'intérêt général poursuivi par le contrat et les objectifs de la procédure collective, il est difficile d'identifier l'agencement juridique adéquat. En effet, contrairement au cocontractant privé, l'Administration dispose dans le cadre des contrats administratifs de pouvoirs unilatéraux, de nature, parfois, à déjouer les règles propices au redressement des entreprises. Si, nous le verrons, le droit des entreprises en difficulté n'interdit pas l'usage des pouvoirs exorbitants, il est en revanche susceptible d'en limiter l'effectivité[1048].

691. **L'exercice du pouvoir de sanction dans la procédure collective** – Le droit des entreprises en difficulté n'entend pas s'opposer à la mise en œuvre des pouvoirs de sanction par l'Administration, qu'il s'agisse de pénalités financières ou de la responsabilité contractuelle pendant la procédure collective. Le premier alinéa de l'article L. 622-13, qui limite l'intervention des cocontractants à l'encontre du débiteur en difficulté, ne vise en effet que les mécanismes résolutoires. Il autorise donc en creux, la mise en œuvre de sanctions et prévoit les conditions dans lesquelles elles pourraient être exercées :

> *« Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif. »*

Cette disposition vise de toute évidence la réparation des préjudices subis par le cocontractant du fait de la défaillance du débiteur, et donc la responsabilité contractuelle – administrative en l'occurrence. Conformément au principe d'interdiction des paiement des obligations nées antérieurement au jugement d'ouverture, les dommages-intérêts nés de l'inexécution antérieure à la procédure collective seront imputés au passif de l'entreprise, s'ils sont correctement déclarés. L'on peut supposer, en miroir à cette disposition, que l'exercice de la responsabilité contractuelle en raison de défaillances postérieures au jugement d'ouverture conduira à la mise à la charge directe du débiteur, avec obligation de paiement selon les règles classiques d'exécution[1049] [1050].

[1048] Précisons à ce stade que les pouvoirs de contrôle et de direction ne seront pas abordés, en ce qu'il n'entrent pas en interaction avec le droit des entreprises en difficulté et demeurent préservés de ses contraintes. Dès lors que les contrats sont poursuivis, l'Administration reste fondée à en maîtriser l'exécution, notamment par ses ordres de service, et à en contrôler la correcte réalisation.

[1049] Art. L. 622-17 du code de commerce.

[1050] À propos des modalités de règlement des créances, v. Chapitre 4 : La perturbation de l'exécution financière.

692. La mise en œuvre de pénalités financières contractuelles n'est pas plus affectée par l'ouverture de la procédure collective. L'Administration ne peut toutefois mettre en œuvre les pénalités contractuelles qu'en application des stipulations contractuelles qui les prévoient expressément[1051]. Ces pénalités ne peuvent en outre avoir pour fondement l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cocontractant[1052]. Mais il n'existe aucun obstacle à ce que la mise en œuvre de ces pénalités forfaitaires suive un régime différent de celui de l'exercice de la responsabilité contractuelle dans la procédure collective. Les pénalités antérieures au jugement d'ouverture devraient faire l'objet d'une déclaration au passif ; les pénalités postérieures au jugement d'ouverture seraient imputables au débiteur qui serait tenu de s'y plier.

693. **Des obstacles à l'effectivité des sanctions financières** – Bien que l'Administration soit pleinement fondée – y-compris au regard du droit des entreprises en difficulté – à prononcer des sanctions financières en cas de défaillance dans l'exécution du contrat, l'effectivité de ces mécanismes est conditionnée. En premier lieu, les sanctions antérieures au jugement d'ouverture et inscrites au passif devront être déclarées conformément aux dispositions du code de commerce[1053], sous peine d'inopposabilité[1054]. Il appartiendra alors à l'Administration par le biais du comptable public de procéder à leur déclaration. En deuxième lieu, l'effet des sanctions est susceptible d'être amenuisé par l'indigence du cocontractant. L'accumulation des dettes et sanctions est de nature à provoquer la cessation des paiements en procédure de sauvegarde, ou encore la conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire, voire même de faire l'objet d'une extinction pour insuffisance d'actifs au terme de la procédure. La mise en œuvre du pouvoir de sanction relevant d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration[1055], il lui appartiendra de faire œuvre de discernement dans leur usage et parfois d'y renoncer si la situation de son cocontractant le justifie. Si l'Administration entend poursuivre la relation contractuelle et l'exécution des prestations qui en découlent, il sera sans doute préférable de renoncer au pouvoir de sanction, notamment aux pénalités contractuelles, afin de garantir la pérennité du contrat. Dans le cas contraire, l'accumulation des pénalités et dommages-intérêts imposés au débiteur seraient susceptibles de conduire à la résiliation du contrat à l'initiative de l'administrateur en raison de l'incapacité financière du débiteur. Ainsi, le pouvoir de

[1051] CE, 19 juill. 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n°392707.

[1052] Cass. com., 22 févr. 2017, *Société Lyonnaise de banque*, n°15-15.942.

[1053] Art. L. 622-24 et R. 622-21 à R. 622-26 du code de commerce.

[1054] Art. L. 622-26 du code de commerce.

[1055] CE, 15 mars 1999, *Jarnac*, n°190720 ; CE, 5 févr. 1919, *Lévy*, Lebon p. 119 ; CE, 17 mars 2010, *Cne Issy-les-Moulineaux*, n°308676.

sanction contractuelle de l'Administration est une arme à utiliser avec parcimonie et discernement, afin qu'elle produise effectivement les effets attendus.

694. **L'exercice du pouvoir de modification unilatérale dans la procédure collective** – Aucune disposition du code de commerce n'interdit expressément la modification des contrats en cours pendant la procédure collective. De la même manière qu'en matière de pouvoir de sanction, seules les actions ayant pour fondement l'entrée du débiteur en procédure collective sont censurées par la jurisprudence. Il en va notamment des modifications du contrat qui le rendraient moins favorables du seul fait de son placement en redressement judiciaire :

> *« Est interdite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire. »*[1056]

L'article L. 611-16 du code de commerce, issu de l'ordonnance du 12 mars 2014[1057] et rendu applicable à l'ensemble des procédures collectives, confirme cette limitation aux modifications aggravant les charges du débiteur « *du seul fait* » de l'ouverture d'une procédure. Ainsi, rien n'empêche *a priori* à l'Administration de prononcer une modification unilatérale du contrat – même si cette modification est de nature à aggraver les obligations du débiteur –, dès lors qu'elle est justifiée par un motif d'intérêt général. Réalisées dans les conditions juridiques et financières fixées par le droit public, les modifications unilatérales des contrats administratifs conclus avec les entreprises en difficulté ne semblent pas entrer en contradiction directe avec les dispositions du code de commerce. L'amoindrissement du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs n'est que très limité, en tout cas d'un point de vue purement juridique.

695. **Des obstacles pratiques à l'exercice du pouvoir de modification unilatérale** – L'Administration est libre de modifier le contrat, conformément aux règles de droit public et dans le sens dicté par l'intérêt général. Pour autant, là encore, il conviendra de faire preuve de mesure et de discernement. Il sera peu pertinent d'augmenter la substance des prestations contractuelles lorsque l'activité de l'entreprise est menacée par sa fragilité financière ou lorsqu'une liquidation judiciaire a été prononcée. Accroître l'ampleur prestations attendues dans le cadre d'un contrat de concession de service et obliger l'entreprise à recruter du personnel pour la gestion d'un service

[1056] Cass. com. 14 janv. 2014, *Me Emmanuel Malfaisan*, n°12-22.909.

[1057] Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, art. 14.

public alors que la pérennité de l'entreprise est en jeu est également déconseillé. Ainsi, outre la règle de droit, l'Administration sera soumise à la loi des faits et souvent à l'impossibilité matérielle pour l'entreprise en difficulté de supporter une modification du contrat. Une modification brutale du contrat administratif – si tant est que l'hypothèse existe au regard des limitations prévues par la jurisprudence administrative – pourrait conduire l'administrateur à demander au juge-commissaire la résiliation du contrat.

696. À la recherche de cette confrontation attendue entre les règles de la procédure collective et les pouvoirs de l'Administration contractante, l'on ressort quelque peu surpris des très faibles interactions réciproques entre ces deux branches du droit exorbitantes et à vocation générale. Sans doute leur ignorance réciproque a-t-elle conduit à ce qu'aucun régime juridique *ad hoc* n'ait été élaboré.

§2. Une altération mesurée des régimes exorbitants

697. De l'analyse et de la confrontation des règles de droit déployant un régime exorbitant applicables aux entreprises en difficulté et aux contrats administratifs, il faut tirer les conclusions. De manière peu singulière au regard des précédents développements, l'on n'identifie aucun tempérament aux règles du droit des entreprises en difficulté applicables aux contrats en cours, même lorsque l'Administration ferait usage de ses pouvoirs exorbitants (A). Il est bien plus surprenant de constater que, parallèlement, l'Administration conserve l'essentiel de ses pouvoirs exorbitants à l'encontre de son cocontractant en difficulté (B).

A) L'absence d'altération directe des règles exorbitantes de la procédure collective

698. Contrairement à l'idée initialement attendue d'une conciliation mise en œuvre avec le droit public, le droit contractuel des entreprises en difficulté ne souffre aucune remise en cause. Les pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante n'infléchissent pas les dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce ; ils s'agencent simplement dans le silence du code de commerce, démontrant ainsi une primauté évidente du droit des entreprises en difficulté en matière de poursuite des contrats en cours sur le droit public.

699. **Une application à l'identique de l'article L. 622-13 du code de commerce** – A la lecture de cet article du code de commerce, l'on réalise que l'ensemble des dispositions qu'il contient sont applicables à tout cocontractant, y-compris – et sans nuance – à l'Administration. Pour le démontrer, il convient de revenir sur l'application à l'Administration contractante de l'ensemble de ces dispositions.

700. **Le principe de continuation des contrats en cours opposable à l'Administration** – Le premier paragraphe de l'article L. 622-13 établit le principe spécifique applicable aux contrats en cours : le principe de continuation. Tout en neutralisant les mécanismes résolutoires, il agence le principe avec les règles applicables à l'interdiction de paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture et à la déclaration des créances :

> *« I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. /Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif. »*

701. Le principe de continuation est rendu applicable à l'ensemble des contrats, y-compris les contrats administratifs, dès lors qu'ils entrent dans qualification de contrats en cours[1058]. La limite de fond aux mécanismes résolutoires, c'est-à-dire la seule interdiction d'une résiliation décidée « *du seul fait* » du placement en procédure collective est également applicable aux contrats administratifs[1059]. Les créanciers publics sont également contraints par l'interdiction de payer les créances antérieures et à l'obligation de déclaration desdites créances au passif[1060]. L'ensemble de ces dispositions est donc intégralement applicable à l'Administration contractante.

702. **La faculté pour l'administrateur d'imposer la poursuite du contrat** – Le deuxième paragraphe de l'article L. 622-13 établit le cadre applicable à la mission spécifique de l'administrateur dans la mise en œuvre du principe de continuation ainsi que la limite à ce principe :

> « *II. - L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. /Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.* »

703. L'attribution de compétence à l'administrateur – le cas échant au débiteur lui-même ou au liquidateur – pour faire respecter le principe de continuation n'est qu'une question organique. Dès lors que, l'Administration est soumise au principe[1061], il n'existe aucun obstacle à ce que l'administrateur impose au cocontractant public du débiteur de poursuivre l'exécution du contrat. De même, puisque l'Administration contractante est soumise au droit d'option, il n'existe aucun obstacle à la pleine applicabilité de cette disposition qui permet la résiliation de plein droit par l'administrateur en cas d'incapacité financière du débiteur. L'ensemble de cette disposition est également applicable aux contrats administratifs.

1058 Cass. com., 2 mars 1993, n°90-21.849.

1059 CAA Nantes, 10 juin 1993, *Société auxiliaire agro-alimentaire*, n°91NT00139 ; CE, 20 juill. 1988, *Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB)*, n°48036.

1060 CE, 20 janvier 1988, *Sté anonyme Compagnie française du groupe Jossermoz*, n°65580 ; CE, 17 déc. 1999, *Moine*, n°199598 ; CAA Marseille, 14 févr. 2011, *Sté Bruyas*, n°07MA04607.

1061 Cass. com., 2 mars 1993, n°90-21.849, *precit.*

704. **L'opposabilité à l'Administration des résiliations de plein droit par les organes de la procédure collective** – Le troisième paragraphe de l'article L. 622-13 établit les deux conditions dans lesquelles l'administrateur peut résilier le contrat en cours de son propre chef :

> *« III. - Le contrat en cours est résilié de plein droit : / 1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ; / 2° A défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. »*

705. Il résulte d'une jurisprudence constante, tant de la juridiction judiciaire que de la juridiction administrative, que la mise en demeure de l'administrateur de statuer sur la poursuite du contrat administratif en cours est la voie classique et opposable à l'Administration pour provoquer la résiliation d'un contrat[1062]. Comme cela a pu être précédemment abordé, il n'existe aucun obstacle à ce que l'option exercée en raison de l'incapacité financière du débiteur ne soit pas opposable à l'Administration. Il faut de nouveau constater que ces dispositions sont applicables *in extenso* aux contrats administratifs.

706. **L'opposabilité à l'Administration de la résiliation par le juge-commissaire à l'initiative de l'administrateur** – Le quatrième paragraphe de l'article L. 622-13 établit les conditions dans lesquelles, en l'absence de mise en demeure du cocontractant, l'administrateur peut saisir le juge-commissaire pour qu'il procède à la résiliation d'un contrat dans l'intérêt du débiteur :

> « *IV. - A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.* »

707. Comme le souligne justement Maxime MOLKHOU, « *on pourrait s'interroger sur la compétence du juge-commissaire, magistrat délégué du tribunal de résilier un […] contrat administratif* »[1063] [1064]. La Cour de cassation a pourtant affirmé sa compétence, en estimant que « *le juge-commissaire […] saisi d'un litige portant sur la résiliation de plein droit d'un contrat en cours prévue par l'article L. 641-11-1, III-1°, du code de*

[1062] Cass. com., 16 juin 2004, n°01-13.781 ; CE, 8 déc. 2017, *Me Cosme Rogeau*, n°390906 ; CAA Paris, 17 mars 2014, *Société SEE Simeoni*, n°10PA03358.

[1063] MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », Dossier - Complément commande publique, hors-série, *Le Moniteur,* déc. 2014, n°2.1.1.4 p. 20.

[1064] Cette questions sera traitée par ailleurs, notamment aux n°879 et suiv., p. 382 et suiv.

commerce, […] était seul compétent pour en connaître, peu important que le contrat ait été conclu par le délégataire d'un service public et comporte occupation du domaine public »[1065]. Cette disposition semblerait donc également applicable aux contrats administratifs.

708. **L'instauration claire d'une primauté du droit des entreprises en difficulté sur les règles contractuelles de droit public en matière de résiliation** – L'ensemble des dispositions exorbitantes de l'article L. 622-13 du code de commerce[1066] est rendu applicable aux contrats administratifs. L'absence absolue de tempérament à leur application conduit naturellement à démontrer l'existence d'une primauté des règles du droit des entreprises en difficulté qui sont relatives à la résiliation des contrats en cours pendant la période d'observation. L'idée d'une telle primauté est encore entérinée par l'intervention seulement subsidiaire des pouvoirs exorbitants de l'Administration, qui n'interviennent que dans le vide juridique laissé par l'article L. 622-13.

709. Si la place des pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante semblerait devoir être limitée par l'application absolue de l'article L. 622-13, ils sont paradoxalement très loin d'être privés de leur substance.

B) L'altération modérée des pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante

710. La mise en œuvre de mesures exorbitantes à l'encontre du cocontractant en difficulté est limitée par l'application intégrale de l'article L. 622-13. Pour autant, eu égard à la multiplicité de ces mesures et au caractère protéiforme de l'intérêt général, l'Administration conserve l'essentiel de ses pouvoirs de résiliation, de modification comme de sanction, quitte à se plier parfois aux règles du droit des entreprises en difficulté.

711. **Des obstacles modérés à l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale** – Deux obstacles limitent l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration, tous deux issus de l'article L. 622-13. Le premier est une interdiction de fond : l'interdiction de toute résiliation automatique en raison du placement en procédure collective du cocontractant ; le second est une limite procédurale, qui tient à l'application supposée prioritaire des mécanismes de résiliation prévus par le code de commerce.

[1065] Cass. com, 18 juin 2013, *Sté Malapert*, n°12-14.836, 12-19.054.

[1066] Les V. et VI ayant un intérêt très limité, en ce qu'il ne font que préciser les modalités de mise en œuvre des dispositions précédentes, ils ne seront pas abordés.

712. **L'interdiction des seules résiliations ayant pour motif l'ouverture d'une procédure collective** – Le paragraphe premier de l'article L. 622-13 du code de commerce interdit les résiliations « *du seul fait* » de l'ouverture de la procédure collective. L'Administration pourrait être tentée d'exercer son pouvoir de résiliation unilatérale en raison de la perte des critères d'accès à la commande publique, c'est-à-dire la liquidation judiciaire ou le redressement judiciaire, lorsque la durée de la période d'observation ne couvre pas la durée supposée du contrat[1067]. Pour autant, les CCAG[1068] comme le code de la commande publique[1069] prévoient qu'en ce cas, il convient de recourir aux dispositions précitées du code de commerce. Ces dispositions sont pertinentes, en ce qu'une résiliation unilatérale par l'Administration exercée en raison de perte des conditions d'accès à la commande publique serait prononcée « *du seul fait* » du placement en procédure collective, ce que ne manquerait pas de censurer le juge judiciaire. Pour autant, la limitation de fond posée par le premier paragraphe de l'article L. 622-13 du code de commerce est faible en ce qu'il permet, en creux, les résiliations exercées sur d'autres motifs. Les résiliations justifiées par un motif d'intérêt général exogène à la procédure collective ou prononcées à titre de sanction sont alors préservées. L'on peut affirmer la substance du pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration contractante est essentiellement préservée.

713. **L'application supposément prioritaire des mécanismes résolutoires de l'article L. 622-13** – Le caractère prioritaire des dispositions de l'article L. 622-13 sur les pouvoirs que détient l'Administration en matière de résiliation unilatérale est une limite procédurale au sein des rapports contractuels. Alors que l'Administration contractante pourrait habituellement prononcer unilatéralement la résiliation du contrat, dans l'intérêt général ou à titre de sanction, confrontée à la procédure collective, tout laisse à penser qu'il lui incombe de recourir prioritairement aux mécanismes de l'article L. 622-13 dès lors que la résiliation a un lien étroit avec la procédure collective. Il conviendra donc que l'Administration sollicite la résiliation auprès de l'administrateur par une mise en demeure. Pour autant, cet obstacle procédural semble relativement faible face à la palette de motifs de résiliation unilatérale dont disposent les

[1067] Art. L. 2141-3 du code de la commande publique.

[1068] Art. 50.1.2. CCAG Travaux 2021 : « *En cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. En cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-11-1 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire. La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'événement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité.* »

[1069] Art. L. 2195-4, al. 3 du code de la commande publique : « *Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code.* »

personnes publiques contractantes. Une résiliation unilatérale, sans passer par une mise en demeure de l'administrateur, pourrait toujours être justifiée par la sanction de défaillances matérielles du cocontractant dans l'exécution du contrat (malfaçons, retards excessifs, etc.) ou par un motif d'intérêt général. Le motif de résiliation pourra éventuellement trouver sa source dans les conséquences de la procédure collective ou des difficultés du débiteur, dès lors qu'il n'est pas directement lié à l'ouverture de la procédure collective. Le pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration est donc relativement préservé.

714. **De faibles limites à l'exercice des autres pouvoirs exorbitants** – Comme cela a pu être abordé précédemment, le pouvoir de sanction de la personne publique contractante est préservé dans toutes ses composantes, malgré la nécessité de déclarer les éventuelles sanctions financières au passif lorsqu'elles ont été prononcées antérieurement au jugement d'ouverture. Les obstacles juridiques à la modification unilatérale du contrat sont limités. Seules les modifications des clauses de nature à aggraver les charges sur le débiteur et qui sont motivées par le placement en procédure collective seraient censurées. La substance du pouvoir de modification unilatérale par l'Administration est donc largement préservée.

715. Ainsi, si effectivement le code de commerce soumet tous les cocontractants du débiteur, quels qu'ils soient, à des règles spécifiques et exorbitantes, les pouvoirs propres aux personnes publiques contractantes sont relativement épargnés par le droit des entreprises en difficulté.

716. **Conclusions partielles** – L'étude des textes et de la jurisprudence relatifs à la rencontre de l'exorbitance publique et de l'« exorbitance commerciale » conduit à un constat surprenant. L'application des règles relatives aux contrats en cours pendant la période d'observation est préservée ; l'exercice des pouvoirs exorbitants de l'Administration est essentiellement garanti. Il faut alors noter l'existence d'un paradoxe, celui d'une confrontation de deux régimes exorbitants qui n'est pas si explosive et spectaculaire qu'elle aurait pu le laisser penser. Les manifestations d'exorbitance semblent pouvoir s'agencer, sans nécessairement se limiter réciproquement.

Conclusion du chapitre 1

717. L'analyse des dispositions du droit des entreprises en difficulté conduit à identifier des similarités comme des spécificités de cette matière avec le droit des contrats administratifs. Si les deux matières poursuivent des objectifs radicalement opposés, des méthodes propres, elles ont pour trait commun une exorbitance évidente à l'égard du droit commun. Leur rencontre promettait donc une confrontation difficile.

718. L'on ne peut évidemment pas nier que les pouvoirs des organes de la procédure collective comme des personnes publiques contractantes sont concurrents. Ils partagent une nature commune et ont été construit dans une logique impérative, sans que soit vraiment pensée une éventuelle rencontre avec un autre régime juridique tout aussi impérieux.

719. Alors, l'Administration est contrainte de se soumettre, parfois, aux règles de la procédure collective. Elle doit accepter que la résiliation unilatérale provienne d'une décision des organes de la procédure collective, même contre sa propre volonté. De la même manière, les organes de la procédure collective sont contraints de tenir compte de la spécificité du cocontractant public et de l'intérêt général qu'il poursuit. L'Administration pourra éventuellement mettre en œuvre des mesures contraignantes, à l'encontre de la volonté des organes de la procédure collective et des intérêts poursuivis par le droit des entreprises en difficulté.

720. Mais paradoxalement, dans cette rencontre de deux régimes exorbitants, le conflit est feutré. Les organes de la procédure collective comme les personnes publiques contractantes conservent – à en croire les textes et la jurisprudence – l'essentiel de leurs prérogatives. Naît alors un second paradoxe. Celui du risque d'une neutralisation *de facto* de l'effectivité des pouvoirs exorbitants en raison de la procédure collective et le risque avéré d'une perturbation par les pouvoirs exorbitants du succès de la procédure collective. C'est la raison pour laquelle les prochains développements porteront sur l'éventualité d'une neutralisation des objectifs poursuivis par les deux régimes exorbitants ici étudiés.

Chapitre 2

La neutralisation des objectifs des deux régimes exorbitants

> *« L'étude, au titre des rapports d'obligation, de la contradiction des intérêts en droit des entreprises en difficulté, invite, au premier chef, à évoquer l'opposition entre le débiteur de la procédure et ses créanciers. Mais parce qu'elle a été le fil conducteur de l'histoire du droit des entreprises en difficulté et irradie aujourd'hui toute la matière, la conciliation des intérêts du débiteur et de ceux des créanciers est une sorte de matrice qui influence les autres conciliations auxquelles il faut procéder, dès lors qu'elle a érigé la poursuite de l'activité de l'entreprise comme valeur première »*[1070]

721. Le conflit de double exorbitance attendu laisse étrangement place à une coexistence presque pacifique des deux blocs du droit étudiés. Le propos n'est donc pas de rechercher absolument l'existence d'un conflit qui se révèle feutré, mais plutôt de rechercher les conséquences de la rencontre de l'exorbitance publique et de l'exorbitance commerciale sur les objectifs qu'elles poursuivent.

722. Cette étude conduit nécessairement à approfondir l'évidente raison d'être des contrats administratifs, la poursuite de l'intérêt général, confronté à l'exorbitance commerciale. Corrélativement, il convient de rechercher la multiplicité des intérêts présents dans les procédures collectives, souvent contradictoires, du débiteur, de ses salariés et de ses créanciers qui se manifestent par les objectifs du droit des entreprises en difficulté, clairement établis par la loi : « *permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »[1071]. L'analyse des ramifications de l'intérêt général comme de la multiplicité des acteurs et objectifs des procédures collectives conduit à une conciliation difficile, voire à une neutralisation desdits objectifs.

723. L'usage du terme d'objectifs se veut englobant. Il permet d'explorer l'esprit des dispositions textuelles comme des sources jurisprudentielles qui ont conduit à l'élaboration des régimes juridiques exorbitants, d'en rechercher les causes intrinsèques. En plus du fond des textes et des intérêts des acteurs en présence, les objectifs sont la justification de l'intervention du législateur, du pouvoir réglementaire et du juge prétorien.

[1070] LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Lamy droit des affaires*, n°183, 1er juill. 2022.

[1071] Art. L. 620-1 du code de commerce.

724. Il s'agira alors de rechercher les pistes de limitation de la neutralisation des objectifs de l'exorbitance.

725. Pour cela, il convient en premier lieu d'établir l'existence d'une neutralisation des objectifs de l'exorbitance administrative comme de l'exorbitance commerciale (Section 1), pour ensuite rechercher les pistes d'une conciliation plus aboutie et moins dommageable de ces objectifs, toujours dans une vision plus globale (Section 2).

Section 1 : Une neutralisation réciproque

726. Les précédents développements[1072] ont conduit au constat surprenant que les points d'achoppement entre les pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante et l'exorbitance commerciale propre aux entreprises en difficulté sont relativement limités. Si le droit public contractuel doit supporter quelques atténuations, l'analyse des textes et de la jurisprudence conduit à constater que la rencontre entre les deux régimes exorbitants est relativement apaisée. Le paradoxe vient de ce qu'au-delà des limitations réciproques, les régimes exorbitants en viennent parfois à se neutraliser, ou en tout cas à nuire aux les objectifs propres et prééminents que poursuivent le droit des entreprises en difficulté (§1.) et le droit des contrats administratifs (§2.).

§1. La neutralisation des objectifs de la procédure collective

727. Le premier paradoxe survient lorsque l'Administration fait usage – à bon droit – de ses pouvoirs exorbitants. La personne publique n'est certainement pas un cocontractant commun pour les organes de la procédure collective, qui sont alors confrontés à des actes de nature à réduire à néant les efforts qu'ils mettent œuvre pour poursuivre les objectifs fixés par le livre VI du code de commerce. Le paradoxe vient alors de ce que lesdits objectifs, pourtant juridiquement garantis par les textes (A), sont factuellement remis en cause par l'effet des pouvoirs exorbitants (B).

A) Des objectifs juridiquement garantis

728. Le livre VI du code de commerce établit un corpus très détaillé de règles impératives, destinées à couvrir l'essentiel des enjeux relatifs aux difficultés des entreprises. Ces enjeux, clairement identifiés, sont considérés comme prééminents, en ce qu'ils font l'objet de protections nombreuses par les textes et la jurisprudence (1), y compris contre les assauts des cocontractants quels qu'ils soient (2).

[1072] Chapitre 5 : Le conflit de double exorbitance.

1) *La prééminence des objectifs des procédures collectives*

729. Construit comme un état d'exception pour faire face à une situation d'urgence, le droit des entreprises en difficulté est fait de nombreuses dérogations au droit commun civil, commercial et des contrats. Il est l'illustration de l'adage *specialia generalibus derogant*, qui suppose sa primauté sur le droit commun.

730. **De l'existence d'une primauté du droit des entreprises en difficulté** – Nombreuses sont les décisions juridictionnelles qui ont établi la primauté du droit des entreprises sur le droit normalement applicable à un litige donné. Par exemple, en matière de droit des sûretés, la Cour de cassation a pu censurer l'application d'une disposition du code civil en considérant « *que le blocage opéré par la Caisse aboutissait à vider de son sens "le potentiel" de la procédure de redressement judiciaire* »[1073]. Cette même juridiction a également pu priver du bénéfice de la procédure de surendettement un professionnel libéral, en considérant que l'activité commerciale qu'il exerçait nécessitait l'ouverture d'une procédure collective[1074]. L'on trouve la même solution en droit des assurances[1075] et dans l'essentiel des branches du droit privé. Le droit des contrats administratifs ne fait pas exception à cette primauté[1076]. Au-delà des règles impératives et prééminentes du droit des entreprises en difficulté, la décision précitée qui évoquait « *le potentiel* » des procédures collectives conduit à considérer les intérêts propres à la procédure collective, ses objectifs.

731. **Des objectifs divergents poursuivis par le droit des entreprises en difficulté** – La définition des objectifs des procédures collectives est établie par les articles L. 620-1, L. 631-1 et L. 640-1 du code de commerce. En ce qui concerne les procédures de sauvegarde de redressement judiciaire, ces objectifs sont de « *permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »[1077] ; en liquidation judiciaire, il s'agit de « *mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* »[1078]. En liquidation, l'objectif est unique, tourné vers les créanciers ; l'activité cesse et l'apurement du

[1073] Cass. com., 22 janv. 2020, n°18-21647.

[1074] Cass. com., 18 févr. 2016, n°14-29.223 ; ATSARIAS S., « *Les relations du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement* », *in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 313-326.

[1075] Cass. com., 15 nov. 2016, n°14-27.045.

[1076] Cass. com., 16 juin 2004, n°01-13.781.

[1077] Art. L. 620-1 et L. 631-1 du code de commerce.

[1078] Art. L. 640-1 du code de commerce.

passif est réalisé dans l'ordre des priorités puis au marc le franc. En sauvegarde et redressement judiciaire, en revanche, les objectifs sont multiples, voire contradictoires. Ils tiennent compte de l'intérêt de l'entreprise (poursuivre son activité), l'intérêt des salariés (préserver l'emploi) et l'intérêt des créanciers (apurer le passif). Les organes de la procédure collectives sont l'émanation et les garants de ces objectifs. Si, dans une situation idéale, les objectifs peuvent être menés de front (l'entreprise poursuit son activité avec succès, maintient ses emplois et apure aisément son passif), confrontés à de graves difficultés, les organes de la procédure collectives pourraient promouvoir le prononcé de licenciements économiques pour garantir la pérennité de l'activité ; parallèlement, la poursuite d'activité serait également susceptible d'aggraver la charge de l'entreprise et de fragiliser la phase d'apurement du passif. Ainsi, il convient de considérer chacun de ces objectifs de la procédure collective tant isolément – c'est le cas respectivement de l'administrateur, du mandataire et du représentant des salariés – qu'en relation avec les autres ; c'est la lourde tâche qui incombe au juge-commissaire, arbitre de la procédure collective. Quel objectif de la procédure collective devrait primer ?

732. **La nécessité d'une hiérarchisation des objectifs de la procédure collective** – Divers auteurs[1079] s'interrogent sur la nécessité d'une hiérarchisation des objectifs à divers stades de la procédure. C'est le cas du Professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, qui affirme que :

> « *Le traitement des difficultés des entreprises exige un arbitrage permanent entre des intérêts contradictoires : intérêts de l'entreprise, des créanciers, des salariés, de l'État… C'est pourquoi il est indispensable d'établir une hiérarchie entre eux.* »[1080]

Pour parvenir à cette nécessaire hiérarchisation, il faut se référer à leur traitement contentieux, en ce que le juge a nécessairement été confronté à cet impératif d'arbitrer entre les différents intérêts présents dans la procédure collective. Selon l'autrice précitée, « *les juges du fond ont décelé* […] *un principe d'interprétation qui commande la primauté du sauvetage de l'entreprise sur les autres buts poursuivis et, particulièrement sur l'apurement du passif* »[1081]. Il en résulte que « *la hiérarchie des intérêts commande la poursuite des contrats. Lorsque le juge-commissaire est appelé à se prononcer sur les contrats en cours, il doit être guidé,* […] *par le seul souci de la sauvegarde de l'entreprise et en vérifiant l'absence d'une atteinte excessive aux*

[1079] MAY J.-C., « *La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires* » : *LPA* 1987, n°141, p. 18.

[1080] SAINT-ALARY-HOUIN C., « *Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives* », BJE, mai 2016, n°113k4, p. 223.

[1081] *ibid.*

intérêts du cocontractant »[1082]. La hiérarchisation ici énoncée est claire, en ce que l'intérêt du cocontractant est relégué à la censure d'une « *atteinte excessive* » seulement. Pour le Professeur Francine MACORIG-VENIER, l'ordre des priorités est très clair : « *la procédure de redressement judiciaire a pour but dans l'ordre des priorités, la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et, en dernier lieu, l'apurement du passif de sorte que dans la logique du système qu'il prévoit, toute mesure qui sauvegarde l'entreprise ou l'emploi doit être adoptée même si elle ne permet pas d'assurer le paiement total ou partiel du passif* »[1083]. Si l'on en croit ces analyses de la jurisprudence et cette interprétation de la mise en œuvre des objectifs de la procédure collective, il est peu probable que l'intérêt du cocontractant – soit-il une personne publique – soit réellement pris en compte lorsque la poursuite de l'activité et la sauvegarde de l'entreprise sont en jeu. Selon les préoccupations de l'Administration contractante, spécifique à un contrat administratif donné, son intérêt peut diverger ou converger avec les priorités de la procédure collective. Pour conclure, l'intérêt de l'Administration, sans être nécessairement contradictoire avec les besoins de la procédure collective, n'est pas prioritaire en tant que tel pour les organes de la procédure collective.

733. De la prééminence ici illustrée des objectifs du droit des entreprises en difficulté résulte la primauté des règles de la procédure collective sur les intérêts des cocontractants, quels qu'ils soient.

2) *La primauté reconnue des règles de la procédure collective à l'égard des cocontractants publics*

734. La primauté du droit des entreprises en difficultés est largement établie par les textes comme la pratique jurisprudentielle. Elle l'est tout autant à l'égard des cocontractants publics dans le cadre de contrats administratifs, comme l'établissent tant le droit privé que le droit public.

735. **La reconnaissance par le droit privé de la primauté des règles de la procédure collective sur le droit des contrats administratifs** – Le code de commerce et la jurisprudence commerciale appliquent aux cocontractants quels qu'ils soient des règles dérogatoires au droit commun des contrats. Les textes, en premier lieu, ne s'intéressent pas spécifiquement aux contrats administratifs ou à la qualité du cocontractant. Seules les notions de « *contrat en cours* » et de « *cocontractant* » sont abordées par l'article L. 622-13 et ses déclinaisons du code de commerce, sans jamais distinguer selon la nature des contrats et cocontractants – à l'exception des contrats de

[1082] *ibid.*

[1083] MACORIG-VENIER F., note *LPA* 1988, n°74, p. 5.

travail et des baux qui font l'objet de dispositions spécifiques. Pour autant, la formulation très générale et sans nuance de ces règles de droit a probablement pour objectif de couvrir la matière contractuelle afin de protéger le débiteur des assauts de tout cocontractant. La jurisprudence commerciale, en second lieu, établit l'applicabilité des règles de la procédure collective aux cocontractants publics du débiteur, y-compris dans le cadre d'un contrat administratif :

> *« L'article L. 621-28 du Code de commerce étant applicable aux contrats administratifs, la cour d'appel, qui a constaté que le contrat litigieux était en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective, a justement décidé qu'en application de l'article L. 621-28 du Code de commerce, il entrait dans les attributions du juge-commissaire de statuer sur la poursuite de ce contrat. »*[1084]

La Cour de cassation applique la même solution en confirmant la compétence du juge-commissaire en matière de conventions d'occupation du domaine public[1085]. Cette solution est en réalité communément admise par le juge judiciaire et cela fait sens, en ce que la généralité des dispositions du code de commerce relatives aux contrats en cours conduit à leur application hégémonique. L'admission par le droit public de cette primauté est *a priori* plus surprenante.

736. **La concession par le droit public de la primauté des règles de la procédure collective** – L'admission par le droit public de règles qui n'entendent nullement tenir compte de l'intérêt général est conceptuellement difficile à appréhender. Et pour autant, d'abord, cette primauté est prévue par un texte de droit public, le code de la commande publique, qui admet l'application de l'article L. 622-13 du code de commerce aux contrats qui en relèvent. L'article L. 2395-2 du code de la commande publique prévoit en effet en son troisième alinéa, que :

> *« Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code. »*

Cette primauté ne semble pas, à ce stade, avoir été spécifiquement prévue par les textes régissant les autres contrats administratifs. Les stipulations contractuelles, ensuite, s'accordent largement sur l'application de l'article L. 622-13 du code de commerce. C'est le cas des CCAG qui, bien avant l'entrée en vigueur du code de la commande publique, stipulaient déjà l'application de

[1084] Cass. com., 16 juin 2004, n°01-13.781.

[1085] Cass. com., 18 juin 2013, *Sté Malapert*, n°12-14.836, 12-19.054.

l'article L. 622-13 du code de commerce aux contrats qui s'y référaient[1086]. Enfin, la jurisprudence administrative a admis l'application des dispositions du code de commerce. Elle le fait, naturellement, en vertu des textes de droit public ou des stipulations contractuelles[1087], mais également en dehors de tout texte de droit public, notamment à propos des conventions d'occupation du domaine public[1088]. Même si l'effort conceptuel et politique était conséquent, le droit public semble s'être accommodé du caractère impératif de ces dispositions du code de commerce, de sorte qu'elles sont appliquées, même sans texte, par le juge administratif.

737. Fruit d'une application convergente par le droit privé et le droit public, la primauté des règles du droit des entreprises en difficulté pendant la période d'observation ne fait aucun doute. Cet état du droit devrait conduire à ce que les objectifs du droit des entreprises en difficultés soient garantis contre les assauts des cocontractants publics. Or, il faut constater qu'il n'en est rien dans les faits.

B) Des objectifs factuellement compromis

738. Les règles générales et impératives applicables aux contrats en cours pendant la période d'observation devraient – logiquement – garantir l'entreprise en difficulté contre les actions de ses cocontractants et ainsi, garantir la réalisation des objectifs propres à cette branche du droit. Mais ce n'est pas ce qu'il faut attendre dans les faits. Confrontée à l'usage des pouvoirs exorbitants de l'Administration, la procédure collective est susceptible d'être privée de la correcte réalisation des objectifs de pérennisation de l'emploi et de l'activité (1) comme d'apurement du passif (2).

1) *Des atteintes à la pérennité de l'emploi et de l'activité économique*

739. Malgré l'effort du législateur de tenter de réduire à néant les assauts incontrôlés des cocontractants contre les contrats en cours, force est de constater d'une part, que l'intérêt à la préservation de l'entité économique et l'intérêt général se confrontent. D'autre part, l'Administration conserve une portion incompressible de pouvoirs exorbitants qui peuvent être mis en œuvre dans le vide

[1086] CCAG 2009/2014 (Art. 30.2 CCAG FCS, Art. 30.2 CCAG PI, Art. 46.1.2 CCAG Travaux, Art. 40.2 CCAG TIC, Art. 35.2 CCAG MI).

[1087] CE., 20 juill. 1988, *Sté industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB)*, n°48036 ; CAA Nantes, 10 juin 1993, *Société auxiliaire agroalimentaire*, n°91NT00139.

[1088] CE, 8 déc. 2017, *SEMMARIS, n*°390906 ; v. aussi à propos de l'interdiction des poursuites, CE, 9 déc. 2015, *Yacht Club International de Saint-Laurent-du-Var*, n°391961.

juridique laissé par l'article L. 622-13 du code de commerce. Cela conduit immanquablement à porter atteinte aux objectifs précités de la procédure collective.

740. **La divergence entre les intérêts des salariés et du débiteur avec ceux de l'Administration contractante** – Regrouper les intérêts du débiteur et des salariés a du sens lorsqu'il s'agit de préserver les contrats, en ce que, selon les termes du code de commerce, « *permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise* » permet logiquement *« le maintien de l'emploi »*. L'entreprise, tant la composante salariale que les dirigeants, partagent naturellement l'objectif de pérennité de l'activité économique. Ce n'est pas le cas de l'Administration contractante, qui ne poursuit que son intérêt propre, qui se confond de près ou de loin, par définition, avec l'intérêt général. Alors, malgré les difficultés rencontrées par l'entreprise et l'ouverture d'une procédure collective, le débiteur comme ses salariés ont tout intérêt à poursuivre l'activité, en espérant un rétablissement économique. L'intérêt général peut parfois s'accorder avec l'intérêt de l'entreprise, en ce que la continuité du service public ou la nécessité de la réalisation d'une prestation d'intérêt général suppose parfois la poursuite des relations contractuelles. Mais parfois, les besoins de l'Administration changent ou bien les défaillances de l'entreprise sont telles que l'intérêt général peut commander l'interruption de la relation contractuelle. Cette divergence des intérêts de l'Administration et de l'entreprise n'est pas purement théorique ou insolite.

741. **L'incapacité du code de commerce à déjouer toute hypothèse de résiliation unilatérale par l'Administration** – Comme cela a longuement été abordé dans le précédent chapitre [1089], des hypothèses de résiliations unilatérales pour des motifs exogènes à la procédure collective demeurent. À titre de sanction de l'inexécution ou d'une mauvaise exécution des prestations contractuelles par exemple[1090], l'usage du pouvoir de résiliation unilatérale est possible en dehors des règles de la procédure collective. La doctrine considère qu'il en va de même pour le pouvoir de résiliation unilatérale[1091], dès lors que la mesure n'est pas justifiée par le simple placement de l'entreprise en procédure collective. Alors, en dehors de toute considération liée aux objectifs de la procédure collective, l'Administration contractante peut déjouer les règles de l'article L. 622-13

[1089] Chapitre 5 : Le conflit de double exorbitance.

[1090] CE, 21 sept. 1990, *Pernot, SA des établissements Billiard,* n°36520 ; CAA Paris, 6 févr. 2001, *Banque Tahiti*, n°97PA02554 ; v. ECKERT G., « *Incidence du droit des procédures collectives sur les prérogatives de l'administration à l'égard de son cocontractant* », *CMP* n°8, août 2001, comm. 136. ; CAA Paris, 15 juin 2015, *Port autonome de Nouvelle-Calédonie*, n°14PA01491.

[1091] BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique*, Éd. Le Moniteur, 6è édition, 2019, n°11.1.1.2, p. 525 ; MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », Dossier - Complément commande publique, hors-série, *Le Moniteur,* déc. 2014, n°2.1.1.4, p. 20.

du code de commerce, au détriment des objectifs de pérennité de l'activité économique et de maintien de l'emploi.

742. **Le risque d'une altération corrélative de la pérennité de l'activité économique et de l'emploi** – Selon la nature et l'importance économique du contrat administratif résilié pour l'entreprise, l'impact de la mesure administrative peut avoir un impact significatif sur la pérennité de l'entreprise comme de l'emploi. À titre d'exemple, la résiliation d'une convention d'occupation du domaine public peut porter une très forte atteinte à l'activité de l'entreprise, en particulier si le bien public était exploité à des fins économiques, notamment lorsqu'un fonds de commerce y a été constitué[1092]. De la même manière, la résiliation d'un contrat de la commande publique aux frais et risques du cocontractant peut porter une atteinte significative à l'activité de l'entreprise en difficulté, voire précipiter son placement en liquidation judiciaire, lorsque ce contrat représentait une part substantielle de son activité. Pour les salariés, sauf à ce que le contrat concerné soit soumis à l'obligation de reprise du personnel affecté à l'activité prévu par l'article L. 1224-1 du code du travail[1093], la résiliation du contrat qui permettait ou justifiait leur emploi peut conduire au prononcé de licenciements économiques[1094], en particulier lorsque les difficultés de l'entreprise sont causées par une baisse d'activité. Ainsi, une résiliation administrative indifféremment des règles et objectifs propres à la procédure collective est susceptible de porter une atteinte réelle aux intérêts du débiteur comme à l'intérêt de ses salariés.

743. **L'inefficience de l'article L. 622-13 à protéger pleinement la poursuite de l'activité et le maintien des emplois** – Comme les faits tendent à le démontrer, l'article L. 622-13 n'est peut-être pas suffisamment protecteur des intérêts qu'il entend défendre. Sa rédaction, qui se veut pourtant générale, laisse pour autant des vides juridiques dans lesquels est susceptible de s'immiscer l'Administration contractante. Le premier alinéa de cet article, qui ne censure que les résiliations justifiées par l'ouverture de la procédure à l'encontre du débiteur, est insuffisamment protecteur des objectifs poursuivis par le droit des entreprises en difficulté. Il pourrait être rédigé de la manière suivante pour mieux protéger le débiteur :

> *« Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut être prononcée pendant la période d'observation, sauf à se conformer aux dispositions prévues aux III. et IV. »*

[1092] Art. L. 2124-32-1 du code général de propriété des personnes publiques.

[1093] À ce sujet, v. JUAN M., *Continuité de l'emploi et évolution des activités publiques*, thèse, Pau, 2012.

[1094] Art. L. 631-17 du code de commerce.

Une telle rédaction aurait une portée plus générale et interdirait purement et simplement l'exercice par l'Administration de son pouvoir de résiliation unilatérale pendant la période d'observation et la conduirait à passer nécessairement par les mécanismes résolutoires des paragraphes III. et IV. de l'article L. 622-13… au détriment du pouvoir de sanction et en faisant fi de l'intérêt général.

744. Le pouvoir de résiliation unilatérale de la personne publique contractante est de nature à déjouer la réalisation des objectifs des salariés et de leur dirigeant en procédure collective. Mais les autres pouvoirs exorbitants de l'Administration sont également susceptibles de porter atteinte à l'intérêt qu'ont les créanciers à l'apurement du passif.

2) *Une complexification de l'apurement du passif*

745. Dernier objectif en sauvegarde et redressement judiciaire, seul objectif en liquidation judiciaire, l'apurement du passif permet de purger l'entreprise de ses dettes et donc de mettre à fin aux difficultés financières qui conduisent à l'ouverture de procédures collectives. L'apurement du passif n'est donc pas un sujet secondaire ; il est l'objet ultime du droit des entreprises en difficulté. L'usage de certains pouvoirs exorbitants de l'Administration, tels que les pouvoirs de sanction et de modification unilatérale, sont néanmoins susceptibles de complexifier l'apurement du passif au terme de la période d'observation.

746. **L'intérêt collectif des créanciers à limiter l'accroissement du passif** – S'il est érigé par le code de commerce comme un objectif général des procédures collectives, l'apurement du passif est avant tout l'intérêt des créanciers. Comme l'affirme le Professeur Karl LAFAURIE, l'intérêt des créanciers et celui du débiteur doivent être conciliés :

> *« Parce qu'elle a été le fil conducteur de l'histoire du droit des entreprises en difficulté et irradie aujourd'hui toute la matière, la conciliation des intérêts du débiteur et de ceux des créanciers est une sorte de matrice qui influence les autres conciliations auxquelles il faut procéder, dès lors qu'elle a érigé la poursuite de l'activité de l'entreprise comme valeur première. »*[1095]

747. Néanmoins, pour le Professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, la divergence des intérêts des créanciers avec ceux du débiteur ne doit pas être caricaturée :

[1095] LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Lamy droit des affaires*, n°183, 1er juill. 2022.

> *« Les intérêts en présence ne sont pas nécessairement divergents. Ainsi, les créanciers sont aussi, pour beaucoup des cocontractants de l'entreprise qui souhaitent qu'elle soit sauvée pour continuer à commercer avec elle. Le sauvetage d'une entreprise est aussi le maintien d'un client. Dans bien des cas, la décision prise témoigne d'une convergence des intérêts pris en considération. C'est une approche différente de la hiérarchisation des intérêts. »*[1096]

La réflexion ici menée est largement partagée. La divergence des intérêts dans la procédure collective n'est pas totale et exacerbée.

748. Pour autant, il existe une divergence d'intérêts potentielle entre les différents créanciers, voire entre les créanciers et les cocontractants : « *la contradiction des intérêts des créanciers trouve sa source naturelle dans la situation de concurrence que ceux-ci connaissent, lorsqu'ils sont plusieurs, pour se faire payer par un seul et même débiteur* »[1097]. C'est la raison d'être du mandataire judiciaire, qui représente l'intérêt collectif des créanciers, ce qui ne se confond pas avec l'intérêt de chaque créancier. La Cour de cassation expose très clairement ce principe selon lequel le mandataire – en l'espèce, le liquidateur – « *ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers* »[1098]. C'est un rôle difficile, en ce que le mandataire est chargé de « *la préservation du gage commun, critère de l'intérêt collectif* »[1099] auprès des autres organes de la procédure collective, mais aussi d'arbitrer entre les intérêts individuels de chaque créancier, dans l'espoir de faire émerger l'intérêt collectif. La doctrine considère d'ailleurs que la mission de représentation collective des intérêts est une illusion. Le Professeur Corinne SAINT-HALARY-HOUIN estime que :

> *« La formulation légale ne correspond pas à la réalité des choses car, dans bien des cas, le mandataire judiciaire n'agit, en réalité, que dans l'intérêt de quelques créanciers […] Dès lors, il faut conclure que l'intérêt collectif ne peut être arithmétiquement celui de tous les créanciers. »*[1100]

[1096] SAINT-ALARY-HOUIN C., « *Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives* », BJE, mai 2016, n°113k4, p. 223, *precit.*

[1097] LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Lamy droit des affaires*, n°183, 1er juill. 2022, *precit.*

[1098] Cass. com., 13 mars 2012, n°11-15.438.

[1099] LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Lamy droit des affaires*, n°183, 1er juill. 2022, *precit.*

[1100] SAINT-ALARY-HOUIN C., « *Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives* », BJE, mai 2016, n°113k4, p. 223, *precit.*

Cette opinion doctrinale est rejointe par celle du Professeur Karl LAFAURIE, qui énonce :

> *« La répartition du gage commun, exclue de l'intérêt collectif - Contradiction irréductible d'intérêts - Autant les actions tendant à la préservation du gage commun intéressent la collectivité des créanciers, autant la répartition du gage commun n'est pas transcendée par un intérêt collectif puisqu'elle a des conséquences différentes pour chacun des créanciers. »*[1101]

La présence d'un cocontractant public du débiteur – qui peut d'ailleurs être également un créancier chirographaire – dans la procédure collective est susceptible d'exacerber la divergence des intérêts individuels des créanciers lorsqu'il est fait l'usage des pouvoirs de sanction, voire de modification unilatérale du contrat administratif.

749. **L'accroissement du passif par la mise en œuvre des sanctions contractuelles** – Qu'elles relèvent du régime des pénalités financières ou de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, les sanctions contractuelles prononcées par l'Administration sont susceptibles d'accentuer significativement la charge financière qui pèse sur le cocontractant en difficulté. Le CCAG travaux prévoit en effet que les retards d'exécution du titulaire peuvent entraîner le versement de pénalités journalières de « *1/3 000 du montant hors taxes de l'ensemble du marché, de la tranche considérée ou du bon de commande* »[1102] et que les pénalités peuvent atteindre au total 10% dudit montant[1103]. L'INSEE estimant que la marge moyenne en matière de construction n'est que de 21,1%[1104], de mauvais calculs de rentabilité, une augmentation du prix des matériaux ou des malfaçons sanctionnées via la responsabilité contractuelle, ajoutés à des pénalités conséquentes peuvent rendre un marché déficitaire pour l'entreprise en difficulté. Cette situation peut alors conduire à un accroissement démesuré du passif, au détriment de l'ensemble des créanciers. Dès lors, l'intérêt des créanciers peut s'opposer à la mise en œuvre des sanctions contractuelles par l'Administration. L'intérêt collectif des créanciers favorisera davantage la résiliation du marché que sa poursuite dans des conditions financières dégradées

---

[1101] LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Lamy droit des affaires*, n°183, 1er juill. 2022, *precit.*

[1102] Art. 19.2.3 du CCAG Travaux.

[1103] Art. 19.2.2 du CCAG Travaux.

[1104] INSEE, Ratios de la construction par activité, données annuelles 2019, paru le 7 octobre 2021 : https://www.insee.fr/fr/statistiques/2015613#:~:text=Le%20taux%20de%20marge%20est,ajout%C3%A9e%20de%2032%2C3%20%25.

750. **L'accroissement éventuel du passif en raison de modifications unilatérales du contrat** – Le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration contractante[1105] est largement encadré par le droit public[1106]. Le juge administratif[1107], le code de la commande publique[1108], comme les stipulations contractuelles[1109], limitent en effet les modifications pouvant être apportées au contrat, en consacrant notamment comme principe général du droit des contrats administratifs le maintien du droit à l'équilibre financier du contrat[1110]. Néanmoins, ce droit à l'équilibre financier, « *mal nommé* »[1111] selon Nil SYMCHOWICZ, n'est pas absolu. Il ne permet pas au cocontractant d'exiger en toutes circonstances le rétablissement de l'équilibre financier du contrat :

> « *Disons-le d'entrée le droit au maintien de l'équilibre financier du contrat est particulièrement mal nommé. Sa dénomination est en effet autant prometteuse que son contenu est en réalité vide. S'il paraît établi que ce droit englobe les célèbres droits financiers exorbitants du cocontractant de l'Administration représentés par la théorie du fait du prince, l'imprévision ou le pouvoir de modification unilatérale du contrat, on ne peut que constater l'inexistence d'un véritable droit, et donc du principe qui en découle, tout au moins tel qu'il est formulé.* »[1112]

751. Ce principe est toutefois appliqué en matière de modifications unilatérales du contrat administratif. Pour le Professeur Dominique POUYAUD, il existe un « *caractère d'ordre public de l'obligation pour l'Administration de rétablir l'équilibre financier rompu par son action contractuelle* » ; « *le caractère d'ordre public de mutabilité du contrat administratif s'étend à l'indemnité qui en constitue la contrepartie* »[1113]. Toutefois, il faut noter que l'indemnité ainsi versée ne peut compenser que les conséquences financières causées par la modification unilatérale. C'est l'enseignement que l'on

[1105] CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n°16178 ; BLUM L., conclusions, Rec., p. 218.

[1106] Fiche DAJ, *Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution*, 1er avril 2019.

[1107] v. par ex., CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027.

[1108] v. à propos des marchés publics, art. L.2194-1 à L.2194-3 et R. 2194-1 à R. 2194-10 du code de la commande publique.

[1109] v. par ex., art. 30 du CCAG Travaux.

[1110] LAUBADERE (de) A., DELVOLVE P., MODERNE F., *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, n°719 ;; art. L. 2194-2 du code de la commande publique ; CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027, *precit*, CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu la Napoule*, n°318617.

[1111] SYMCHOWICZ N., « *L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs* », Mélanges en l'honneur du Pr. Laurent RICHER ; *A propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 466.

[1112] *ibid.*

[1113] POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, Bibl. droit publ.,, 1991, p. 254-255 ; v. aussi TERNEYRE Ph., *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, Economica, 1989, p. 236.

peut tirer de la jurisprudence *Commune de Douai*[1114], qui fait obstacle à l'obligation du versement d'une indemnité supérieure au préjudice causé par la mesure exorbitante prononcée. Ainsi, le droit à l'équilibre financier des contrats administratifs n'inclut pas les erreurs de chiffrage ou le comblement du déficit d'exploitation. Une telle hypothèse reviendrait par exemple à remettre en cause la définition même des concessions[1115]. Elle est donc exclue d'emblée.

752. La perception d'une indemnité couvrant les conséquences financières d'une modification unilatérale n'est, donc, pas suffisante pour rassurer les créanciers. Elle l'est d'autant moins lorsque la modification unilatérale conduit à exiger du débiteur en difficulté la réalisation de prestations supplémentaires[1116] imprévues au contrat, dont l'exécution a d'ores et déjà été grevée par des sanctions contractuelles ou une exploitation déficitaire. Malgré la protection du cocontractant soumis aux pouvoirs exorbitants des personnes publiques, l'accroissement du passif en raison d'une modification unilatérale n'est pas exclu et peut être décidé à l'encontre de l'intérêt collectif des créanciers.

753. Qu'il s'agisse du pouvoir de sanction ou du pouvoir de modification unilatérale du contrat administratif, la mise en œuvre de ces pouvoirs exorbitants peut avoir pour conséquence de porter atteinte à l'objectif d'apurement du passif ainsi qu'à l'intérêt collectif des créanciers. Paradoxalement, alors que la continuation des contrats est initialement conçue comme un moyen de redressement, elle peut constituer une charge pour le passif, en raison de la mise en œuvre contrainte des pouvoirs exorbitants de l'Administration.

754. Malgré la préservation apparente des règles de la procédure collective, dans les faits, les pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes sont susceptibles de porter préjudice aux trois objectifs affichés du droit des entreprises en difficulté et de porter atteinte aux intérêts de l'ensemble des acteurs de la procédure collective. Cela est réciproque, en ce que la procédure

---

[1114] CE, 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n°342788 : « *lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus* ».

[1115] Art. L. 1121-1 du code de la commande publique.

[1116] Art. R. 2194-2 à R. 2194-4 et R. 3135-2 à R. 3135-4 du code de la commande publique.

collective peut compromettre l'effectivité des pouvoirs exorbitants et la protection de l'intérêt général.

§2. La neutralisation des objectifs de l'exorbitance publique

755. Il a été précédemment constaté que, si les pouvoirs exorbitants sont affectés par les règles de la procédure collective, ils ne le sont que marginalement[1117]. La prééminence de l'intérêt général et du principe de continuité du service public conduit à ce que l'essentiel des pouvoirs exorbitants de l'Administration puissent être mis en œuvre, y compris pendant la période d'observation où le droit des entreprises en difficulté limite drastiquement les droits des cocontractants d'exercer des mesures à l'encontre du débiteur. Pourtant, l'on constate à nouveau un paradoxe. Si ces pouvoirs exorbitants, manifestation de l'intérêt général, sont épargnés (A), leur effectivité – et donc l'intérêt général qu'ils véhiculent – est amoindrie dans les faits (B).

A) Des pouvoirs juridiquement préservés

756. Il est établi que l'exorbitance administrative n'est pas censurée par les textes et la jurisprudence relatifs aux difficultés des entreprises. Si l'on excepte un certain nombre d'hypothèses ponctuelles de restrictions à l'exercice des pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes, la substance de l'intérêt général ne semble pas affectée (1), pas plus que les différents pouvoirs exorbitants dont elles disposent (2).

1) *La prééminence de l'intérêt général épargnée*

757. Les premières lignes du rapport du Conseil d'État de l'année 1999 établissent le caractère central de l'intérêt général dans l'action administrative ; « *l'intérêt général est regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique, dont il détermine la finalité et fonde la légitimité* »[1118]. Puisque l'intérêt général est effectivement à la fois la finalité du droit public et la justification de son exorbitance, il convient d'identifier la place qui lui est laissée, lorsque l'Administration est confrontée à la procédure collective de son cocontractant.

758. **Réflexions sur la substance de l'intérêt général** – De l'aveu même du Professeur Didier TRUCHET, auteur d'une thèse[1119] et spécialiste de la question de l'intérêt général, sa définition reste vaine :

[1117] Chapitre 5 : Le conflit de double exorbitance.

[1118] Rapport du Conseil d'État 1999, « *Réflexions sur l'intérêt général* », p. 245.

[1119] TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État,* LGDJ, 1977.

> « *Il m'a toujours semblé vain de tenter de donner une définition abstraite de l'intérêt général. Pas seulement vain : dangereux aussi, car ce serait trahir les qualités* […] *qui en font l'utilité.* […] *Peut-on définir l'intérêt général autrement qu'à un niveau tellement élevé d'abstraction que l'on frise la tautologie, sans plus-value explicative ? Selon mon expérience, non. En tout cas, il est aisé d'observer que ni le législateur, ni le juge ne l'ont tenté.* »[1120]

Nul ne saurait donc s'y risquer. La doctrine s'accorde toutefois généralement sur des éléments caractéristiques tels que « *les besoins de la population, identifiés par les pouvoirs publics, en un lieu donné, à un moment donné* »[1121]. L'intérêt général transcende alors la somme des intérêt particuliers, de sorte qu'il diffère de l'intérêt collectif. Ainsi, contrairement à la multiplicité des intérêts – individuels et collectifs – présents dans la procédure collective, il existerait un intérêt général, unique mais protéiforme et mouvant, qui transcenderait l'ensemble des intérêts que poursuivent les collectivités publiques. Or, selon les autrices précitées, « *l'intérêt public recouvre l'intérêt des collectivités publiques* »[1122], comme le confirme l'article L. 100-2 du code des relations entre le public et l'Administration : « *l'administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité* ». Alors, puisqu'elles ne poursuivent que l'intérêt général, ce n'est qu'au nom de cet intérêt général que les personnes publiques contractantes sont titulaires de pouvoirs exorbitants sur leur cocontractant. À défaut, elles se rendent coupables d'un détournement de pouvoir, constitutif d'une illégalité. Ainsi, l'Administration identifie l'existence d'un intérêt général pour fonder son action et l'exorbitance de ses pouvoirs, sous le contrôle du juge administratif. C'est le sens du droit administratif dans toutes ses composantes.

759. **La nécessaire conciliation de l'intérêt général avec les intérêts présents dans la procédure collective** – La rencontre de l'exorbitance propre aux contrats administratifs avec l'exorbitance commerciale du droit des entreprises en difficulté fait alors s'affronter l'intérêt général d'une part, et les intérêts poursuivis par les procédures collectives d'autre part. Comme le raisonnement juridique l'impose, en l'absence de hiérarchie établie entre ces normes, l'intérêt général doit être concilié avec les intérêts propres aux procédures collectives. Si l'intérêt général sort relativement épargné de cette conciliation, c'est peut-être en raison de son unicité, ou bien de la multiplicité et du caractère contradictoire des différents intérêts présents dans la procédure collective. La hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives est également un facteur à prendre en

[1120] TRUCHET D., « *La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit* », *LEGICOM* 2017/1 (n°58), Cairn, p. 5-11.

[1121] VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET, V., *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 8ème édition, 2021, p. 307.

[1122] *ibid.*

compte dans la conciliation. Lorsqu'un seul objectif du droit des entreprises en difficultés est poursuivi au détriment des autres[1123], l'intérêt général a tendance à en subir les conséquences. C'est notamment le cas pendant la période d'observation en sauvegarde et redressement judiciaire, lorsque la poursuite de l'activité est une priorité et conduit à neutraliser – certes en partie – le pouvoir de résiliation des cocontractants. C'est le cas également lorsque la liquidation judiciaire impose l'apurement immédiat du passif, au détriment de la poursuite de l'activité et que les cocontractants subissent la résiliation des contrats en cours par le liquidateur. C'est alors peut être la conclusion à tirer de cette conciliation ; l'intérêt général, unique et transcendant fait facilement plier les intérêts divergents présents au sein des procédures collectives, lorsque ceux-ci ne sont pas clairement hiérarchisés ou suffisamment bien protégés.

760. **La subsidiarité de l'intérêt général dans les procédures collectives** – Par analogie au principe de subsidiarité[1124], l'on constate l'intérêt général prospère sauf à ce que les intérêts propres au droit des entreprises en difficulté doivent être nécessairement protégés, soit par des dispositions du code de commerce, soit par l'intervention des organes de la procédure collective. En matière de limitation des pouvoirs résolutoires notamment, le législateur fait plier la volonté des cocontractants pour protéger la poursuite d'activité nécessaire à la période d'observation[1125]. De la même manière, seule l'intervention spontanée ou la mise en demeure de l'administrateur conduit à la résiliation des contrats en cours par les organes de la procédure collective – le cas échéant au détriment de l'intérêt général[1126]. Or, bien qu'impératives et générales, les règles du droit des entreprises en difficulté ne couvrent pas l'ensemble de la vie des contrats et ainsi, l'intérêt des cocontractants du débiteur est préservé.

761. **Une faible limitation de la substance de l'intérêt général** – Ainsi, à défaut d'une véritable conciliation législative et réglementaire, toujours peut-on constater que l'intérêt général sort, en apparence, relativement épargné de sa rencontre avec les intérêts individuels et collectifs présents dans les procédures collectives. On le doit au caractère contradictoire des intérêts poursuivis par la procédure collective, ainsi qu'au caractère ciblé des mesures prévues par le code de commerce pour les protéger. Alors, l'intérêt général, bien que subsidiaire, semblerait trouver toute place malgré l'application du droit des entreprises en difficulté

[1123] v. « *La nécessité d'une hiérarchisation des objectifs de la procédure collective* », n°732, p. 317.

[1124] Art. 5 du Traité sur l'Union Européenne

[1125] Art. L. 622-13, al. 1er du code de commerce.

[1126] Sauf en ce qui concerne la résiliation par le juge-commissaire, procédure dans laquelle il lui revient de contrôler que la résiliation prononcée ne porte pas « *une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* » (Art. L. 622-13, IV).

762. Les moyens rejoignant l'objectif, la même conclusion s'impose à propos des pouvoirs exorbitants, essentiellement préservés des règles de la procédure collective.

2) *Des pouvoirs exorbitants préservés*

763. Il est établi[1127] que l'essentiel de la substance des pouvoirs exorbitants des personnes publiques contractantes est préservé des règles contraignantes du droit des entreprises en difficulté. La pérennité de ces pouvoirs sert immanquablement l'intérêt général, la continuité du service public et crée une situation – bien que juridiquement complexe – de coexistence pacifique de la double exorbitance administrative et commerciale.

764. **Les pouvoirs exorbitants au service de l'intérêt général et de la continuité du service public** – Comme l'énonçait le Conseil d'État dans la phrase d'attaque de son rapport annuel de 1999, l'intérêt général est à la fois la finalité et la raison d'être de l'exorbitance du droit administratif[1128]. Les pouvoirs exorbitants sont le bras armé de l'intérêt général et de la continuité du service public, dont les personnes publiques sont les garantes. L'intérêt général conditionne à la fois l'administrativité du contrat et la mise en œuvre des mesures exorbitantes. S'il est la finalité des contrats administratifs comme de l'exorbitance, il en est aussi la source, la « pierre angulaire », la matrice. Alors, si en présence du droit des entreprises en difficulté, les pouvoirs exorbitants des personnes publiques disparaissaient, l'intérêt général se trouverait désarmé ; les contrats administratifs perdraient leur substance administrative. Ce n'est pas le constat qui s'impose.

765. **Les faibles limitations des pouvoirs exorbitants** – Sans revenir précisément sur le détail de l'analyse du conflit de double exorbitance[1129], il faut toutefois rappeler que les restrictions à l'usage des mesures exorbitantes des personnes publiques contractantes sont relativement mesurées. Une limite de fond empêche toute mesure défavorable au débiteur – résiliation ou aggravation des charges – qui serait fondée sur l'ouverture de la procédure collective. Une limite procédurale induit l'obligation de recourir aux mécanismes de l'article L. 622-13 et aux organes de la procédure collective lorsque la volonté de résiliation trouve sa cause dans les difficultés de l'entreprise. Dans un cadre juridique d'ordre public aussi limité, les pouvoirs exorbitants continuent de prospérer.

[1127] v. Chapitre 5 : Le conflit de double exorbitance.

[1128] Rapport public 1999 du Conseil d'État, « *Considérations générales – L'intérêt général* », p. 245.

[1129] *ibid.*

766. **La coexistence pacifique des pouvoirs exorbitants avec les règles de la procédure collective** – C'est la conclusion tirée du maintien d'une part évidente d'exorbitance administrative, malgré les quelques restrictions apportées par le droit des entreprises en difficulté. Alors que la confrontation de deux régimes juridiques aussi exorbitants que celui des contrats administratifs et de la période d'observation promettait un affrontement, les deux régimes exorbitants persistent et cohabitent en apparence. C'est l'illustration parfaite d'une conciliation réussie – bien qu'elle n'ait pas été intégralement pensée par le législateur – des mesures qui visent la protection de l'intérêt général avec celles qui visent la protection des intérêts présents dans la procédure collective.

767. Pourtant, la réalité semble toute autre, en particulier lorsque les pouvoirs exorbitants font face à situation de l'entreprise et un certain nombre de normes qui, sans faire directement obstacle aux mesures d'intérêt général, en entravent les effets.

B) Des objectifs toutefois ébranlés

768. Comme la mise en œuvre de mesures exorbitantes des personnes publiques contractantes est susceptible de mettre en échec les procédures collectives, l'on constate que la réalité des procédures collectives rend les mesures de protection de l'intérêt général impuissantes. Ce phénomène est dû à l'indigence financière du débiteur (1) comme à un certain nombre de conséquences de l'ouverture d'une procédure collective (2).

1) *L'intérêt général et la continuité du service public confrontés à l'indigence financière du cocontractant*

769. Le terme d'indigence désigne une situation générale de dénuement, de précarité financière, qui caractérise l'essentiel des entreprises en difficultés pendant la période d'observation. L'indigence qualifie une situation financière plus ou moins dégradée du débiteur qui justifie l'ouverture d'une procédure collective. Dès le jugement d'ouverture, la période d'observation est précisément faite pour créer une cadre juridique contraint et permettre, artificiellement, la survie de l'entreprise en dépit de sa situation. Toute mesure exorbitante qui viendrait aggraver la situation financière du débiteur serait alors contreproductive, voire totalement vaine.

770. **Les cas d'ouverture des procédures collectives** – Tant la sauvegarde que le redressement et la liquidation judiciaires ont pour cause d'ouverture des difficultés économiques. En matière de sauvegarde, le débiteur « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »[1130] ; en redressement, le débiteur, « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* »[1131]. Le critère de la cessation des paiements est également retenu en liquidation judiciaire, mais un critère supplémentaire s'y ajoute : « *le redressement est manifestement impossible* »[1132]. Ainsi, le livre VI du code de commerce crée une gradation des procédures en fonction de la gravité des difficultés financières des entreprises afin de les traiter. Leur porosité est certaine, en ce que la survenance de la cessation des paiements pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde pourra conduire à une conversion en redressement judiciaire[1133]. De la même manière, l'échec de la période d'observation d'un redressement judiciaire pourra conduire le Tribunal de la procédure collective à le convertir en liquidation judiciaire[1134]. En tout état de cause, à l'exception de la liquidation judiciaire, la période d'observation a pour objectif de réduire les charges pesant sur le débiteur afin de lui permettre de poursuivre son activité.

771. **La situation fragile de l'entreprise pendant la période d'observation** – La période d'observation est un cadre dérogatoire caractérisé principalement par ses contraintes certaines à l'égard des créanciers. Le passif antérieur au jugement d'ouverture est gelé, tout comme les poursuites. L'administrateur s'assure que les créanciers ne procèdent pas à des résiliations abusives ou à un accroissement de charges qui pèsent sur le débiteur. L'équilibre est toutefois fragile, en ce que les difficultés de l'entreprise sont souvent structurelles. C'est la raison pour laquelle les créanciers ou les cocontractants qui, dans le vide juridique laissé par les articles L. 622-13 et suivants et L. 631-14 du code de commerce, feraient peser des charges excessives sur le débiteur, briseraient cet équilibre fragile et pourraient conduire à l'impossibilité d'un redressement, à la liquidation judiciaire et à une cessation d'activité.

772. **La neutralisation de l'effectivité des sanctions à caractère financier** – Lorsqu'elle a pour cocontractant une entreprise en difficulté, l'Administration est *de facto* limitée dans l'exercice de son pouvoir de prononcer des sanctions financières. En premier lieu, des sanctions prononcées

[1130] Art. L. 620-1 du code de commerce.

[1131] Art. L. 631-1 du code de commerce.

[1132] Art. L. 640-1 du code de commerce.

[1133] Art. L. 621-12 du code de commerce.

[1134] Art. L. 631-15 du code de commerce ; Cass. com., 28 février 2018, n°16-19.422.

à l'encontre d'une entreprise en difficulté avant le jugement d'ouverture – par exemple une entreprise en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours – seraient neutralisées jusqu'à l'adoption d'un plan par le principe d'interdiction du paiement des créances antérieures[1135]. Le principe est absolu et intangible. En second lieu, des sanctions financières prononcées pendant la période d'observation ne seraient pas nécessairement honorées. Certes, l'article L. 622-13 du code de commerce prévoit que *« le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif »*. Pour autant, la mise en œuvre de ces sanctions est un exercice délicat. Si l'Administration n'a pu obtenir la résiliation par le biais de l'option, elle a tout intérêt à exécuter le contrat en sanctionnant – à bon droit – son cocontractant, pour convaincre l'administrateur du bienfondé de la résiliation[1136]. Si l'Administration souhaite que l'entreprise poursuive l'exécution, elle aura tout intérêt à faire fi des retards ; des sanctions excessives seraient susceptibles de fragiliser l'équilibre économique de la poursuite d'activité et de conduire à la liquidation judiciaire. La même limite liée à l'indigence du débiteur cocontractant doit être observée en matière de résiliation aux frais et risques[1137]. Si elle est parfaitement admise par le juge judiciaire[1138], l'Administration devra être consciente du risque d'une impossibilité pour le débiteur de s'acquitter des indemnités qui s'y attachent et du surcoût que pourrait entraîner une telle mesure pour la collectivité. Ainsi, face aux difficultés de ses cocontractants que peut subir l'Administration, cette dernière doit agir avec discernement, mesurer quelle intervention est la plus compatible avec l'intérêt général : sanctionner coûte que coûte son cocontractant pour préserver l'intérêt général que véhicule le contrat, accroître sa part dans le passif au détriment des créanciers privés ou tolérer l'imparfaite exécution pour que se poursuive l'activité d'intérêt général.

773. Malgré le maintien du pouvoir de sanctionner les défauts et retards d'exécution des contrats administratifs, l'Administration est contrainte par l'indigence de l'entreprise comme par les règles de la période d'observation. Confrontées à la situation de l'entreprise comme à la nécessité de préserver l'intérêt général, les personnes publiques contractantes sont appelées à la mesure et au discernement, pour que les mesures exorbitantes ne soient pas finalement nocives à l'intérêt général. Mais au-delà de l'évidente situation financière contrainte des entreprises en difficulté,

[1135] Art. L. 622-7 du code de commerce.

[1136] Art. L. 622-13, III., 2.

[1137] CE, 18 déc. 2020, *CCI d'Ille-et-Vilaine,* n°433386 ; CE, 23 nov. 2016, *Hospices civils de Beaune*, n°392227 ; CAA de Nantes, 1er juil. 2022, *Société Service conseil IT*, n°21NT03612.

[1138] Cass. 3e civ., 17 mars 1976, n°74-14.267 ; Cass. com., 5 juill. 1982 : Bull. IV, n°263.

divers effets de la procédure collective conduisent à neutraliser l'effectivité des pouvoirs exorbitants.

2) *L'intérêt général confronté à la logique de la procédure collective*

774. Au-delà des règles financières comme de la situation économique dégradée du cocontractant en difficulté, l'intérêt général et ses bras armés que sont les pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante font face à une somme de conséquences de l'ouverture de la procédure collective, de nature à déjouer la protection de l'intérêt public.

775. **La modification unilatérale, une vaine déstabilisation de l'entreprise en difficulté –** Outre l'aspect purement financier, la période d'observation est conçue comme un cadre particulier pour la poursuite de l'activité en sauvegarde et redressement judiciaire. Comme cela a pu être abordé précédemment, rien n'empêche ~~à~~ l'Administration contractante, pendant cette période, d'exercer son pouvoir de modification unilatérale, à condition de ne pas aggraver les charges pesant sur le débiteur du seul fait de son placement en procédure collective[1139]. Pour autant, la période d'observation est soumise à un équilibre fragile. Des modifications des modalités d'exécution ou de la substance des prestations contractuelles sont susceptibles de perturber l'équilibre de l'activité de l'entreprise, de porter atteinte à l'exécution d'autres contrats qui sont à la charge de l'entreprise. Le recours à la modification unilatérale, et non à un avenant, est significatif. Cette mesure unilatérale constitue un acte autoritaire, qui n'est rendu nécessaire que par le refus de signature d'un avenant par le cocontractant – voire l'Administrateur qui peut être titulaire du pouvoir de gestion de l'entreprise en cas de dessaisissement du gérant. L'exercice d'un tel acte d'autorité pendant la période d'observation est susceptible de pousser l'administrateur à demander à juge-commissaire de prononcer la résiliation du contrat administratif en cours. La mesure de protection de l'intérêt général est alors vaine. Dans ce conflit de double exorbitance, tout acte d'autorité appelle une réponse autoritaire de l'autre partie. C'est de cette réponse à l'exorbitance par l'exorbitance que vient la neutralisation des objectifs poursuivis par ses détenteurs. À cela s'ajoute que pour les organes de la procédure collective, l'Administration est une cocontractante comme une autre.

776. **L'Administration contractante, une créancière chirographaire –** L'Administration contractante est, certes, fondée à résilier un contrat administratif aux frais et risques de son

[1139] Cass. com. 22 févr. 2017, n°15-15.942.

cocontractant, à le pénaliser, à lui imputer des dommages et intérêts, mais il faut rappeler que les personnes publiques contractantes seront des créancières chirographaires dans l'apurement du passif. En effet, les personnes publiques contractantes, assimilées à des simples cocontractants, ne détiennent aucune des quatorze catégories de créances privilégiées inscrites à l'article L. 643-8 du code de commerce. Elles sont donc des créances chirographaires. Aborder le classement des créances contractuelles administratives dans l'apurement du passif n'est pas superflu. Il faut rappeler que parmi les 27 082 procédures collectives ouvertes en 2021, 73% d'entre elles sont des procédures de liquidation judiciaire[1140]. La liquidation judiciaire reste malheureusement l'issue pour l'essentiel des entreprises en difficulté et l'Administration ne peut le négliger. Alors, les mesures exorbitantes qui tendraient à faire peser la charge financière de l'intérêt général sur les entreprises en difficulté seraient vaines, en ce que d'une part, elles accélèreraient le mouvement vers la liquidation judiciaire. D'autre part, l'effectivité de ces mesures serait potentiellement neutralisée par le caractère chirographaire des créances et le risque d'une clôture de liquidation insuffisance d'actifs. Le risque est donc certain que ces charges financières imposées dans l'intérêt général ne soient jamais honorées.

777. L'on peut alors constater qu'à l'exception du pouvoir de résiliation unilatérale, l'ensemble des autres pouvoirs exorbitants subissent les règles et effets de la procédure collective et sont susceptibles d'être en grande partie neutralisées.

778. **Conclusions partielles** – Le mouvement est identique pour l'exorbitance propre aux procédures collectives et pour l'exorbitance publique. Toutes ces mesures sont essentiellement préservées par les textes mais neutralisées dans les faits ou par réciprocité. Telle la rencontre entre la glace et la vapeur, il ne sort de la rencontre de l'exorbitance commerciale et de l'exorbitance administrative qu'une eau tiède. Ce constat d'une rencontre de régimes exorbitants non-conciliés, aux effets nuisibles pour l'intérêt général, la continuité du service public et la réussite des procédures collectives conduit immédiatement à rechercher une meilleure articulation entre les deux matières, pour mieux réguler l'exorbitance et protéger les différents intérêts en présence.

[1140] Chiffres de l'Observatoire des données économiques du CNAJMJ, janv. 2022 https://www.cnajmj.fr/abracad-nor/2022/01/Indicateurs-Proce%CC%81dures-collectives-et-de-pre%CC%81vention-31-de%CC%81cembre-2021-VF.pdf

Section 2 : La nécessaire conciliation des régimes exorbitants

779. La rencontre de l'exorbitance commerciale et de l'exorbitance administrative dans une relation contractuelle publique n'est pas frontale au point de générer un dysfonctionnement total du droit contractuel ou de la procédure collective. Néanmoins, force est de constater que les deux régimes exorbitants en présence n'ont pas été conçus pour se rencontrer, ce qui génère une neutralisation partielle des objectifs poursuivis par l'exorbitance. Pour éviter les effets indésirables générés par ce conflit de double exorbitance, il convient d'envisager des moyens de mieux concilier les régimes exorbitants (§1) en proposant une législation conciliatrice spécifique (§2).

§1. Des éléments de conciliation envisageables

780. L'objet des présents travaux n'est pas de proposer une vision polémique ou politique, prônant soit la primauté absolue du droit public et de l'intérêt général, soit sa relégation au profit des considérations économiques du droit des entreprises en difficulté. Il s'agit plutôt de rechercher le point d'équilibre permettant la réalisation des objectifs légitimes que poursuivent ces deux branches du droit. Le problème majeur vient de ce que ces deux régimes exorbitants n'ont pas été conçus pour se rencontrer. Il convient alors de proposer une meilleure prise en compte des spécificités de la procédure collective par les personnes publiques contractantes (A) et réciproquement, de soutenir une meilleure considération des enjeux liés à l'intérêt général par le droit des entreprises en difficulté (B).

A) Pour une meilleure prise en compte de la spécificité de l'entreprise en difficulté

781. Les personnes publiques contractantes, qui poursuivent par principe l'intérêt général, ne sont pas nécessairement sensibilisées aux spécificités de la situation de leur cocontractant. Face aux défaillances du débiteur en difficulté dans l'exécution contractuelle, l'Administration peut être tentée d'user de ses pouvoirs exorbitants à l'encontre du cocontractant, comme elle le ferait avec n'importe quelle entreprise. Or, l'entreprise en difficulté n'est pas une cocontractante comme les autres, elle est à la fois en péril et sous traitement. Alors, les mesures d'intérêt général pourraient mieux tenir compte des objectifs de la procédure collective engagée (1) comme de la fragilité de la situation du cocontractant (2).

1) *La nécessaire prise en compte des objectifs de la procédure collective*

782. Confrontée aux règles et objectifs de la procédure collective, fixés par le législateur, l'Administration contractante ne peut exercer aveuglément les prérogatives qu'elle tient de l'intérêt général. Pour une relation plus sereine entre l'exorbitance publique et l'exorbitance commerciale, il est nécessaire que les personnes publiques contractantes aient connaissance de l'ensemble des intérêts en présence.

783. **La nécessité d'une prise en compte plus globale des intérêts** – L'intérêt général et l'impératif de continuité du service public suffisent généralement à justifier l'intervention de l'exorbitance publique dans la relation contractuelle. Mais en présence d'un cocontractant en difficulté, il est indéniable que le droit des procédures collectives est l'émanation d'intérêts tout aussi prééminents, que le législateur a souhaité garantir. C'est la raison pour laquelle l'intervention de l'exorbitance publique sans une connaissance fine des enjeux de la procédure collective et des effets des mesures d'intérêt général que l'Administration mettrait en œuvre, serait nécessairement dommageable tant pour la procédure collective que, peut-être, pour l'intérêt général *in fine*. C'est la raison pour laquelle les personnes publiques devraient pouvoir bénéficier d'une information plus significative sur la situation de leur cocontractant comme sur les conséquences qu'auraient leurs pouvoirs exorbitants sur la procédure collective. Seul un regard global sur les enjeux en présence permettrait de garantir une conciliation saine des intérêts en présence.

784. **La nécessité d'un avis préalable de l'administrateur quant à la mise en œuvre des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale** – Il serait néfaste pour l'intérêt général de priver l'Administration contractante de ses pouvoirs au nom des intérêts de la procédure collective, de soumettre totalement l'intérêt général aux impératifs du droit des entreprises en difficulté. Il serait tout aussi excessif de priver les acteurs de la procédure collective de leurs armes de traitement des difficultés. La conciliation est alors difficile en la matière, en ce qu'il n'est pas aisé de trouver un juste milieu, sans priver les titulaires de pouvoirs exorbitants de leurs moyens de poursuivre les objectifs fixés par la loi.

785. Peut-être faut-il alors miser sur le dialogue et l'échange d'informations, comme préalable à la mise en œuvre des pouvoirs exorbitants. L'idée est par nature controversée, en ce que l'unilatéralité est l'une des caractéristiques fondamentales des pouvoirs exorbitants de l'Administration, malgré l'habillage contractuel. Il faudrait alors permettre le dialogue, sans pour autant diluer l'unilatéralité.

C'est la raison pour laquelle pourrait être proposée la création d'une procédure préalable à la modification ou à la résiliation unilatérale des contrats administratifs conclus avec des entreprises en période d'observation. Il reviendrait alors aux personnes publiques contractantes de mettre en demeure l'administrateur de se positionner sur la mesure qu'entend mettre en œuvre l'Administration. Une telle procédure d'avis permettrait à l'administrateur de faire connaître au cocontractant public l'effet de la mesure sur l'entreprise, son avis sur la pertinence de la mesure à l'égard de l'intérêt de sauvegarde de l'entreprise, sur sa temporalité et sur ses conséquences concrètes sur la survie du débiteur. Bien évidemment, cet avis ne devrait pas pouvoir porter atteinte à l'intérêt général. Alors, un avis simple devrait être privilégié et rendu dans un délai contraint. Une telle charge procédurale permettrait à l'Administration de mieux considérer la pertinence de la mesure exorbitante. Par exemple, elle pourra renoncer à une modification unilatérale imposant des prestations supplémentaires à son cocontractant si l'administrateur estime que l'entreprise n'est pas capable de les honorer eu égard à sa situation. De la même manière, la personne publique pourra envisager de différer une mesure de résiliation pour éviter la mort de l'entreprise. Sans obliger l'Administration à tenir compte des intérêts de la procédure collective, un tel avis ferait appel au sens de la pondération et de la mesure des décideurs publics.

786. Au-delà des multiples intérêts poursuivis par les procédures collectives, les personnes publiques sont confrontées à des cocontractants fragiles, que les sanctions contractuelles sont susceptibles d'anéantir.

2) *La nécessaire prise en compte de la fragilité du cocontractant en difficulté*

787. La continuation des contrats en cours est un atout évident pour les entreprises en difficulté pendant la période d'observation. Elles sont une garantie contre l'arrêt de l'activité et le risque d'une liquidation immédiate. Mais la poursuite d'un contrat administratif peut se révéler piégeuse, notamment lorsque l'Administration, par l'application de pénalités et de la responsabilité contractuelle, rend la poursuite d'activité déficitaire.

788. **La nécessité d'un maintien du pouvoir de sanction contractuelle de l'Administration** – Il serait peu pertinent de suggérer que l'Administration soit contrainte de se dépouiller des pouvoirs de sanction financière, qui sont des garanties tant contre les retards d'exécution que contre les malfaçons. Rien ne justifie en effet de faire peser sur les personnes publiques les défaillances du cocontractant, soit-il en difficulté. Rappelons en effet que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du cocontractant de l'Administration peut être exercée en dehors de tout

aménagement contractuel ou recours au juge, en ce qu'elle découle du privilège du préalable[1141]. Alors, il sera davantage question d'aménager la mise en œuvre des sanctions contractuelles que de remettre en cause leur substance.

789. **L'opportunité d'une inscription directe au passif des sanctions contractuelles** – Sans porter atteinte à la substance même du pouvoir de sanction contractuelle administratif, l'exigibilité des condamnations pécuniaires pourrait être différée ; ces créances seraient alors inscrites au passif et soumises au plan d'apurement du passif, afin mieux préserver la trésorerie tendue de l'entreprise contractante en difficulté pendant la période d'observation. Une telle mesure, nécessairement législative, soumettrait ainsi les pénalités de retard comme les sanctions relevant de la responsabilité administrative contractuelle, au régime des créances antérieures au jugement d'ouverture. Une telle réforme pose deux difficultés majeures, qui nécessiteraient d'être levées par des dispositions législatives. En premier lieu, ces sanctions contractuelles sont aujourd'hui soumises au régime des créances postérieures, immédiatement exigibles pendant la période d'observation. Il conviendrait alors de transformer les dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce, pour différer leur exigibilité. En second lieu, une telle réforme porterait atteinte au principe d'unicité du décompte[1142] en matière de commande publique, qui implique aujourd'hui d'y faire figurer les pénalités par compensation[1143]. Ces deux obstacles levés par une intervention législative, les sanctions administrative contractuelles prononcées à l'encontre des entreprises contractantes en période d'observation ne seraient plus honorées par déduction, mais réglées lors de l'apurement du passif. Cette évolution législative faciliterait l'exécution des contrats de la commande publique par les entreprises en difficulté, soulagerait leur trésorerie nécessairement fragilisée, sans pour autant les décharger, à terme, des pénalités prononcées et de leur responsabilité contractuelle.

790. Pour autant, eu égard à l'égale importance de l'ensemble des intérêts publics et privés en présence, l'Administration ne devrait pas être la seule à subir l'infléchissement de ses pouvoirs exorbitants face à la procédure collective engagée. Des évolutions circonstancielles du droit des entreprises en difficulté peuvent également être imaginées pour mieux intégrer la spécificité de l'action administrative et de l'intérêt général qu'elle poursuit.

[1141] CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, *Lebon* 583 ; CE, 24 févr. 2016, *Département de l'Eure*, n°395194.

[1142] CE, 8 déc. 1961, *Société Nouvelle Compagnie générale des travaux*, n°44994.

[1143] CAA Douai, 16 juin 2020, *Syndicat intercommunal de valorisation des déchets ménagers du Hainaut Valenciennois,* n°19DA00468. Les pénalités sont en effet payées par compensation, déduites des paiements d'acomptes mensuels au titulaire du contrat, conformément, par exemple, à l'article 12.2.1. du CCAG Travaux.

B) Pour une meilleure prise en compte de la spécificité du cocontractant public

791. Si le droit des contrats administratifs s'accommode *de facto* d'un certain nombre de règles impératives issues du code de commerce, l'on ne peut pas dire que les normes et impératifs liés à la préservation de l'intérêt général dans les contrats administratifs soient réellement pris en compte en droit des entreprises en difficulté. C'est regrettable, en ce qu'un regard plus global sur les intérêts en présence pourrait être imposé aux organes de la procédure collective (1), tout comme une meilleure considération de la spécificité des créances publiques contractuelles (2).

1) *La prise en compte de l'intérêt général et du principe de continuité du service public véhiculés par le contrat administratif*

792. L'intérêt général étant la "clé de voute" des règles spécifiques qui sont applicables aux contrats administratifs, il est inconcevable qu'il ne soit pas mieux appréhendé par les organes de la procédure collective lorsque ces derniers statuent sur le devenir de ces conventions. Alors, sans transformer profondément le droit des entreprises en difficulté, il semble nécessaire de l'adapter afin qu'il permette une meilleure conciliation de l'ensemble des intérêts en cas de rencontre de l'exorbitance administrative avec l'exorbitance commerciale.

793. **L'impossible ignorance des enjeux d'intérêt général et de continuité du service public** – Il est clair que l'établissement d'une primauté de l'intérêt général dans la mise en œuvre des règles exorbitantes du droit des entreprises en difficulté n'est pas souhaitable, et ce, eu égard à la multiplicité des objectifs déjà poursuivis par les parties aux procédures collectives. Pour autant, dans la situation précise où les organes de la procédure collective se trouvent confrontés à un contrat administratif, l'intérêt général ne peut être ignoré. Le devenir de l'intérêt général, voire du service public concerné ne devrait pas être indifférent, notamment lors de la mise en œuvre de l'option sur la continuation des contrats. Or, les dispositions qui encadrent la mise en œuvre de l'option de l'administrateur n'imposent nullement la prise en compte de l'intérêt dudit cocontractant – soit-il une personne publique –, et que la résiliation par le juge-commissaire est simplement limitée par l'hypothèse d'une « *atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* »[1144]. La résiliation d'un contrat administratif ne devrait pas pouvoir être exercée en méconnaissance totale des enjeux de cette mesure sur l'action publique, voire les services publics concernés. Alors, de la même manière que l'Administration devrait être incitée à tenir compte de la spécificité des

[1144] Art. L. 622-13 du code de commerce.

cocontractants en période d'observation, les organes de la procédure collective devraient être incités par le code de commerce à tenir compte de la singularité des contrats administratifs et de l'intérêt général qu'ils véhiculent.

794. **La nécessité d'une prise en compte des intérêts publics dans la mise en œuvre de l'option sur les contrats administratifs** – *A minima*, peut-on proposer l'obligation de recueillir un avis simple de l'Administration, comme préalable à l'exercice du droit d'option par l'administrateur. C'était d'ores et déjà la mesure suggérée[1145] à propos de l'usage des prérogatives exorbitantes de l'Administration contractante. L'obligation de recueillir cet avis simple et rendu dans un délai restreint par l'organe de la procédure collective en charge de la mesure de résiliation (administrateur, liquidateur ou juge-commissaire) permettrait d'éviter les résiliations dont les conséquences sur l'intérêt général et la continuité du service public seraient excessives. Ainsi, sans priver complètement les organes de la procédure collective de leurs pouvoirs sur les contrats administratifs en cours, cette sollicitation d'un avis préalable les inciterait à de la mesure dans la mise en œuvre des résiliations. Cet avis leur permettrait, si ce n'est de renoncer à la résiliation de contrats administratifs essentiels pour l'intérêt général, de différer parfois des résiliations, par exemple, lorsque le principe de continuité du service public est en jeu. Tout échange sur les intérêts en présence entre les titulaires des pouvoirs exorbitants inciterait à la mesure et à la pondération ; les caractéristiques attendues d'un droit économique mature.

795. **Pour une option de résiliation spécifique aux contrats administratifs ?** – Il semble pour autant que la spécificité des contrats administratifs justifie l'existence d'un mécanisme d'option *ad hoc*, à la mesure de la prééminence des intérêts publics qu'ils recèlent. La concomitance des voies de résiliations, issues de l'article L. 622-13 du code de commerce et des prérogatives que détient l'Administration contractante n'est pas satisfaisante. L'anarchie que crée la pluralité des modes de résiliation est problématique, source d'insécurité juridique pour l'ensemble des acteurs, personnes publiques, cocontractants comme professionnels des procédures collectives. Ainsi, une voie de droit spécifique, applicable à la résiliation des contrats administratifs conclus avec des entreprises en difficulté, devrait être imaginée. L'idée d'un régime spécifique applicable à la résiliation de certains contrats en cours n'est pas inconcevable. Le législateur a d'ailleurs voulu protéger tout particulièrement « *le bail des immeubles donnés à bail au débiteur et utilisés pour l'activité de*

[1145] *« La nécessité d'un avis préalable de l'administrateur quant à la mise en œuvre des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale »,* n°784, p. 340.

l'entreprise »[1146] aux articles L. 622-14 à L. 622-16 du code de commerce. Un nouvel article pourrait donc sans peine être inséré, comme nouvelle dérogation aux dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce, pour régir les résiliations des contrats administratifs en cours pendant la période d'observation. Trois voies spécifiques de résiliation pourraient ainsi voir le jour, exclusives de tout autre mécanisme résolutoire.

796. Une première voie de résiliation pourrait être inspirée de la mise en demeure à l'administrateur de statuer sur la continuation du contrat (article L.622-13, III, 1°), au regard principalement de l'intérêt de l'entreprise en difficulté. Conformément aux précédentes préconisations, la mise en demeure par l'Administration contractante devrait être assortie d'un avis simple sur les conséquences pour l'intérêt général des deux issues de l'option (continuation ou résiliation). Pour garantir la prise en compte de l'ensemble des intérêts présidant à la décision de l'administrateur, il conviendrait d'imposer à l'administrateur une réponse expresse à la mise en demeure. Eu égard à la nécessité de prendre en considération l'intérêt général, la décision de l'administrateur devrait être motivée, au terme d'une correcte conciliation des intérêts publics avec ceux qui sont propres à la procédure collective. Cette décision pourrait également faire l'objet d'un recours suspensif devant le juge-commissaire. Ce recours permettrait au juge commercial d'apprécier, au regard des motivations de chacune des parties au litige en résiliation, si l'intérêt général a correctement été concilié avec les objectifs de la procédure collective.

797. Au-delà des résiliations prononcées par les organes de la procédure collective, il faut envisager une deuxième voie de résiliation, détenue par l'Administration contractante et tournée vers l'intérêt général. Cette résiliation, issue des prérogatives des personnes publiques contractantes, serait principalement motivée par l'intérêt général. L'existence d'une option de l'Administration contractante au sein du code de commerce permettrait d'en tracer les limites, de fond comme de procédure. En premier lieu, conformément aux précédents développements, les résiliations unilatérales administratives ne devraient intervenir qu'après recueil de l'avis de l'administrateur ou du liquidateur, afin de mesurer les conséquences de la résiliation sur l'entreprise en difficulté. En second lieu, pour assurer la conciliation de cette voie de résiliation administrative avec les dispositions protectrices du code de commerce, il conviendrait de limiter le champ de l'intérêt général aux motifs suivants : la mise en œuvre des pouvoirs de sanction, l'incapacité du débiteur à exécuter les prestations contractuelles ou à honorer ses paiements ou redevances ainsi que des motifs d'intérêt général propres à la personne publique (abandon du projet, changement de la

[1146] Art. L. 622-14 du code de commerce.

substance du projet ou d'une législation par exemple). Cet encadrement du pouvoir de résiliation unilatérale de l'Administration permettrait donc de confirmer l'interdiction des résiliations fondées sur le seul placement de l'entreprise en procédure collective. Ainsi, la création de ce dispositif *ad hoc* de résiliation unilatérale par l'Administration contractante justifierait l'interdiction de tout autre mode de résiliation administrative. Pour garantir la prise en compte de l'intérêt général, le juge administratif pourrait être chargé des recours contentieux contre la mise en œuvre de ce pouvoir de résiliation, en référé comme en plein contentieux, sur le modèle "*Béziers II*"[1147].

798. Sur le modèle de l'alinéa IV de l'article L. 622-13 du code de commerce, une troisième voie de résiliation pourrait être initiée par l'administrateur devant le juge-commissaire. Comme cela a pu être proposé à titre de recours contre la première voie d'option sur mise en demeure par l'Administration, le juge-commissaire serait amené à statuer sur la demande de résiliation en appréciant, au regard des motivations de chacune des parties, si la conciliation de l'intérêt général avec les objectifs de la procédure collective justifie la résiliation demandée.

799. L'instauration de cette triple voie de résiliation aurait la vertu de préserver les pouvoirs des trois principales autorités de résiliation et de prendre en compte systématiquement l'intégralité des intérêt publics et privés en présence. Cette inscription dans la loi de l'ensemble des modes et modalités de résiliation des contrats administratifs conclus avec des entreprises en difficulté pendant la période d'observation permettrait de clarifier l'état du droit et d'apporter plus de visibilité à l'ensemble des acteurs. L'état du droit n'en serait pas profondément bouleversé, en ce que ce nouvel article ne dérogerait pas aux I., II. et V. de l'article L. 622-13 du code de commerce. Loin d'être un sujet annexe, la question de la conciliation de l'exorbitance commerciale et de l'exorbitance administrative doit être prise en compte par le législateur.

800. Il en va de même en matière de droit financier. De la même manière que l'Administration n'est pas une cocontractante comme les autres, les créances contractuelles publiques ne devraient pas être considérées comme des créances contractuelles chirographaires.

2) *La nécessité d'une prise en compte de la spécificité des créances contractuelles publiques*

801. Au regard du droit positif, seules les créances du Trésor public ayant un objet fiscal sont considérées comme privilégiées, au détriment des créances contractuelles. Cet état du droit fait fi

[1147] CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806.

de l'importance donnée par le droit administratif à la préservation des deniers publics et justifie une proposition d'ajustement du droit applicable aux créances que détiennent les personnes publiques contractantes sur leur cocontractant en difficulté.

802. **L'ignorance de l'intérêt général financier par le droit des entreprises en difficulté** – Comme cela a pu être évoqué, notamment lors des précédents développements à propos de l'exécution financière des contrats administratifs[1148], il existe un intérêt général financier, protecteur des deniers publics, qui se manifeste par des règles budgétaires, financières et comptables nombreuses et très strictes. Par le biais du cadre budgétaire, de la séparation des ordonnateurs et comptables, de l'interdiction de consentir des libéralités, du paiement au service fait et des règles financières applicables aux contrats de la commande publique notamment, le droit public fait des finances de l'Administration un objet spécifique et très contrôlé. Il est alors surprenant que ce droit financier, lui-aussi exorbitant du droit commun, ne soit pas pris en compte par le droit des entreprises en difficulté. S'il n'est pas question de remettre en cause la priorité donnée aux créances publiques de nature fiscale ou sociale, il semble légitime d'accorder aux créanciers publics contractuels une position un peu plus enviable dans l'ordre d'apurement du passif, à la hauteur des enjeux d'intérêt général qu'ils véhiculent.

803. **La nécessité d'une inscription des créances contractuelles publiques au nombre des créances prioritaires** – L'assimilation du contractant public à tout autre cocontractant privé dans l'ordre d'apurement des créances est critiquable. Effectivement, par souci d'équité financière, le droit des entreprises en difficulté a fait de l'ensemble des créances contractuelles – à l'exception des créances salariales évidemment – des créances chirographaires, quelle que soit la nature des cocontractants. Pour autant, ce traitement uniforme des créanciers publics et privés ne tient pas compte des enjeux financiers spécifiques que connaissent les personnes publiques. Il semblerait donc nécessaire de conforter cette spécificité en rendant les créances contractuelles publiques prioritaires sur les créances contractuelles de droit commun. Une telle évolution serait la contrepartie nécessaire de l'inscription directe au passif des sanctions contractuelles, proposée précédemment[1149]. En effet, ce geste à l'adresse des cocontractants en difficulté, rendu nécessaire pour la pérennité de l'activité du débiteur, justifierait que corrélativement, le paiement des créances contractuelles publiques soit effectué prioritairement. Sans remettre en cause l'ordre général d'apurement du passif, tout en préservant le super-privilège des salariés, du Trésor public

[1148] Chapitre 4, Section 1, §1. : Un régime financier du contrat administratif protecteur des deniers publics, p. 209.

[1149] Section 2, §1., 2) La nécessaire prise en compte de la fragilité du cocontractant en difficulté, p. 341.

comme des créanciers titulaires de sûreté notamment, il semblerait alors pertinent de prévoir que les créances contractuelles publiques bénéficient d'une priorité sur autres créances chirographaires.

804. L'adaptation des règles applicables aux cocontractants publics comme des règles de droit public applicables aux entreprises en difficulté est une nécessité de sécurité juridique comme de conciliation des objectifs légitimes de l'exorbitance propre à ces deux blocs du droit. Cette adaptation ne peut provenir de la seule jurisprudence ou de la bonne volonté des acteurs concernés. Elle passe nécessairement par l'adoption d'une législation conciliatrice.

§2. La nécessité d'une législation conciliatrice

805. Les objectifs attendus de la conciliation étant établis, il convient d'établir les modalités d'adaptation réciproque des deux matières juridiques, en confirmant la nécessité d'une intervention législative (A) et en étudiant plus concrètement quelle pourrait être cette traduction législative et sa mise en œuvre (B).

A) La justification d'une intervention législative au regard du droit positif

806. La mise en œuvre des propositions de conciliation précédemment énoncées, c'est-à-dire la sollicitation d'avis simples de la partie cocontractante en amont des décisions de résiliation, l'inscription directe au passif des sanctions contractuelles, l'inscription des créances contractuelles publiques au nombre des créances prioritaires et l'instauration de voies de résiliation *ad hoc*, nécessite d'identifier les obstacles – essentiellement législatifs – à dépasser pour mieux concilier l'exorbitance administrative et l'exorbitance commerciale. L'existence d'un corpus normatif de nature législative en matière de procédures collectives nécessite, au regard de la hiérarchie des normes, que la conciliation soit opérée par le législateur. Une intervention législative semble donc à privilégier au regard du droit positif, tant en droit public (1) qu'en droit privé (2).

1) *La nécessité d'une intervention législative au regard du droit public*

807. L'exorbitance administrative est essentiellement construite par la jurisprudence administrative. Cela conduit à ce qu'il existe peu de dispositions législatives qui y sont relatives. Toutefois, les principes jurisprudentiels séculaires sont nombreux et peuvent être contrés par des dispositions législatives. En tout état de cause, il semble nécessaire de mettre en œuvre un corpus législatif – puis réglementaire – cohérent afin de parvenir aux objectifs préétablis.

808. **De rares dispositions législatives** – L'exégèse des dispositions législatives qui sont relatives aux sanctions contractuelles et aux résiliations unilatérales prononcées par l'Administration se révèle contrasté. La partie législative du code général de la propriété des personnes publiques ne comprend en effet aucune disposition digne d'intérêt qui serait propre aux résiliations, pénalités et sanctions. S'il existe peu d'occurrences dans la partie législative du code de la commande publique en matière de pénalités et sanctions[1150], les dispositions relatives à la résiliation sont plus nombreuses et substantielles. C'est le cas principalement le cas de l'article L. 6 du code de la commande publique qui prévoit l'existence d'un pouvoir pour l'Administration contractante de procéder à une résiliation unilatérale et des dispositions qui le précisent[1151]. Cette simple disposition conduit à la nécessité d'une intervention législative, eu égard notamment à la part conséquente des contrats administratifs relevant du code de la commande publique.

809. **Des principes jurisprudentiels établis** – La rareté des dispositions législatives portant sur les pouvoirs exorbitants des personnes publiques découle de la profusion de principes jurisprudentiels qui les ont établis. Qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle, source des sanctions administratives – nonobstant les pénalités, nécessairement prévues contractuellement – ou du pouvoir de résiliation unilatérale, toute l'exorbitance administrative est régie, dans ses modalités et conditions d'exercice, par la jurisprudence administrative, indistinctement[1152] sous la forme de principes jurisprudentiels voire de principes généraux du droit. Bruno GENEVOIS et Matthias GUYOMAR rattachent tant le droit des contrats administratifs que le droit de la responsabilité de la puissance publique à la catégorie du droit jurisprudentiel :

> « *On peut mentionner comme règles jurisprudentielles significatives les règles applicables* […] *aux contrats administratifs (CE, ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Lebon 246 ; AJDA 1958. 282, concl. Kahn ; D. 1958. 730, note de Laubadère), les règles générales applicables à ces contrats (CE 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Lebon 33 ; RD publ. 1984. 212, note J.-M. Auby ; RFDA 1984. 45, note Llorens), ou encore les principes généraux applicables en matière*

[1150] En matière de pénalités, v. art. L. 2711-8 relatif aux circonstances exceptionnelles, art. L. 2141-2 et L. 3123-2 relatifs aux exclusions de plein droit, art. L. 2422-7 relatif aux clauses obligatoires du contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage. En matière de sanctions, v. art. L. 2141-7 et L. 3123-7 relatifs aux exclusions facultatives.

[1151] v. chapitre relatif à la résiliation du marché (art. L. 2195-1 et suivants du code de la commande publique), à l'indemnité de résiliation des marchés de partenariat (art. L. 2235-1 et suivants), à la résiliation des contrats de concession (L. 3136-1 et suivants).

[1152] GENEVOIS B., GUYOMAR M., « *Principes généraux du droit : panorama d'ensemble – Cadre conceptuel* », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2017, n°107 : « *Il ne faut pas confondre non plus les principes généraux du droit et les solutions dégagées par le juge pour résoudre un litige, même si, dans certains cas, on peut passer insensiblement de l'une à l'autre notion. En effet, la variété des modes de formation du droit administratif jurisprudentiel rend parfois difficile l'identification en son sein des principes généraux du droit* ».

de marchés de travaux publics (CE 21 juill. 1970, Min. Équipement c/ Sté occitanienne de travaux publics, Lebon T. 1096 ; AJDA 1970. 613, chron. Labetoulle et Cabanes). »[1153]

La théorie générale des contrats administratifs[1154], bien qu'aujourd'hui remise en cause[1155] eu égard notamment à la multiplication des catégories de contrats administratifs spécifiques, perdure à travers un socle commun de pouvoirs dérogatoires du droit commun et un régime de responsabilité spécifique. C'est donc bien à la théorie générale des contrats administratifs que font face les propositions de conciliation des exorbitances publique et commerciale. Alors, pour préserver l'unité des contrats administratifs, confrontés aux procédures collectives, une intervention législative globale devrait être privilégiée, au détriment d'une réforme catégorielle.

810. **La nécessité d'une mise en cohérence législative** – Quelles que soient les différentes catégories de contrats administratifs, elles ne remettent pas en cause la cohérence globale de cet ensemble particulier de contrats. L'ensemble des textes spécifiques relatifs à des contrats administratifs ne sont, somme toute, que l'expression d'une modalité particulière de protection des diverses composantes d'un même intérêt général administratif. Puisqu'il est impossible d'attendre du Conseil d'État qu'il prenne l'initiative d'une révision profonde de sa jurisprudence applicable aux contrats administratifs confrontés au droit des entreprises en difficulté, une intervention législative est nécessaire pour adapter ces règles de droit public aux logiques spécifiques du droit des entreprises en difficulté. D'une part, une intervention du législateur permettrait à la fois la création d'une loi générale applicable à tous les contrats administratifs, également déclinée dans les différents codes de droit public touchant aux contrats administratifs[1156]. D'autre part, elle permettrait de préserver l'unité de la théorie générale des contrats administratifs tout en l'assortissant d'une nécessaire et contextuelle dérogation.

811. Une intervention du législateur semble tout aussi nécessaire au regard du droit positif des entreprises en difficulté, dont l'essentiel des principes contraignants est inscrit dans la partie législative du code de commerce.

[1153] *ibid.*, n°112 ; à propos de la responsabilité de la puissance publique, v. *supra* n°113.

[1154] JEZE G., *Théorie générale des contrats de l'Administration*, *Giard*, 3ème éd., 1934. ; *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, (4 t.) Giard, 1927-1932-1934-1936 ; PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif,* Paris, 1945.

[1155] GAUDEMET Y., « *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire* », *RDP* 2010, p. 313 ; AMILHAT M., *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*, mémoire HDR, nov. 2019.

[1156] Code de la commande publique, très éventuellement le code général de la propriété des personnes publiques.

2) *La nécessité d'une intervention législative au regard du droit privé*

812. Le livre VI du code de commerce contient de nombreuses dispositions législatives applicables aux contrats en cours et créances, qu'il convient de modifier pour mieux les concilier avec les objectifs de l'exorbitance publique.

813. **Des principes législatifs relatifs aux contrats en cours à adapter** – L'article L. 622-13 du code de commerce[1157] établit des principes très stricts et d'application générale aux contrats en cours pendant la période d'observation, notamment le principe de poursuite des contrats en cours, l'obligation de paiement des engagements ultérieurs au jugement d'ouverture, l'option sur les contrats en cours et la résiliation par le juge-commissaire. En l'occurrence, il ne s'agit pas de remettre en cause la règle générale applicable aux contrats en cours pendant la période d'observation, mais de créer une voie dérogatoire, adaptée aux contrats administratifs. L'instauration d'un avis de l'Administration contractante sur l'option ou la résiliation par le juge-commissaire comme l'instauration de voies de résiliation spécifiques aux contrats administratifs nécessite la création de dispositions législatives qui puissent déroger à celles de l'article L. 622-13, probablement par la création d'un article spécifique aux contrats administratifs en cours pendant la période d'observation.

814. **Des principes législatifs relatifs à l'apurement du passif à infléchir** – Les propositions d'inscription directe au passif des sanctions contractuelles administratives comme de modification de l'ordre des créances prioritaires fait face à deux principes législatifs bien établis du droit des entreprises en difficulté.

815. Le premier principe auquel fait face la proposition formulée est l'interdiction des seules créances antérieures au jugement d'ouverture, inscrit à l'article L. 622-7 du code de commerce. Il est assorti d'exceptions, dont le paiement par compensation des créances connexes, le paiement des créances alimentaires et le paiement autorisé par le juge-commissaire pour retirer un gage ou une chose légitimement retenue, pour permettre la poursuite d'activité. *A contrario*, les créances postérieures au jugement d'ouverture doivent être honorées ; le principe est inscrit à propos des créances contractuelles aux I. et II. de l'article L. 622-13 du code de commerce. L'inscription directe des pénalités contractuelles postérieures au jugement d'ouverture au passif nécessiterait donc de créer une dérogation au principe, permettant ainsi que ces pénalités soient considérées comme des

[1157] Appliqué de manière similaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire aux articles L.631-14 et L. 641-11-1 du code de commerce.

créances antérieures et se voient appliquer leur régime. Une nouvelle disposition dérogatoire à l'article L. 622-13 semble alors nécessaire pour le permettre. Cette dérogation pourrait venir compléter l'article relatif aux résiliations des contrats administratifs, précédemment suggéré.

816. Le second principe légal face la proposition de classement prioritaire des créances contractuelles publiques. Il consiste dans une priorisation du règlement des créances, inscrite à l'article L. 622-17 (en matière de sauvegarde et de redressement judiciaire) et aux articles L. 641-13 et L. 643-8 (en matière de liquidation judiciaire), dans laquelle les créanciers contractuels sont nécessairement chirographaires[1158]. La proposition de classement prioritaire des créances contractuelles publiques conduirait à instaurer un nouveau rang pour ces créances qui deviendraient prioritaires par rapport au reste des créances chirographaires quelle que soit la procédure engagée. En cas d'apurement du passif en liquidation judiciaire, les pénalités contractuelles publiques, qui bénéficieraient d'une inscription contrainte au passif, pourraient alors être considérées comme ultra-prioritaires et supplanter le neuvième rang des créances de l'article L. 643-8 du code de commerce[1159]. Les autres créances contractuelles publiques pourraient être placées plus "bas" dans l'ordre d'apurement du passif, c'est-à-dire entre le quatorzième et le quinzième rang de l'article L. 643-8 du code de commerce[1160]. Sans révolutionner l'ordre d'apurement du passif, cette adaptation de l'ordre de règlement des créances permettrait de marquer la spécificité financière des contrats administratifs et des enjeux d'intérêt général qu'ils recèlent.

817. Somme toute, les exceptions aux principes du droit des entreprises en difficulté sont déjà nombreuses. Elles sont issues d'un mouvement permanent d'adoucissement – et de complexification – de ce droit aux multiples enjeux. La prise en compte des contrats administratifs dans le live VI du code de commerce ne serait donc pas nécessairement saugrenu et, au contraire, amplifierait, la finesse du droit des entreprises en difficulté.

818. Les adaptations proposées du droit des contrats administratifs comme du droit des entreprises en difficulté nécessitent donc de trouver leur place dans les textes, d'être relayées largement, pour

[1158] L'article L. 622-17, III. prévoit toutefois en son 3° que « *les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé* ».

[1159] Art. L. 643-8, 9° : « *Les créances résultant de l'exécution des contrats mentionnées au 3° du III de l'article L. 622-17 restées impayées à l'échéance* ».

[1160] Art. L. 643-8, 14° : « *Les créances garanties par le privilège prévu à l'article 1927 du code général des impôts puis par l'article 379 du code des douanes* » ; 15° : « *Les créances chirographaires, en proportion de leur montant* ».

assurer une acculturation mutuelle des organes de la procédure collective et des cocontractants publics.

B) La nécessité d'une traduction large de l'évolution législative

819. Une fois analysées les pistes de conciliation de l'exorbitance contractuelle administrative avec l'exorbitance commerciale, la possibilité de leur mise en œuvre eu égard au droit positif, reste à déterminer de quelle manière se matérialiserait une telle réforme et comment elle pourrait se déployer pour parvenir à une culture commune de l'exorbitance régulée. Les présentes propositions sont faites en toute humilité, avec la conscience par l'auteur de leur caractère probablement imparfait ou naïf.

820. **La proposition d'une loi générale applicable à la conciliation de l'exorbitance contractuelle publique et de l'exorbitance commerciale** – Contrairement au droit des entreprises en difficulté, qui bénéficie d'une unicité de source législative matérialisée par le livre VI du code de commerce, le droit des contrats administratifs est diffus. Ceci se justifie par la construction jurisprudentielle de la théorie générale du contrat administratif comme à la multiplication des catégories légales de contrats spéciaux, disséminés dans de plusieurs codes et textes législatifs. Or, les propositions précédemment avancées de conciliation ont pour vocation de dépasser le champ des contrats administratifs spéciaux, et notamment des seuls contrats relevant de la commande publique. En effet, la proposition de réforme ici présentée, n'est fondée que sur des justifications propres aux caractères communs à l'ensemble des contrats administratifs : l'exorbitance du droit commun ainsi que la protection de l'intérêt général qu'ils poursuivent.

821. Si la réforme proposée nécessite d'adapter deux corpus juridiques distincts, il semble toutefois pertinent de rechercher un texte unique, construit dans une logique de conciliation des manifestations d'exorbitance. Ce texte unique, qui apporterait donc des modifications au code de commerce et au code de la commande publique[1161], devrait également être utilisé en tant que tel pour s'appliquer aux contrats administratifs innomés ou dont les modalités de résiliation ne sont pas prévues par un code. Des lois sectorielles sont donc à exclure, en ce qu'elles feraient perdre la cohérence globale qui est ici recherchée. Pour autant, des dispositions devraient évidemment être relayées par les différents codes.

[1161] Le code général de la propriété des personnes publiques et le code général des collectivités territoriales ne contenant pas de dispositions législatives spécifiques à la résiliation des contrats administratifs.

822. **L'intégration de la réforme au code de commerce** – Deux aspects du droit des entreprises en difficulté seraient amenés à subir des modifications : le droit des contrats en cours pendant la période d'observation et le droit relatif à l'ordre des créances.

823. Afin de réviser le droit de la poursuite et de la résiliation des contrats administratifs pendant la période d'observation, il conviendrait d'insérer un nouvel article en dérogation à l'article L. 622-13 du code de commerce, soit à sa suite, soit à la suite de l'article L. 622-16 – c'est-à-dire à la suite des articles spécifiques relatifs à la continuation des baux. Ce nouvel article se réfèrerait notamment aux I., II., et V de l'article L. 622-13, toujours applicables, mais apporterait les dérogations proposées. En premier lieu, il prévoirait que les pénalités prévues contractuellement dans les contrats administratifs suivraient le régime des créances antérieures et seraient ainsi inscrites d'office au passif. En second lieu, il prévoirait le déploiement d'une option spécifique sur les contrats administratifs. À défaut de compétences légistiques, ledit article pourrait prendre la forme suivante :

> « *Sans préjudice de l'application du I, du II et du V de l'article L. 622-13, la poursuite et la résiliation des contrats administratifs interviennent dans les conditions suivantes :*
>
> *I. Par dérogation à l'article L. 622-7, les pénalités prononcées par le cocontractant du débiteur, même nées postérieurement au jugement d'ouverture, sont inopposables au débiteur pendant la période d'observation et ne donnent lieu qu'à déclaration au passif.*
>
> *II. Le contrat en cours est résilié de plein droit :*
> *1° Par l'administrateur, après une mise en demeure du cocontractant de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant.*
> *L'administrateur recueille l'avis préalable du cocontractant sur l'opportunité de la poursuite ou de la résiliation et mesure les conséquences de sa décision tant sur la procédure collective que sur l'intérêt général et la continuité du service public.*
> *L'administrateur statue de manière expresse et motivée.*
> *Un recours peut être intenté devant le juge-commissaire par le cocontractant qui estimerait que la décision de l'administrateur porte atteinte à l'intérêt général.*
>
> *2° Par le cocontractant, dans l'intérêt général, en cas d'incapacité du débiteur d'exécuter correctement le contrat ou à titre de sanction.*

Le cocontractant recueille l'avis préalable de l'administrateur sur l'opportunité de la résiliation et mesure les conséquences de la résiliation tant sur la procédure collective que sur l'intérêt général. La mesure de résiliation est motivée, conformément aux articles L. 211-1 à L. 211-8 du code des relations entre le public et l'administration.
Le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité de la résiliation, au regard de la conciliation de l'intérêt général avec les objectifs de la procédure collective.

3° Par le juge-commissaire, à la demande de l'administrateur.
Le juge-commissaire statue au vu des mémoires de chacune des parties au contrat et statue au regard de l'intérêt général comme des intérêts de la procédure collective engagée. »

Ces nouvelles dispositions devraient évidemment être relayées aux autres procédures collectives que la sauvegarde, notamment par renvoi au sein des articles L. 631-14 et L. 641-11-1 du code de commerce.

824. Afin de réviser l'ordre de priorité des créances pour permettre une priorité simple des créances contractuelles publiques et une priorité renforcée des créances portant sur les pénalités contractuelles publiques, il conviendrait d'intégrer de nouveaux alinéas, notamment aux articles L. 622-17, L. 641-13 et L. 643-8 du code de commerce. L'article L. 622-17 serait donc assorti de deux nouveaux rangs de créances prioritaires. Le premier concernerait les pénalités dans les contrats administratifs et serait situé entre les 2° et le 3° de cet article. Il concernerait « *les créances résultant de pénalités prononcées par les cocontractants dans le cadre de contrats administratifs* ». Le second pourrait être situé entre le 3° et le 4° et concernerait « *les créances résultant l'exécution des contrats administratifs* »[1162]. Pour l'apurement du passif, les mêmes nouveaux alinéas pourraient être ajoutés à l'article L. 643-8 du code de commerce et s'insérer respectivement entre le 8° et le 9° et entre le 14° et le 15°. Ainsi, la spécificité des contrats administratifs comme des créances publiques contractuelles serait mieux identifiée et prise en compte par les organes de la procédure collective.

825. **L'intégration de la réforme dans le code de la commande publique** – La conciliation proposée nécessite également une traduction à l'égard des contrats spéciaux, contenus dans les codes de droit public. Pour autant, le code général de la propriété des personnes publiques comme le code général des collectivités territoriales ne comprennent pas de dispositions spécifiques relatives à la résiliation des contrats administrations qu'elles encadrent. Reste alors le code de la

[1162] Il en irait de même en période d'observation de la procédure de liquidation judiciaire, par renvoi de l'article L. 641-13.

commande publique, qui comprend des dispositions législatives applicables aux contrats conclus avec des entreprises en difficulté.

826. Le code de la commande publique pourrait être révisé, pour intégrer aux articles L. 2195-4, L. 2395-2 et L. 3136-4 un renvoi au nouvel article relatif à la continuation et à la résiliation des contrats, créé dans le code de commerce. Cet ajout pourrait être matérialisé de la manière suivante :

> « *Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles L. 2141-1 à L. 2141-11, il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation. L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif.*
> *Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché au seul motif que l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire en application de l'article L. 631-1 du code de commerce, sous réserve des hypothèses de résiliation de plein droit prévues au III de l'article L. 622-13 du même code en matière de contrats de droit privé et sous réserve des dispositions de l'article […] du même code en matière de contrats administratifs.* »

En matière de pénalités, la partie législative du code de la commande publique contient peu de mentions de ces pénalités et qu'il est peu pertinent de réviser[1163].

827. **La nécessaire traduction des dispositions législatives par un corpus décrétal et par les cahiers de clauses** – Il appartiendra évidemment au pouvoir réglementaire de mettre en œuvre les dispositions législatives ainsi adoptées, notamment les articles R. 622-13 et R. 641-21 du code de commerce, relatifs à la mise en œuvre des articles L. 622-13 et suivants. L'article R. 2192-21 du code de la commande publique propre aux pénalités pourrait faire mention des dispositions modifiées du code de commerce, retardant leur exigibilité. Les CCAG pourraient également – à titre essentiellement pédagogique – faire l'objet de modifications, en particulier pour relayer les nouvelles dispositions du code de commerce relatives aux pénalités, par exemple, à l'article 19 du CCAG Travaux, à l'article 14 du CCAG PI et du CCAG FCS. Bien qu'accessoires, les relais réglementaires et contractuels auraient pour vertu de relayer les objectifs législatifs et de préciser leur application pour garantir la bonne application des modifications proposées.

[1163] Art. L. 2422-7 du code de la commande publique relatif au contrat de maîtrise d'ouvrage, art. L. 2711-8 du même code relatif à l'impossibilité d'exécuter des prestations contractuelles.

828. L'élaboration d'une loi spécifique, relative à la conciliation des exorbitances, semble à la fois possible et souhaitable. Elle traduirait la création d'une culture commune de l'exorbitance et limiterait la concurrence néfaste des pouvoirs pendant la période d'observation.

829. **Conclusions partielles** – En l'absence de toute régulation par le législateur, les pouvoirs exorbitants des personnes publiques et de la procédure collective trouvent à se neutraliser *de facto*. La concurrence des régimes exorbitants est susceptible d'entraîner l'impuissance des mesures à préserver les objectifs qu'elles poursuivent. Pourtant, des éléments de conciliation ont pu être identifiés et ne pourraient voir le jour – en raison de la hiérarchie des normes – qu'au travers d'une intervention du législateur. L'ensemble des mécanismes de résiliation doivent être adaptés, comme les rangs d'apurement du passif, au regard de la spécificité des enjeux en présence. Seule une évolution du droit positif pourrait garantir que l'intérêt général et la continuité du service public ne soient plus ignorés par le droit des entreprises en difficulté.

Conclusion du chapitre 2

830. Malgré les faibles contraintes juridiques qui pèsent sur l'exorbitance publique et sur l'exorbitance commerciale, il apparaît que leur rencontre conduit à une neutralisation des objectifs de chacun de ces deux branches du droit. Alors, la confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats administratifs, dans une logique de cumul d'exorbitance, parfois de rétorsion, peut mettre en péril, alternativement ou cumulativement la pérennité de l'emploi, de l'activité économique, l'apurement du passif, voire porter atteinte à l'intérêt général dans tous ses aspects.

831. La neutralisation des objectifs de l'exorbitance vient de ce que chacun de ces blocs exorbitants a été construit pour servir des intérêts propres. Ainsi le droit des entreprises en difficulté sert les intérêts du débiteur, de ses salariés comme des ses créanciers. À l'inverse, le régime juridique spécifique aux contrats administratifs est construit dans l'objectif de garantir la protection de l'intérêt général et la continuité du service public. C'est ainsi que seule une conciliation globale, qui prendrait en compte l'ensemble des intérêts présents dans la rencontre de l'Administration contractante et du débiteur en difficulté, permettrait de garantir la réalisation – du moins partielle – de l'ensemble des objectifs poursuivis.

832. Il est possible d'identifier les points d'achoppement entre les deux blocs exorbitants, afin de limiter la concurrence qui se manifestent entre eux par le biais d'une réforme. La question de la résiliation, des charges imposées par l'Administration pendant l'exécution et des créances contractuelles publiques semblaient être les principaux motifs de neutralisation des objectifs de ces régimes exorbitants. Alors, par la création d'une voie spécifique de résiliation des contrats administratifs pendant la période d'observation, par la limitation de l'effet des pénalités, tout en garantissant à l'Administration une meilleure prise en compte des créances qu'elle détient sur son cocontractant, peut-être parviendra-t-on à mieux remplir les objectifs assignés aux acteurs publics comme aux organes de la procédure collective. La mise en œuvre de cette conciliation passerait nécessairement par une évolution législative, dont les conséquences se révèlent relativement mesurées sur la logique intrinsèque de chacun des deux blocs ici confrontés.

833. Se pose toutefois encore la question du traitement contentieux de la rencontre de deux blocs exorbitants, qui sont également deux blocs attributifs de compétence exclusive, respectivement au juge judiciaire et au juge administratif.

CONCLUSION DU TITRE 1

834. Alors que la rencontre de deux branches du droit exorbitantes faisait craindre un conflit d'ampleur, de nature à neutraliser les pouvoirs que détiennent les personnes publiques contractantes, les résultats sont surprenants.

835. Alors que l'exorbitance commerciale se déploie et concurrence en partie l'équilibre des pouvoirs des parties au contrat administratif, l'exorbitance publique demeure pour l'essentiel. Les personnes publiques ne sont pas dépourvues de leurs pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales. Le conflit d'exorbitance est larvé ; les détenteurs d'exorbitance demeurent maîtres de leurs pouvoirs, sans réellement qu'ils soient affectés par ceux de l'autre partie.

836. En revanche, la concurrence des pouvoirs existe. Si elle ne se manifeste pas par une privation des pouvoirs que détiennent l'Administration ou les organes de la procédure collective, elle neutralise en partie les objectifs des deux régimes exorbitants. En l'absence de toute régulation de l'exorbitance, le cumul des manifestations d'exorbitance ne permet pas de garantir la préservation de l'intérêt général et du bon fonctionnement du service public, pas plus que les objectifs propres aux procédures collectives.

837. Chaque partie, titulaire de ses pouvoirs et maîtresse des intérêts propres qu'elle doit défendre, semble agir au détriment de l'autre partie, ce que lui permet l'absence de toute obligation de conciliation des enjeux en présence. Il est alors nécessaire de réguler les manifestations d'exorbitance, en imposant aux parties de tenir compte de l'ensemble des intérêts en présence, notamment dans l'exercice des multiples mécanismes de résiliation.

838. L'étude de la combinaison de deux régimes exorbitants s'est révélée excessivement complexe, parfois même incertaine et impraticable. C'est probablement la même conclusion qu'il faudra tirer à propos du traitement contentieux de cette double exorbitance, qui fait se rencontrer deux blocs attributifs de compétence exclusive, respectivement au juge judiciaire et au juge administratif, avec des difficultés supplémentaires pour le justiciable.

TITRE 2

LA CONFUSION DU TRAITEMENT CONTENTIEUX

> *« Il n'était ni envisageable ni souhaitable que soit constitutionnalisé le tracé de la frontière entre les compétences respectives de chacun des deux ordres de juridiction. Sa complexité est telle qu'il ne saurait être exprimé en quelques idées simples et le protéger constitiutionnellement interdirait d'y apporter les retouches, législatives ou jurisprudentielles, rendues nécessaires par l'évolution de la société. »*[1164]

839. Le dualisme juridictionnel est à la fois une richesse est une source de complexité, notamment lorsque surviennent des litiges relatifs aux contrats administratifs et aux procédures collectives, qui relèvent partiellement de la compétence respective de chacun des deux ordres. En la matière, il n'existe aucune solution simple, venant d'une constitutionnalisation ou d'une organisation précise par le législateur des conditions de répartition des litiges entre les ordres de juridictions.

840. Alors, le justiciable, les juridictions civiles et administratives comme le Tribunal des conflits sont confrontés au difficile exercice de répartir le contentieux au plus juste en essayant, de concilier au mieux les compétences juridictionnelles respectives. Il leur revient également d'affronter le fractionnement des compétences juridictionnelles, rendu nécessaire par la *summa divisio*. Le traitement des litiges qui relèvent de la présente étude est alors rendu complexe.

841. Il importe alors d'étudier l'état du droit positif relatif au traitement contentieux des contrats administratifs confrontés à la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté. Les enjeux sont nombreux, qu'il s'agisse de répartir le contentieux ou de traiter les requêtes de manière efficace. D'un fonctionnement performant de organes juridictionnels dépendent à la fois la préservation de l'intérêt général, du bon fonctionnement du service public et le succès des procédures collectives.

842. C'est la raison pour laquelle il faudra en premier lieu traiter de la difficulté de répartition du contentieux entre les deux ordres (Chapitre 1) et affronter la complexité du traitement du contentieux qui en résulte (Chapitre 2).

1164 GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, 3ème édition, 2014, n°89, p. 23.

Chapitre 1
La difficile répartition des compétences

« Mais, comme on s'en doute, les questions de droit matériel ne sont pas les seules et celles tournant autour du "jeu de rôles contentieux" devait inévitablement finir par être posées. La matière se situe au carrefour de deux blocs de compétence juridictionnelle. »[1165]

« *L'objet d'étude* […] *offre qui plus est assez peu de lignes claires garantissant une sécurité juridique dont l'activité économique et les entreprises en difficulté ont pourtant besoin.* »[1166]

843. La compétence du juge administratif est, à côté de l'exorbitance avec laquelle elle admet une relation intime, l'une des caractéristiques fondamentales de la spécificité du droit public applicable aux contrats administratif. Un contentieux qui priverait le juge administratif de sa compétence en matière de contrats de droit public reviendrait immanquablement à tempérer l'exorbitance qui leur est propre. En effet, le fond suivant la forme, l'administrativité des contrats conduit à la compétence du juge administratif, et inversement.

844. Pourtant, confrontés à la compétence du juge judiciaire en matière de procédures collectives, les contrats administratifs sont susceptibles d'être privés de leur juge habituel. La rencontre de deux blocs de compétence exclusifs l'un de l'autre conduit immanquablement à des difficultés d'attribution du contentieux et nécessite parfois de solliciter le Tribunal des conflits pour qu'il tranche les conflits de compétence juridictionnelle.

845. Il convient alors d'analyser à la fois la portée des blocs de compétence respectifs des ordres de juridiction et la jurisprudence du Tribunal des conflits, afin d'établir la manière avec laquelle s'établit la répartition du contentieux des contrats administratifs confrontés à la procédure collective. La difficulté de la conciliation aura nécessairement conduit à des répartitions excessivement complexes, auxquelles il faut répondre par des pistes de perfectionnement.

846. C'est la raison pour laquelle, après avoir exposé la substance des blocs de compétence juridictionnelle (Section 1) seront établies les difficultés majeures de répartition des compétences

[1165] YOLKA Ph., « *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles* », *AJDA* 2017, p. 1173.

[1166] LOMBARD F., « *Résiliation d'un contrat d'occupation du domaine public et liquidation judiciaire : quel est le juge compétent pour statuer sur la résiliation », BJE,* nov. déc. 2017, p. 433.

(Section 2) et sera dénoncée l'excessive complexité des solutions de répartition proposées par le Tribunal des conflits en la matière (Section 3).

Section 1 : La rencontre de blocs de compétence juridictionnelle

847. Les contrats administratifs conclus avec des entreprises en difficulté produisent un paradoxe juridictionnel. Celui de la confrontation de blocs de compétence juridictionnelle, le premier, au profit du juge administratif, compétent en matière litiges nés des contrats administratifs, le second au profit du juge judiciaire, compétent en matière de procédures collectives. La difficulté vient de ce que leurs attributions sont supposées exclusives.

848. La séparation des deux ordres juridictionnels, établie sur la base du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires qui ressort de la loi des 16 et 24 août 1790, n'est pas anecdotique dans le droit juridictionnel français. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision *Conseil de la concurrence*[1167], a d'ailleurs donné une assise constitutionnelle au socle de compétence de la juridiction administrative, c'est-à-dire « *l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* ». S'il ne ressort pas clairement que l'ensemble du contentieux des contrats administratif relève de la compétence constitutionnelle du juge administratif, ni même que les procédures collectives seraient, au sens de la décision précitée, des « *matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* »[1168], toujours est-il que le législateur comme le Tribunal des conflits ont entendu confier chacun de ces contentieux à des ordres juridictionnels différents, pour unifier les contentieux dans un souci de « *bonne administration de la justice* ». Il en ressort donc que le juge administratif assume le contentieux des contrats de droit public (§1) et que le juge judiciaire assume le contentieux des procédures collectives (§2).

[1167] CC, 23 janv. 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n°86-224 DC ; v. not. MELLERAY F., ARRIGHI DE CASANOVA J., EVEILLARD G., FROGER C., « *Dossier : Les 30 ans de la décision Conseil de la concurrence* », *AJDA* 2017, p. 90 et suiv.

[1168] EVEILLARD G., « *Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* », *AJDA* 2017, p. 101.

§1. La construction historique de la compétence du juge administratif en matière de contrats administratifs

849. Comme il est de tradition de l'énoncer pour commenter la décision *Blanco*[1169], en matière de contrats comme en matière de responsabilité, « la compétence suit le fond ». C'est d'abord par la jurisprudence du Conseil d'État relative au service public comme aux prérogatives de puissance publique et par l'intervention du Tribunal des conflits qu'ont été déterminés quels contrats de l'Administration sont soumis au juge administratif, avant que diverses législations sectorielles simplifient l'identification d'un certain nombre de ces conventions.

850. **La construction centenaire par le Conseil d'État de sa propre compétence en matière de contrats administratifs** – Le Conseil d'État a bâti par ses décisions le contentieux contractuel public, comme il a établi l'essentiel des racines de sa propre compétence. Après que le Tribunal des conflits a ouvert la brèche en matière de responsabilité avec l'arrêt *Blanco*, le Conseil d'État a incorporé un partie du contentieux contractuel à sa compétence. Il l'a fait d'abord par l'arrêt *Terrier*[1170], qui a permis indirectement l'incorporation du contentieux contractuel des collectivités locales à la compétence du juge administratif et la préfiguration du critère du service public. L'arrêt *Thérond*[1171] en a été la confirmation la plus notable, en ce qu'il a procédé à l'unification du contentieux contractuel des collectivités locales sous le régime des contrats administratifs, en dehors des dispositions spécifiques de la loi du 28 pluviôse an VIII et par le critère du service public. Deux années supplémentaires ont été nécessaires pour que les clauses exorbitantes soient considérées comme un critère de l'administrativité du contrat – et ce en dehors de l'exécution d'un service public –, avec l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*[1172]. La décision *Époux Bertin*[1173], a également joué un rôle majeur dans l'affirmation du caractère alternatif des critères substantiels d'identification des contrats administratifs, confirmant ainsi la jurisprudence précitée.

851. **La régulation par le Tribunal des conflits de l'étendue du contentieux contractuel public** – Sans affecter la substance même de la compétence du juge administratif en matière de contrats administratifs, le Tribunal des conflits est intervenu à de multiples reprises pour en délimiter les

[1169] TC, 8 févr. 1873, *Blanco*, n°00012.

[1170] CE, 6 févr. 1903, *Terrier,* n°07496, concl. ROMIEU.

[1171] CE, 4 mars 1910, *Thérond*, n°29373, concl. PICHAT.

[1172] CE, 31 juill. 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*, n°30701, concl. BLUM.

[1173] CE, 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, n°98637, concl. LONG.

contours. La postérité de la décision *Société commerciale de l'Ouest africain*[1174] a indirectement rétréci le champ des contrats administratifs, en prévoyant notamment que les contrats conclus entre le service public industriel et commercial et ses usagers ne peuvent être que des contrats de droit privé[1175]. Outre le critère du service public, le Tribunal des conflits a assuré la régulation du critère de l'exorbitance, notamment avec la décision *Société AXA France IARD c/ MAIF*[1176], en revenant sur la définition de ce critère par le Conseil d'État[1177]. Le critère organique a également fait l'objet de diverses interventions du Tribunal des conflits, régulant ainsi la portée du contentieux contractuel administratif. C'est le cas notamment des décisions *Société Entreprise Peyrot*, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés Interlait*, *Union des Assurances de Paris, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes de France, Mme Rispal c/ Société ASF*[1178]. À travers ces exemples célèbres, l'on peut affirmer que le Tribunal des conflits n'a pas entendu porter atteinte au cœur de la compétence du juge administratif en matière de contrats administratifs, mais en a tracé les frontières, levant les incertitudes et jouant un rôle régulateur de la compétence de la juridiction administrative.

852. **L'affermissement du bloc de compétence du juge administratif par le législateur** – « *Dès lors qu'est en cause la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, seule une loi, à l'exclusion d'un règlement, peut définir la nature d'un contrat* »[1179]. Quitte à mettre à mal la *Théorie générale du contrat administratif*[1180], le législateur a contribué à simplifier l'identification des contrats administratifs en créant de nombreux cas d'identification légale de contrats administratifs spéciaux. Il en allait historiquement de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII en matière de travaux publics[1181]. Il en va également des contrats portant occupation du domaine public en vertu du décret-loi du 17

1174 TC, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706, concl. MATTER.

1175 CE, Sect., 13 oct. 1961, *Établissements Campanon-Rey,* n°44689.

1176 TC, 13 octobre 2014, *Société AXA France IARD c/ MAIF*, n°C3963

1177 CE, 19 janv. 1973, *Société d'exploitation de la rivière du Sant*, n°82338.

1178 TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, n°01804 ; TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés Interlait*, n°01926 ; TC, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris*, n°02256 ; TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes de France*, n°C3506 ; TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société ASF*, n°C3984.

1179 RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, 12ème édition, 2021, n°177, p. 107, cit. TC, 9 mars 1970, *Soc. Duvoir, Rec.* 885, concl. BRAIBANT.

1180 JEZE G., *Théorie générale des contrats de l'administration*, Giard, 3ème éd., 1934 ; v. également, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, (4 t.), Giard, 1927-1932- 1934-1936 ; PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945 ; v. aussi GAUDEMET Y., « *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire* », *RDP* 2010, p. 313 ; *Amilhat* M., *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*, mémoire HDR, 15 nov. 2019, Lille.

1181 Notons que malgré son abrogation par l'article 7-IV de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006, le Conseil d'État poursuit son application (CE, 7 août 2008, *Société anonyme de gestion des eaux de Paris*, n°289329).

juin 1938 puis du code général de la propriété des personnes publiques[1182]. La qualité de contrat administratif des contrats de la commande publique fait désormais l'objet d'une qualification légale plus indirecte. En effet, alors que la loi *MURCEF*[1183] et la loi *Sapin I*[1184] prévoyaient directement la qualification de l'ensemble des marchés publics et délégations de service public en tant que contrats administratifs, l'article L. 6 du code de la commande publique reprend le critère organique d'origine jurisprudentielle dans les termes suivants : « *s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs* ». Nonobstant le rôle crucial des critères jurisprudentiels, les qualifications légales[1185] confortent la compétence du juge administratif en matière de contrats conclus par des personnes publiques et contribuent à la constitution d'un bloc cohérent.

853. Sans négliger le rôle essentiel de la doctrine dans la théorisation du contrat administratif, le Conseil d'État, le Tribunal des conflits et le législateur ont contribué conjointement à délimiter la frontière des contrats de droit public et des contrats de droit privé, créant ainsi un bloc de compétence majeur du juge administratif. Sa compétence se justifie par la spécificité des principes de droit public que véhiculent les contrats administratifs, poursuivant l'intérêt général.

§2. Le sens de la compétence exclusive du juge judiciaire en matière de procédures collectives

854. Contrairement à la compétence du juge administratif en matière de contrats administratifs, construite de manière prétorienne et sur le temps long, la compétence de la juridiction judiciaire en matière de procédure collectives est constante et fixée par un cadre législatif. Il s'agit d'une compétence attributive qui fait sens eu égard à la construction historique du droit des entreprises en difficulté et à l'omniprésence du juge judiciaire dans le déroulement des procédures collectives.

855. **Une large attribution de compétence à la juridiction judiciaire** – La compétence matérielle du juge judiciaire est largement établie par le code de l'organisation judiciaire. Les articles L. 211-

[1182] Art. L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

[1183] Art. 2 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère, économique et financier (dite loi MURCEF).

[1184] Art. 50. - I. de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (l).

[1185] Auxquelles il faut rajouter les contrats d'achat d'électricité (art. L. 314-1 et L. 314-7 du code de l'énergie), les contrats passés avec SNCF (art. L. 2111-9 du code des transports), les ventes d'immeubles de l'État (art. L. 3231-1 du CG3P), ainsi que les contrats contenus dans le CGCT (notamment les BEA, art. L. 1311-2, et les AOT constitutives de droits réels, art. L. 1311-5).

1 et L. 211-3 de ce code prévoient respectivement que « *le tribunal judiciaire statue en première instance en matière civile et pénale* […] » et que « *le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction* ». Au-delà de la compétence constitutionnellement protégée de la juridiction judiciaire[1186], la loi fixe très clairement les trois principaux objets assignés à l'ordre judiciaire : le droit civil, le droit pénal et le droit commercial. Le code de l'organisation judiciaire fait du tribunal judiciaire la juridiction réceptacle de l'essentiel du contentieux de droit privé sauf à ce qu'une disposition y prévoie une dérogation. C'est le cas pour l'essentiel du droit commercial. Droit d'origine législative et intégré au code de commerce, le droit des entreprises en difficulté est une émanation du droit commercial, lui-même au cœur de la compétence du juge judiciaire par attribution législative.

856. **Une attribution spécifique de compétence aux tribunaux de commerce** – Par dérogation aux principes susmentionnés, plusieurs articles du code de commerce prévoient l'attribution de compétences juridictionnelles spécifiques au juge commercial. En premier lieu, l'article L. 721-3 du code de commerce énonce le socle de compétence des tribunaux de commerce en prévoyant qu'ils connaissent « 1° *Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ; / 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; / 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes* […] ». Pour autant, cette disposition générale ne prévoyant pas clairement la compétence du tribunal de commerce en matière de procédures collectives, l'article L. 621-2 (relatif à la sauvegarde mais applicable au redressement et à la liquidation judiciaire en vertu des articles L. 631-7 et L. 641-1 du même code) énonce que « *le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal judiciaire est compétent dans les autres cas* ». L'attribution de compétence au tribunal de commerce en matière de procédures collectives est donc strictement délimitée selon la qualité du débiteur. Elle est par ailleurs précisée par l'article R. 662-3 du code de commerce[1187] ainsi que par la Cour de cassation, qui limite cette compétence aux seules « *contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique* »[1188], à charge pour la Cour de cassation, voire le Tribunal des conflits, de statuer sur la répartition des litiges qui confrontent le droit des

[1186] EVEILLARD G., « *Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* », *AJDA* 2017, p. 101.

[1187] Article R. 662-3 : « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal judiciaire* ».

[1188] Cass. com., 16 juin 2015, n°14-13.970.

entreprises en difficultés à d'autres législations qui ne relèvent pas de la compétence du juge commercial.

857. **Le maintien d'une compétence non-résiduelle au profit du tribunal judiciaire** – Si le droit des entreprises en difficulté est profondément empreint des enjeux commerciaux, il ne relève pas entièrement de la compétence des tribunaux de commerce. Comme le prévoit l'article L. 621-2 du code de commerce, seules les procédures collectives des débiteurs qui « *exerce*[nt] *une activité commerciale ou artisanale* » sont attribuées aux juridictions commerciales. Ainsi, *a contrario*, les sociétés civiles, associations et professions libérales relèvent de la compétence du tribunal judiciaire. Les exploitations agricoles, quant à elles, bénéficient de procédures spécifiques de règlement des difficultés, inscrites aux articles L. 351-1 à L. 353-1 du code rural et de la pêche maritime. L'article L. 351-2 dudit code donne expressément compétence au tribunal judiciaire pour la mise en œuvre de ces procédures collectives agricoles.

858. S'il est superflu de s'appesantir sur les compétences matérielles respectives des juridictions de l'ordre judiciaire, à tout le moins cela permet-il d'établir, comme une évidence, que le droit des entreprises en difficulté est placé au cœur du droit privé, au carrefour des intérêts économiques et salariaux dont connaît le juge judiciaire.

859. **La compétence commerciale dans l'ordre judiciaire, le produit du passage à une économie de marché** – La répartition de compétences juridictionnelles en droit français est le produit de l'histoire sociale, politique et juridique. Le droit commercial, au cœur de l'ordre judiciaire, entretient une relation historiquement complexe avec le droit civil, en ce qu'il est issu d'une autonomisation progressive à son égard. L'instauration d'un ordre judiciaire unitaire est le résultat d'une profonde mutation du système économique à la suite de la Révolution Française. L'étude de l'histoire des systèmes économiques nécessiterait de très longs développements qui seraient ici sans objet avec les présents travaux. Toutefois, il semble nécessaire de revenir à l'époque prérévolutionnaire ; notamment à l'édit de 1673, pris par Louis XIV sous l'influence de Colbert, qui a placé le commerce sous la tutelle de l'administration royale par le biais des corporations de métiers[1189].

[1189] DIDIER P., DIDIER Ph., *Droit commercial – Tome I – Introduction générale – L'entreprise commerciale,* éd. Économica, collection Corpus droit privé, 2005, n°46, p. 51 : « *Statuons et ordonnons* [...] *que tous ceux faisant profession de commerce, de marchandises et denrées d'art de toutes sortes et métiers sans aucun excepté, tant dans notre ville et faubourg de Paris que dans les autres villes et lieux de notre royaume, pays, terres et seigneuries de notre obéissance* [...] *soient établis en corps, communautés et jurandes pour exercer leur profession, art et métiers* ».

860. Se déploie alors cette doctrine économique tout à la fois capitaliste et dirigiste, depuis lors connue sous la dénomination de *Colbertisme*. Parallèlement, se sont institués des tribunaux de commerce, d'abord créés sur les foires puis perpétués[1190]. Ils forment alors des juridictions parallèles aux Parlements, d'où l'idée d'une « *dualité entre la juridiction consulaire et le parlement* »[1191]. La dualité des juridictions est le produit de ces corporations, de ce système économique d'Ancien régime sans rapport avec le système libéral actuel. À l'inverse, le système économique et juridique actuel est en grande partie le résultat de la Révolution Française. Le "décret" d'*Allarde*[1192] et la loi *Le Chapelier*[1193] proclament la liberté d'entreprendre et la fin des corporations. Ces textes signent le passage à une doctrine économique libérale qui n'a jamais été démentie depuis lors. Dans un premier temps, bien que très court, seul le code civil avait été établi en 1804 et il pouvait sembler qu'il serait suffisant pour régir les relations commerciales[1194].

861. Bien que fraichement accueilli par la critique[1195], le code de commerce est finalement adopté en 1907. Il est conçu comme une somme de dérogations aux dispositions du code civil en matière commerciale. Selon le baron de LOCRE, « *ces lois ont le code civil pour base et n'en sont que les exceptions exigées dans l'intérêt du commerce, tellement que là où les exceptions s'arrêtent, le droit commun reprend son empire* »[1196]. En outre, les juridictions commerciales s'insèrent dans l'ordre judiciaire, ainsi que le prévoit le titre IV alors intitulé « *La juridiction commerciale* ». L'article 640 du code Napoléonien prévoit notamment que « *dans les arrondissemens où il n'y aura pas de tribunaux de commerce, les juges du tribunal civil exerceront les fonctions et connaîtront des matières attribuées aux juges de commerce par la présente loi* », ou encore, figure à l'article 644, que « *les appels des jugements de tribunaux de commerce seront portés par-devant les Cours* [d'appel] *dans les ressort desquelles ces tribunaux sont situés* »[1197]. L'affirmation du

---

1190 *ibid.*, n°47, p. 52.

1191 DOS SANTOS A., « *Les conflits de compétence entre juridiction consulaire et juridictions ordinaires en matière de faillite : le rôle de la chambre de commerce de Guyenne* », *Histoire de la justice* 2007/1 (n°17), p. 55-65.

1192 Loi dite « décret d'Allarde », 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

1193 Loi « Le Chapelier », 14 et 17 juin 1791 relative aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et professions.

1194 DIDIER P., DIDIER Ph., *precit.*, n°111, p. 112 : « *En 1804, au lendemain de la promulgation du Code civil, beaucoup de bons esprits pensaient que ce code suffisait aux besoins de la vie économique comme à ceux de la vie privée et qu'il n'y avait pas lieu de le compléter d'un code propre au commerce. Le Code civil ne réglait-il pas de manière détaillée les contrats en général et de manière spécifique la vente, le prêt ou les sociétés, autrement dit les principaux contrats du commerce ? Il avait d'ailleurs laissé lui-même la porte entrouverte aux usages du commerce, soit de manière implicite (1135 C. civ.), soit même de manière explicite, ce qui en marquait corrélativement les limites* ».

1195 VALENTE F., « *La naissance du Code de commerce napoléonien* », in *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? États des lieux et projections*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2008.

1196 DIDIER P., DIDIER Ph., *precit.*, n°111, p. 112, cit. LOCRE, *Législation de la France,* 1832, t. 1, p. 125.

1197 Code de commerce, 1808, https://www.koeblergerhard.de/Fontes/CodeDeCommerce1808.pdf.

Tribunal de cassation, devenu Cour de cassation[1198], conduira à ce que l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 prévoie expressément que « *La Justice est rendue souverainement par les cours d'appel ; leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi* ». Ainsi se constitue l'ébauche de l'ordre judiciaire actuel ; un droit commercial dérogeant au droit civil, mais clairement soumis à l'autorité des cours d'appel et de la Cour de cassation.

862. Ce nouveau système juridique et judiciaire post-révolutionnaire s'inscrit dans un contexte de libéralisation économique, qui jamais été remise en cause. Ainsi, malgré la révolution sociale et la naissance d'un droit du travail, la naissance du marxisme, l'interventionnisme croissant pendant les guerres mondiales et crises, le socialisme municipal, la planification et les nationalisations, l'essentiel de l'économie de marché a perduré depuis la Révolution. Une large place est laissée à l'initiative et à la liberté des entreprises. L'État et l'Administration n'ont jamais entendu prendre le contrôle de l'économie. Il est donc logique que le droit commercial, comme les procédures collectives qu'il comprend, fasse naître essentiellement des rapports de droit privé, soumis au contrôle du juge judiciaire.

863. **Les procédures collectives au sein de l'ordre judiciaire, le produit de l'histoire de l'ordre judiciaire** – Comme une évidence et malgré la dualité d'ancien régime entre ordre civil et commercial, l'intégration du droit des défaillances d'entreprises au droit commercial s'inscrit de longue date dans les textes relatifs au commerce. Dès l'ordonnance dite *Colbert* de 1673[1199], le droit des « *faillites et banqueroutes* » figure au titre XI de ce texte qui fait office de premier « code de commerce ». Il est d'une sévérité certaine à l'égard des débiteurs. Mais ni la sévérité, ni l'intégration des faillites au droit commercial n'ont été infléchies par le droit post-révolutionnaire, en ce que le code de commerce Napoléonien de 1807, reprenant les termes de « *faillites et banqueroutes* », les régit en son livre III[1200]. En outre, l'article 638 préfigurait dès l'origine la compétence des juridictions civiles pour traiter des procédures collectives en matière agricole ou en matière de sociétés civiles immobilières, en prévoyant que :

[1198] Art. 136 du Senatus-Consulte organique du 28 floréal an XII.

[1199] Ordonnance de 1673, Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail, http://webuser.unicas.it/salamone/index_htm_files/Ordonnance%201673.pdf.

[1200] Code de commerce, 1808, *precit.*

> *« Ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier. »*

Alors, si le fond du droit de la faillite, des procédures collectives, puis des entreprises en difficulté a subi de nombreuses modifications, dans le sens d'un adoucissement et d'une modernisation croissante, son agencement au sein de l'ordre judiciaire est resté constant, au gré des multiples réformes qu'il a subi. Cela se traduit en droit positif par l'omniprésence du juge judiciaire dans le déroulement des procédures collectives qui sont par essence des procédures judiciaires. Elles naissent d'un jugement d'ouverture et sont rythmées par des jugements du tribunal de la procédure collective (prolongation de la période d'observation, mutation de la procédure, adoption d'un plan, cession, jugement de clôture). Les procédures collectives font appel à deux organes juridictionnels, qui se répartissent les actes de la procédure collective : le Tribunal et le juge-commissaire. Ce dernier, précédemment qualifié d'arbitre de la procédure, est un acteur essentiel, notamment au cours de la procédure d'observation, ce qui fait du juge judiciaire l'acteur prépondérant du règlement des difficultés des entreprises.

864. **Le tribunal de la procédure collective, juge des grandes étapes de la procédure collective** – Il serait ambitieux de détailler les multiples attributions du tribunal de la procédure collective, selon qu'elles lui sont attribuées par la loi ou selon que le tribunal se substitue au juge-commissaire en raison de ses défaillances[1201]. Qu'il s'agisse d'un tribunal de commerce ou d'un tribunal judiciaire, le Tribunal de la procédure collective est d'abord chargé des décisions essentielles qui rythment la procédure collective, le suivi du quotidien étant attribué par la loi au juge-commissaire. Ainsi, le tribunal de la procédure est en charge des jugements d'ouverture – au cours desquels sont nommés les organes de la procédure[1202], des jugements portant maintien ou renouvellement de la période d'observation[1203], des jugements de conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire[1204], d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire[1205], des jugements

[1201] Le rôle du tribunal de la procédure collective et de son président est parfaitement détaillé par divers ouvrages, dont LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 9ème éd., 2017-2018, n°310 et suiv., p. 574. ; LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8ème éd., 2020 ; JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 10ème éd., 2017.

[1202] Art. L. 621-4, L. 631-3 et suiv., L. 640-3 et suiv. du code de commerce.

[1203] Art. L. 621-3 du code de commerce.

[1204] Art. L. 621-12 du code de commerce.

[1205] Art. L. 631-15, II du code de commerce.

d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement[1206], des jugements de clôture[1207]. L'article R. 662-3 du code de commerce résume parfaitement la compétence générale du tribunal de la procédure, nonobstant les compétences attributives du juge-commissaire :

> « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance.* »

La principale difficulté vient donc de ce qu'un juge-commissaire, autre instance judiciaire nommée par le Tribunal, exerce aussi par ordonnances un certain nombre de compétences fondamentales pour le déroulement des procédures collectives.

865. **Le juge-commissaire, arbitre du quotidien de la procédure collective** – Le rôle général du juge-commissaire est énoncé par l'alinéa premier de l'article L. 621-9 du code de commerce, qui prévoit qu'il « *est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* ». Il a pour missions la coordination, du recueil[1208] et de l'échange d'informations entre les différents organes de la procédure collective, notamment les mandataires et administrateurs nommés[1209]. Il exerce des missions juridictionnelles en ce qu'il statue sur les éventuelles réclamations contre les actes des organes de la procédure collective[1210] et statue également sur l'admission des créances au passif[1211] et les revendications des biens[1212]. Il est en charge des actes conservatoires de l'article L. 622-7, c'est-à-dire « *autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure, à payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du code de commerce ou à compromettre ou transiger.* […Après avis du Ministère public,] *le juge-commissaire peut*

[1206] Art. L. 626-31 et L. 631-19 du code de commerce.

[1207] Art. L. 643-9 du code de commerce.

[1208] Art. L. 623-2 du code de commerce.

[1209] Art. L. 621-8 et R. 621-20 du code de commerce.

[1210] Art. R. 621-21 du code de commerce.

[1211] Art. L. 624-2 du code de commerce.

[1212] Art. L. 624-17 du code de commerce.

autoriser le débiteur à exercer le droit prévu à l'article 1699 du code civil. Il peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité ». Il serait là encore superflu de relever de manière exégétique l'ensemble de ses missions, spécifiques à la liquidation judiciaire notamment, ou encore son rôle dans la rédaction de rapports à l'attention du tribunal de la procédure collective. Toujours est-il que pour les Professeurs Jocelyne VALLANSAN et Laurence FIN-LANGER, il est « *une véritable juridiction* […] *les règles de procédure s'imposent à lui comme au tribunal : respect du contradictoire, motivation de ses décisions* ». Il assure donc la présence constante d'un organe judiciaire dans le déroulement de la procédure collective.

866. Il est alors impossible de remettre en cause le lien particulier qu'entretiennent la juridiction judiciaire et les procédures collectives, eu égard à l'omniprésence du juge judiciaire, tant dans la détermination des grandes étapes de la procédure collective que dans leur déroulement quotidien. Il est établi, comme une évidence historique et contemporaine, que le droit des entreprises en difficulté est partie intégrante du droit commercial, au cœur de la compétence du juge judiciaire, lui-même acteur essentiel du déroulement des procédures collectives. Alors, la rencontre de deux domaines relevant de la compétence exclusive de deux ordres de juridiction différents rend complexe l'attribution des litiges à l'un ou à l'autre des deux ordres.

Section 2 : Les points saillants du conflit de compétence

867. La rencontre du droit des contrats administratifs avec le droit des entreprises en difficulté est de nature à créer des difficultés sérieuses d'attribution du contentieux. Alors, la répartition effective des compétences juridictionnelles a été faite empiriquement par la jurisprudence, par le bais d'une confrontation de nombreux principes de droit public et du droit des entreprises en difficulté, afin de parvenir à une forme d'équilibre. L'attribution du contentieux n'a pourtant pas été totalement fixée. Le conflit de compétence juridictionnelle s'est principalement concentré sur la conciliation de la compétence de l'ordre administratif avec les principes attributifs de compétence à l'ordre judiciaire inscrits dans le code de commerce (§1), appliqués en matière d'exécution financière (§2) comme en matière d'exécution technique (§3).

§1. La compétence du juge administratif trompeusement écartée par les principes du droit des entreprises en difficulté

868. La tâche des différentes juridictions saisies est rendue complexe, eu égard à la confrontation de la compétence traditionnelle du juge administratif avec des principes issus du code de commerce, tels que le principe d'interdiction des actions en justice des créanciers (A), de compétence exclusive du juge-commissaire dans l'admission des créances (B) ou encore de compétence de l'ordre judiciaire pour statuer sur le bien-fondé des résiliations prononcées pendant la période d'observation (C).

A) Le principe d'interdiction des actions en justice des créanciers

869. Le droit des entreprises en difficulté a pour vocation de confier l'intégralité des litiges aux organes judiciaires de la procédure collective, au détriment des autres juridictions, afin que ces affaires soient réglées dans le respect de l'égalité des entre les créanciers et des règles spécifiques qui régissent les procédures du livre VI du code de commerce. Le principe d'interdiction des actions en justice des créanciers est établie par le code de commerce, au détriment des créanciers publics et de la compétence du juge administratif.

870. **L'établissement du principe** – L'article L. 622-21 du code de commerce prévoit que « *I. -Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : /1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent […]* ». Ce principe fait donc obstacle à ce que les créanciers intentent tout

recours devant une autre juridiction que le juge-commissaire ou le Tribunal pour obtenir le paiement d'une créance. La Cour de cassation applique strictement ce principe, en prévoyant que *« le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite est à la fois d'ordre public interne et international »*[1213]. La juridiction administrative se fonde d'ailleurs sur ces dispositions dans de nombreuses décisions[1214]. L'on aurait donc pu croire ce principe d'application absolue, sans la moindre dérogation admissible, mais il n'en est rien.

871. **L'application nuancée du principe** – Malgré le caractère *a priori* absolu et d'ordre public de l'application de l'article L. 622-21 du code de commerce, ce même code laisse entrevoir des exceptions, notamment en son article L. 624-2 :

> *« Au vu des propositions du mandataire judiciaire, le juge-commissaire, si la demande d'admission est recevable, décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence. […]*

872. Cette brèche a permis une répartition des compétences entre le juge administratif et le juge-commissaire en matière de créances. Elle conduit à ce que le juge-commissaire puisse se déclarer incompétent pour statuer sur l'existence et le montant des créances publiques[1215], voire à ce que les juridictions administratives admettent des recours dans ce même domaine, en dehors de toute déclaration d'incompétence du juge-commissaire[1216].

873. L'apparente simplicité de la répartition du contentieux des créances dans les procédures collectives doit donc être écartée, dès lors que seule l'admission des créances est indéniablement de la compétence du juge-commissaire, à l'exclusion de leur établissement et de leur *quantum*.

B) L'exclusivité de la compétence du juge-commissaire dans l'admission des créances durant la procédure collective

874. Eu égard à la spécificité des conditions d'admission des créances au passif dans le cadre des procédures collectives, la compétence exclusive du juge-commissaire est requise pour garantir l'application de ces règles et l'égalité entre tous les créanciers.

[1213] Cass. civ., 6 mai 2009, n°08-10.281 ; v. aussi Cass. com., 1 juill. 2020, n°19-11.658 ; Cass. com., 9 déc. 2020, n°19-17.462.

[1214] v. par ex., CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189 ; CE, 20 janv. 1992, *Sté Jules Viaux*, n°130250 ; CE, 5 déc. 2007, *Sté Nouvelle Parrotta*, n°304334.

[1215] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI,* n°3447.

[1216] CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189, *precit.*

875. **L'établissement du principe** – L'admission des créances au sein du passif de la procédure collective est une compétence exclusive du juge-commissaire, comme le prévoient les articles L. 624-2 et R. 624-3 à R. 624-7 du code de commerce. Confrontée à la contestation de créanciers devant le juge administratif, le Conseil d'État a, de longue date, décliné sa propre compétence, estimant qu' « *il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire de statuer éventuellement sur l'admission ou la non-admission au passif de la liquidation judiciaire, des créances dont se prévaut l'État* »[1217]. Cette solution a été confirmée dans les mêmes termes par le Tribunal des conflits[1218]. En effet, la faculté pour le juge administratif d'établir l'existence d'une créance ne conduit pas nécessairement à ce qu'elle puisse être admise au passif d'une procédure collective, eu égard aux règles spécifiques qui régissent ladite admission.

876. **La justification du principe** – Le juge-commissaire, en tant que garant du respect du droit des entreprises en difficulté pendant la période d'observation, est tenu de contrôler que les règles présidant à l'admission des créances au passif ont bien été respectées par les créanciers. Il en va notamment de l'obligation de déclaration des créances antérieures, prévue aux articles L. 622-24, L. 631-14 et L. 641-3 du code de commerce. Le juge-commissaire est ainsi le garant du respect de la bonne déclaration des créances, notamment eu égard au délai imparti[1219], de la compétence de son auteur[1220], de sa forme et de son contenu[1221]. Il sera également tenu de statuer sur le bienfondé des créances établies sur la base d'une évaluation ainsi que sur les demandes tendant au relevé de forclusion[1222]. Ainsi, l'office du juge-commissaire dépasse la simple recherche de l'existence et de l'établissement du montant d'une créance et consiste surtout, eu égard à une compétence exclusive, à contrôler les règles issues du code de commerce présidant à l'admission des créances au passif.

877. **La recherche d'une compétence *a contrario* de l'ordre administratif** – Le champ de compétence exclusive du juge-commissaire ne portant que sur les conditions d'admission des créances, le juge administratif a pu développer sa propre compétence pour établir l'existence et le

[1217] CE, 20 janv. 1988, *SA Compagnie Française du groupe Jossermoz*, n°65580 ; v. aussi, CE, 24 nov. 2010, *Sté ACMR*, n°328189 ; CAA Douai, 12 juill. 2010, *Office public de l'Habitat LMH*, n°10DA00223 ; CAA Marseille, 24 févr. 2014, *Syndicat mixte du Boréon*, n°11MA01259.

[1218] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI*, n°3447.

[1219] Art. R. 622-21 et R. 622-24 du code de commerce.

[1220] Art. L. 622-24, L. 631-14 et L. 641-3 du code de commerce.

[1221] Art. L. 622-25 et R. 622-21 du code de commerce.

[1222] Art. L. 622-26 du code de commerce.

montant des créances – notamment contractuelles – des personnes publiques[1223]. L'identification des créances par le juge administratif ne présume toutefois pas de leur admission au passif et du respect des conditions de déclaration des créances, une telle compétence relevant exclusivement du juge-commissaire. L'intervention du juge administratif peut donc faire suite au déclinatoire de compétence du juge-commissaire, qui estime qu'il n'est pas compétent pour statuer sur l'existence ou sur le montant de la créance[1224], ou bien faire suite à une saisine spontanée[1225]. Le partage de la compétence en matière d'établissement des créances dans la procédure collective s'articule ainsi, en distinguant l'existence et le montant de la créance qui échoient au juge compétent – éventuellement le juge administratif –, de l'admission au passif de la créance, compétence exclusive du juge-commissaire.

878. Malgré l'existence d'une compétence exclusive du juge-commissaire, la compétence du juge administratif demeure, en miroir, ce qui n'est pas de nature à simplifier le parcours contentieux pour le justiciable.

C) La compétence du juge-commissaire en matière de résiliations prononcées dans le cadre d'une procédure collective

879. Le code de commerce confie au juge-commissaire des attributions contentieuses en matière de résiliation des contrats en cours pendant la période d'observation, qu'il s'agisse de prononcer lui-même la résiliation ou de connaître des litiges en contestation des résiliations prononcées dans le cadre de la procédure collective.

880. **La compétence du juge judiciaire pour procéder à la résiliation d'un contrat administratif en cours pendant la période d'observation** – L'article L. 622-13, IV du code de commerce confie au juge-commissaire la résiliation des contrats en cours lorsqu'elle a été demandée par l'administrateur. Le juge-commissaire apprécie alors la demande de résiliation en fonction de sa nécessité pour la sauvegarde du débiteur et contrôle qu'elle « *ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ». L'application de cette disposition aux contrats administratifs reviendrait à donner compétence à une juridiction de l'ordre judiciaire pour prononcer la résiliation d'un contrat administratif. Or, l'applicabilité des règles relatives aux contrats en cours pendant la

[1223] CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189 ; CE, 20 janv. 1992, *Sté Jules Viaux*, n°130250 ; CE, 5 déc. 2007, *Sté Nouvelle Parrotta*, n°304334.

[1224] Art. L. 624-2 du code de commerce ; v. TC, 25 mai 2005, *SARL SEGI*, n°3447, *precit.*

[1225] CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189, *precit.*

période d'observation, issues de l'article L. 622-13 du code de commerce, a été admise à de nombreuses reprises par le Conseil d'État, comme par les CCAG[1226].

881. **La compétence concurrente du juge administratif pour statuer sur la contestation des résiliations de plein droit** – Pourtant, le Tribunal des conflits a estimé en 2017 dans une décision *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS* que les recours à l'encontre des résiliations prononcées dans le cadre de l'option de l'administrateur ou du liquidateur devaient être portés devant le juge administratif, lorsque le contrat en cours est un contrat administratif :

> *« Lorsque le titulaire d'un contrat administratif conteste la validité de la décision de son cocontractant de résilier ce contrat et demande que cette décision soit annulée, c'est-à-dire que soit ordonnée la reprise des relations contractuelles, ou qu'une indemnité lui soit versée en réparation du préjudice subi, la juridiction administrative est seule compétente pour connaître du litige ;* […] *toutefois* […] *lorsque le titulaire du contrat est une entreprise mise en liquidation judiciaire et que la résiliation contestée a été prononcée au motif que les conditions posées par l'article L.641-11-1 du code de commerce pour que le contrat soit résilié de plein droit étaient remplies, il incombe au juge administratif, en cas de difficulté sérieuse sur ce point, de saisir à titre préjudiciel le juge judiciaire avant de statuer sur la demande d'annulation ou d'indemnisation dont il a été saisi par le liquidateur »*[1227]

882. Si, pour le Professeur Philippe YOLKA, « *le juge des conflits a répondu en jouant un air classique, celui du Clavier bien tempéré* »[1228], il a également semé le doute sur les recours contre les ordonnances de résiliation du juge-commissaire[1229]. Doit-on alors considérer, à la lecture des motifs énoncés par le Tribunal des conflits, que le juge administratif serait également compétent en appel d'une ordonnance en résiliation prononcée par le juge-commissaire ? Ce conflit de compétence est encore *a priori* irrésolu.

[1226] v. ex., CE, 8 déc. 2017, *Me Cosme Rogeau*, n°390906 ; Art. 50 du CCAG Travaux ; v. également Chapitre 4 : La perturbation de l'exécution financière.

[1227] TC, 24 avr. 2017, *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS*, n°4078.

[1228] YOLKA Ph., « *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles* », *AJDA* 2017, p. 1173.

[1229] Art. L. 622-13, IV du code de commerce.

883. On l'appréhende facilement, la répartition des compétences juridictionnelles en matière de résiliation est tout aussi maladroite qu'en matière de créances et c'est la raison pour laquelle il convient d'essayer de dresser au mieux ce qu'est l'état de l'art.

§2. La construction d'un régime de répartition complexe du contentieux des créances contractuelles publiques

884. La question des dettes des personnes publiques à l'égard des entreprises en difficulté ne suscite pas vraiment de difficulté de répartition contentieuse. Le paiement du cocontractant de l'Administration est effectuée sans obstacle issu du droit des entreprises en difficulté. Puisqu'il n'y a pas de procédure dérogatoire relative au paiement de l'entreprise en procédure collective, il appartient au juge administratif, en cas de litige, de trancher sur l'existence, le montant et le paiement de la dette en application des règles de droit public. La question des créances est autrement plus délicate.

885. **La délicate attribution de la compétence juridictionnelle en matière de créances** – Le Professeur Gabriel ECKERT énonce parfaitement la teneur du conflit entre le principe d'égalité entre les créanciers et la protection de l'intérêt général, qui génère une difficulté additionnelle de répartition des compétences juridictionnelles :

> « *Doit être prise en compte l'importance du principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans les procédures collectives* […] *Cette préoccupation devrait conduire à traiter les créances publiques selon les règles de droit commun, sans considération de la personnalité du créancier. Cependant, si "l'égalité est l'âme des procédures collectives … l'inégalité fondée sur la suprématie de l'intérêt général est la caractéristique essentielle des rapports entre l'administration et son cocontractant". Pourtant ce souci d'assimiler les créances publiques aux créances chirographaires de droit commun s'est heurté au principe de séparation des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives* ».[1230]

Alors, si les créances détenues par l'Administration sont soumises, conformément au principe d'égalité entre les créanciers, aux règles communes de la procédure collective, on pourrait douter de l'intérêt de confier ces litiges au juge administratif. Pour autant, l'établissement des créances contractuelles publiques nécessite qu'elles puissent être valides au regard du droit public, avant d'être admises au passif de la procédure collective. Le cumul des règles de droit public et de droit

[1230] ECKERT G., *Droit public et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 10 déc. 1994, p. 699-700, cit. CHARLES H., DERRIDA F, « *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* », *D.* 1977, chr. IV, p. 29.

des entreprises en difficulté applicables aux créances conduit à une répartition contentieuse complexe : le juge administratif applique le droit public pour établir les créances ; le juge judiciaire applique le code de commerce pour les admettre au passif.

886. **L'établissement des créances par le juge administratif** – L'intervention du juge administratif en matière de créances contractuelles se manifeste dans deux hypothèses. En premier lieu, il peut être saisi à la suite d'une décision d'incompétence du juge-commissaire. Conformément à l'article L. 624-2 du code de commerce, ce dernier peut surseoir à statuer sur l'admission d'une créance en considérant « *que la contestation ne relève pas de sa compétence* ». Il appartiendra alors au juge administratif, saisi à cet effet, de statuer sur l'existence et le montant de la créance publique, conformément à la jurisprudence *SARL SEGI*, selon laquelle :

> « *Le juge administratif n'est pas compétent pour statuer sur l'acte par lequel une personne morale de droit public déclare une créance au représentant des créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire, dès lors qu'il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire […]de statuer sur l'admission ou le rejet des créances déclarées ; qu'en revanche le juge administratif est compétent, notamment lorsque le juge-commissaire a décidé, en application de l'article L. 621-104 du code de commerce, que la contestation ne relevait pas de sa compétence, pour statuer sur l'existence et le montant d'une créance née d'un marché public, sous réserve de l'appréciation de la recevabilité des conclusions dont il est saisi au regard des règles régissant le contentieux des marchés publics.* »[1231]

887. En second lieu, le juge administratif peut être saisi spontanément pour statuer sur l'existence et le montant d'une créance, en dehors de toute invitation du juge-commissaire. Ce dernier sursoira donc à statuer sur l'admission de la créance, « *constat*[ant …] *qu'une instance est en cours* »[1232] jusqu'à ce que le juge administratif ait rendu sa décision[1233] [1234], toujours « *sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur le recouvrement de cette créance* »[1235]. Il convient de préciser que la décision du juge administratif n'aura aucune conséquence financière immédiate. La fixation de la créance par le juge administratif ne donne pas de droit acquis à son paiement, en ce qu'il

[1231] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI,* n°3447.

[1232] Art. L. 624-2 du code de commerce

[1233] CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189 ; CE, 20 janv. 1992, *Sté Jules Viaux*, n°130250.

[1234] Ou bien, le cas échéant, son ordonnance en référé provision : v. CE, 5 déc. 2007, *Sté Nouvelle Parrotta*, n°30433.

[1235] *ibid.*

appartient au seul juge-commissaire de statuer sur la régularité de l'admission de la créance au passif. Le règlement de la créance chirographaire dépendra ensuite du respect des règles d'admission des créances en procédure collective, des conditions de rétablissement économique de l'entreprise ou des modalités d'apurement de son passif. Le juge administratif peut toutefois être amené, par le biais de la compensation des dettes et créances connexes[1236], à statuer sur l'existence et le montant d'une créance, à identifier l'existence d'une dette et à procéder à leur contraction[1237]. La compensation pourra conduire à une réduction de la créance, voire à son effacement[1238].

888. **L'admission des créances par le juge judiciaire** – Conformément à l'article L. 624-2 du code de commerce, il appartient au seul juge-commissaire de statuer sur l'admission des créances au passif des procédures collectives. Le juge administratif estime de manière constante qu'« *il n'appartient pas au juge administratif de procéder à l'inscription d'une créance invoquée par une personne publique au passif d'une société commerciale placée en redressement judiciaire* »[1239], ni de « *de statuer sur l'admission ou le rejet des créances déclarées* »[1240]. En revanche, si l'existence ou le montant d'une créance est contesté, le juge-commissaire devra surseoir à statuer si le litige ne relève pas de sa compétence ou encore si, tout en étant compétent, l'établissement de la créance se heurte à une « *contestation sérieuse* »[1241] :

> *« Lorsque le juge-commissaire se déclare incompétent ou constate l'existence d'une contestation sérieuse, il renvoie, par ordonnance spécialement motivée, les parties à mieux se pourvoir et invite, selon le cas, le créancier, le débiteur ou le mandataire judiciaire à saisir la juridiction compétente dans un délai d'un mois à compter de la notification ou de la réception de l'avis délivré à cette fin, à peine de forclusion à moins d'appel dans les cas où cette voie de recours est ouverte. »*[1242]

1236 Art. L. 622-7 du code de commerce.

1237 v. Chapitre 4 : Le bouleversement de l'exécution financière, v. notamment n°546, p. 231.

1238 C'est le cas notamment dans le cadre du décompte des contrats de la commande publique. Le principe d'unicité du décompte (CE, 4 déc. 1987, *Commune de Ricamarie*, n°56108) comme la compétence du juge administratif pour l'établir (CAA Paris, 4 mai 2010, *Office public d'aménagement et de construction de Chelles*, n°08PA03657 ; CAA Paris, 28 mai 2002, *Banque Worms*, n°99PA01464 ; CAA Lyon, 13 juill. 1993, *Banque populaire Bretagne-Atlantique*, n°91LY00405) sont préservés nonobstant la procédure collective.

1239 CAA Douai, 12 juill. 2010, *Office public de l'Habitat LMH*, n°10DA00223 ; v. également, CAA Marseille, 24 févr. 2014, *Syndicat mixte du Boréon*, n°11MA01259 ; CE, 20 janv. 1988, *SA Compagnie Française du groupe Jossermoz*, n°65580 ; v. aussi, CE, 24 nov. 2010, *Sté ACMR*, n°328189 ; TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI,* n°3447 ; TC, 24 juin 1954, *Siret*, *Rec.* 714.

1240 TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI,* n°3447.

1241 Art. L. 624-2 du code de commerce.

1242 Art. R. 624-5 du code de commerce.

Ce n'est ensuite qu'au terme du recours en établissement de la créance que le greffier du Tribunal de la procédure inscrira le montant de la créance – tel que décidé par la juridiction compétence – sur l'état des créances[1243], à charge du juge-commissaire d'en apprécier l'admissibilité[1244].

889. Pour les Professeurs Hubert CHARLES et Fernand DERRIDA, « *la règle est donc simple : la juridiction administrative est seule compétente pour se prononcer sur l'existence ou l'exécution des contrats administratifs et cela même si le cocontractant de l'Administration est en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens. En revanche, le principe de séparation n'a pas pour objet d'affranchir le juge administratif du respect des textes propres aux procédures collectives. En la matière, la compétence ne rejaillit pas sur le fond* […] *Il faut donc admettre que le juge administratif du contrat est tenu par les règles de droit privé relatives aux procédures collectives* »[1245]. Si l'on peut admettre une forme d'intelligibilité de la répartition du contentieux pour l'application de deux corpus juridiques relatifs aux créances, aux logiques opposées, la simplicité est à appréhender du point de vue du justiciable et l'on pourrait alors estimer que la complexité demeure. Le paiement d'une créance dépend de l'intervention de deux juridictions, fait appel à deux saisines, deux décisions aux effets relatifs eu égard à la fragmentation des compétences respectives des juridictions.

890. Toujours est-il, néanmoins, que la répartition des compétences juridictionnelles est plus claire en matière de créances qu'en matière d'exécution technique et notamment de résiliation.

§3. La construction d'un régime de répartition complexe du contentieux pour statuer sur le sort du contrat administratif

891. Le droit applicable à la période d'observation en procédure collective est construit dans une logique d'annihilation des modalités contractuelles comme unilatérales de résiliation du contrat, afin de confier aux organes de la procédure collective le pouvoir de statuer sur le sort du contrat, avec les conséquences contentieuses que l'on pourrait imaginer. Mais le caractère exorbitant du droit public a conduit à remettre en cause « *l'impérialisme du droit des procédures collectives* »[1246]. En dépit de l'article L. 622-13 du code de commerce, coexistent de plusieurs voies de résiliation[1247] :

[1243] v. Art. R. 624-9 du code de commerce.

[1244] La compétence du juge-commissaire pour statuer sur l'admission des créances publiques a encore été confirmée récemment par le Tribunal des conflits ; TC, 13 mars 2023, *Sté du Golf de la vallée*, n°4267.

[1245] CHARLES H., DERRIDA F, « *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* », *D.* 1977, chr. IV, p. 29.

[1246] MONTSERIE-BON M.-H., « *Flux et reflux de l'impérialisme du droit des procédures collectives* », *BJE* nov. 2020, n°06, p. 9.

[1247] v. Chapitre 5 : Le conflit de double exorbitance.

des voies administratives unilatérales, des voies juridictionnelles (par le juge-commissaire, voire par le juge administratif) ainsi que l'option prononcée dans le cadre des procédures collectives. Cela n'est pas de nature à simplifier l'attribution du contentieux de la résiliation du contrat administratif conclu avec une entreprise en difficulté...

892. **La compétence du juge administratif pour contester la résiliation unilatérale du contrat administratif par l'Administration** – Comme cela a pu être abordé lors de précédents développements, l'application des dispositions de l'article L. 622-13 du code de commerce relatives à la résiliation des contrats en cours ne fait pas obstacle à ce que l'Administration contractante puisse faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale. En effet, il est possible d'envisager des hypothèses de résiliation unilatérale dont l'intérêt général et la faute qui en sont à l'origine seraient exogènes à la procédure collective[1248]. En cette hypothèse, tout conduirait à une compétence du juge administratif pour en apprécier la légalité. Il s'agit en effet de statuer sur la mise en œuvre d'une prérogative unilatérale de puissance publique de l'Administration, prononcée dans le cadre d'un contrat administratif, sans lien direct avec la procédure collective engagée ni les pouvoirs des organes de la procédure collective. Ainsi, il appartiendra au débiteur ou aux organes de la procédure collective de saisir le juge administratif dans le cadre d'un recours en reprise des relations contractuelles, dit *Béziers II*[1249].

893. **La compétence nuancée du juge administratif pour statuer sur la contestation de la résiliation d'un contrat administratif prononcée dans le cadre de l'option de l'administrateur ou du liquidateur** – Malgré une appréciation divergente de la Cour de cassation[1250], il est établi depuis une décision *SEMMARIS* du Tribunal des conflits que la résiliation de plein droit d'un contrat administratif prononcée par l'administrateur ou le liquidateur[1251] doit être contestée devant le juge administratif, quitte à ce que le juge judiciaire soit saisi d'une question préjudicielle pour statuer sur l'application des dispositions du code de commerce :

[1248] v. Chapitre 5, Section 2, §1. A), 2).

[1249] CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806, *precit.*

Ne sera pas abordée l'évidente compétence du juge administratif, éventuellement saisi pour prononcer la résiliation juridictionnelle du contrat administratif en cas d'inexécution par l'Administration de ses obligations contractuelles (CE, 2 mars 1951, *Ville de Poissy*, *Lebon* p. 774).

[1250] Cass. com., 18 juin 2013, *SEMMARIS*, n°12-19.054 : « *le juge-commissaire était saisi d'un litige portant sur la résiliation de plein droit d'un contrat en cours prévue par l'article L. 641-11-1, III-1°, du code de commerce, de sorte qu'il était seul compétent pour en connaître, peu important que le contrat ait été conclu par le délégataire d'un service public et comporte occupation du domaine public* ».

[1251] v. art. L. 622-13, III., 1° du code de commerce.

> *« Lorsque le titulaire d'un contrat administratif conteste la validité de la décision de son cocontractant de résilier ce contrat et demande que cette décision soit annulée, c'est-à-dire que soit ordonnée la reprise des relations contractuelles, ou qu'une indemnité lui soit versée en réparation du préjudice subi, la juridiction administrative est seule compétente pour connaître du litige ; […] lorsque le titulaire du contrat est une entreprise mise en liquidation judiciaire et que la résiliation contestée a été prononcée au motif que les conditions posées par l'article L.641-11-1 du code de commerce pour que le contrat soit résilié de plein droit étaient remplies, il incombe au juge administratif, en cas de difficulté sérieuse sur ce point, de saisir à titre préjudiciel le juge judiciaire avant de statuer sur la demande d'annulation ou d'indemnisation dont il a été saisi par le liquidateur. »*[1252]

894. Pour autant, le même « considérant » prévoit par la suite que « *par ailleurs, si celui-ci* [l'administrateur ou le liquidateur] *se borne à demander qu'il soit déclaré que les conditions posées par l'article L.641-11-1 du code de commerce ne sont pas remplies, il lui appartient de saisir le juge judiciaire de sa demande* ». Dès lors, la compétence du juge administratif, bien que clairement affirmée, se trouve finalement concurrencée par la compétence du juge-commissaire, dès lors que les seules prétentions des organes de la procédure collective consistent à une contestation des conditions d'application des articles L. 622-13 et *allii*. Pour le Professeur Frédéric LOMBARD, « *la formule ne nous semble pas d'une clarté évidente et il n'est pas aisé, de prime abord, de la distinguer du premier cas de figure. Il nous semble toutefois qu'elle doit être lue comme affirmant que si le liquidateur conteste la légalité de la mesure de résiliation non pas au regard des règles propres à la matière des contrats administratifs mais au regard des seules dispositions du code de commerce* […] *alors le juge judiciaire est compétent* »[1253]. En tout état de cause, cette affirmation nuancée de la compétence juridictionnelle de l'ordre administratif n'est pas sans poser question, tant elle complexifie la détermination du juge compétent.

895. **La compétence éventuelle du juge-commissaire pour prononcer la résiliation d'un contrat administratif à la demande de l'administrateur** – Conformément à l'article L. 622-13, IV du code de commerce, le juge-commissaire dispose d'une compétence attributive pour procéder à la résiliation d'un contrat en cours qui lui serait demandée par l'administrateur ou le liquidateur :

[1252] TC, 24 avr. 2017, *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS*, n°4078.

[1253] LOMBARD F., « *Résiliation d'un contrat d'occupation du domaine public et liquidation judiciaire : quel est le juge compétent pour statuer sur la résiliation », BJE,* nov. déc. 2017, p. 433.

> *« À la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant. »*

896. La soumission du sort d'un contrat administratif à l'appréciation du juge-commissaire laisse dubitatif, en ce qu'elle permettrait à une composante de l'ordre judiciaire de dépasser sa propre compétence pour examiner les conséquences pour l'intérêt général de la résiliation d'un contrat de droit public. Cette hypothèse n'a jusqu'alors pas été tranchée par la jurisprudence et les CCAG n'en font pas mention. La soumission générale des contrats administratifs au régime des contrats en cours conduit toutefois à envisager sérieusement l'hypothèse de la résiliation de ces conventions par le juge-commissaire. Les juridictions seront nécessairement amenées à statuer sur ce point, qui constitue un véritable imbroglio juridique.

897. **La compétence incertaine pour contester l'éventuelle résiliation d'un contrat administratif par le juge-commissaire** – Si l'on admettait la compétence du juge-commissaire pour procéder à la résiliation d'un contrat administratif, se poserait un nouveau problème juridique de répartition des compétences juridictionnelles concernant sa contestation. Le droit régissant l'organisation de l'ordre judiciaire voudrait que le juge judiciaire soit compétent en appel de la décision du juge-commissaire. Pourtant, l'application de la jurisprudence *SEMMARIS*[1254] du Tribunal des conflits sème le trouble et permet également d'envisager la compétence du juge administratif pour statuer sur la contestation d'une résiliation judiciaire, prononcée dans le cadre de l'article L. 622-13 du code de commerce. Cette question n'a pas été tranchée. Plus qu'un imbroglio, les deux situations seraient en tout état de cause insatisfaisantes, soit au regard de l'organisation de l'ordre judiciaire, soit regard de la compétence du juge administratif pour apprécier l'éventuelle atteinte à l'intérêt général et à procéder à la résiliation d'un contrat administratif. Cette situation, bien qu'éventuelle, mériterait une clarification, soit par une répartition législative, soit, le cas échéant, par l'intervention du Tribunal des conflits.

898. **Conclusions partielles** – Il apparaît que la répartition classique des compétences juridictionnelles entre le juge judiciaire et le juge administratif n'a pas pu être dépassée en matière de contrats administratifs et de procédures collectives. Il en va ainsi notamment en matière de créances et en matière de résiliation. Cet état du droit révèle tant de complexité que d'incertitudes,

[1254] TC, 24 avr. 2017, *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS*, n°4078.

nuisibles à la lisibilité pour le justiciable, soit-il aguerri. C'est la raison pour laquelle des pistes de simplification doivent être recherchées.

Section 3 : L'excessive complexité de la répartition des compétences

899. « *Des créations prétoriennes sont parfois la source d'un embarras certain des juges du fond, appelés à en faire des applications* »[1255]. La répartition du contentieux mêlant droit des entreprises en difficulté et contrats administratifs a été établie de manière empirique, parce que le législateur n'est jamais intervenu pour régler ce conflit majeur. À la recherche d'un équilibre, en ménageant les compétences respectives des deux ordres de juridiction, le Tribunal des conflits a, semble-t-il, cristallisé sa jurisprudence sur un certain nombre de difficultés. Mais la répartition actuelle du contentieux est insatisfaisante, critiquée par la doctrine (§1.) et mériterait l'établissement d'une conciliation plus cohérente des compétences respectives des ordres juridictionnels (§2.).

§1. Une répartition critiquée pour sa complexité

900. Le Tribunal des conflits a été amené à se positionner à de nombreuses reprises, principalement sur les sujets de répartition du contentieux des créances et de la résiliation des contrats en cours. Si le premier sujet est alimenté par de nombreuses décisions, constituant une « *jurisprudence traditionnelle* »[1256] qui « *sédimente le sillon traçant le partage de compétence désormais classique entre les juridictions judiciaires et administrative* »[1257], le sujet de la compétence juridictionnelle en matière de résiliation est encore instable (B) et l'ensemble des solutions fait l'objet de critiques (A).

A) Des critiques générales apportées à la répartition du contentieux

901. Bien qu'aujourd'hui fixé, le régime contentieux de l'établissement et de l'admission des créances publiques alimente deux séries de critiques que l'on pourrait identiquement transposer au régime contentieux de la résiliation, qui tiennent à la complexité et au caractère potentiellement trompeur du parcours contentieux.

902. **L'excessive lenteur de la solution du partage de compétences juridictionnelles** – Les jurisprudences traditionnelles relatives au contentieux des créances publiques dans la procédure

[1255] LE CORRE P.-M., « *Contestation de la créance déclarée : incompétence ou dépassement de l'office juridictionnel, une nuance de taille* », *BJE* 2013, n°3, n°110c4

[1256] ECKERT G., « *Société en liquidation judiciaire : quelles conséquences tirer de l'absence de déclaration de la créance publique* », *CMP* 2011, n°2, comm. 41.

[1257] BRANDEAU J., « *Le droit pour une collectivité publique à faire reconnaître et évaluer une créance indemnitaire sur une société en liquidation judiciaire relève de la compétence du juge administratif* », *Petites affiches* 2011, n°87, p. 9.

collective[1258] conduit à un partage des compétences juridictionnelles, l'établissement des créances échéant aux juridictions administratives et leur admission échéant au juge-commissaire. Eu égard à la temporalité de chacune de ces procédures, l'exercice potentiel de deux instances juridictionnelles pour aboutir au paiement de la créance est décourageant, tant il est source de délais impraticables. C'est la critique que formule le Professeur Pierre-Michel LE CORRE, en considérant que le juge-commissaire devrait être le seul juge des créances en procédure collective :

> « *Le contentieux peut être annoncé comme pléthorique notre législateur du 12 mars 2014, qui a judicieusement supprimé l'irritant contentieux du pouvoir pour déclarer les créances, en a initié un bien pire qui, au lieu de mobiliser une seule juridiction – le juge-commissaire –, en mobilisera deux. L'idée n'est pas bonne. On l'avait averti ! À quand la prochaine réforme pour mettre fin à ce nouveau contentieux artificiel qui va encombrer les juridictions et retarder à l'excès les clôtures de procédure ?* »[1259]

903. Les procès en lenteur sont identiques concernant la contestation d'une option en résiliation d'un contrat administratif, qui relève également d'un partage de compétences juridictionnelles. Pour Fabien KENDERIAN, « *considérer que le juge-commissaire était seul compétent pour connaître des litiges portant sur la résiliation de plein droit des contrats en cours, comme l'avait fait la Cour de cassation en 2013, avait comme avantage de concentrer ce contentieux entre les mains du juge de la procédure collective et de ne pas retarder la liquidation judiciaire* »[1260]. Pour Mehdi BAHOUALA, à propos de la décision *SEMMARIS*, « *s'il est indéniable que la décision rendue par le Tribunal des conflits se veut conciliante avec les deux ordres de juridiction, reste à savoir si cette combinaison ne risque pas de complexifier et d'alourdir la procédure en amplifiant les délais de jugement* »[1261]; le Professeur Philippe YOLKA y voit le même inconvénient :

> *« Il est bien sûr loisible de regretter une solution qui, comme toutes celles consacrant le recours à la question préjudicielle, ajoute du temps au temps du procès (songeons à l'existence de délais contraints et impératifs dans les procédures collectives, au risque d'éviction à l'égard des repreneurs,*

[1258] v. par ex. CE, 20 janv. 1992, *Sté Jules Viaux*, n°130250 ; TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI,* n°3447 ; CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189.

[1259] LE CORRE P.-M., « *Office juridictionnel du juge-commissaire et vérification des créances* », *Gaz. Pal.* 2017, n°2, p. 81.

[1260] KENDERIAN F., « *Résiliation d'un contrat comportant occupation du domaine public : la compétence revient finalement à la juridiction administrative ! », Gaz. Pal.* 2017, n°34, p. 64.

[1261] BAHOUALA M., « *Le titulaire d'un contrat administratif placé en situation de liquidation judiciaire doit saisir le juge administratif pour contester la décision de résiliation de ce contrat* », *AJCT* 2017, p. 520.

> *etc.). La combinaison entre les compétences des deux ordres aboutit presque immanquablement à des côtes mal taillées.* »[1262]

904. Le partage des compétences juridictionnelles – qu'il conduise à deux instances successives ou à l'usage de la question préjudicielle – génère à une critique transversale en alourdissement et en lenteur excessive des recours.

905. **Le risque de jugements trompeurs liés au partage des compétences** – En matière de contentieux des créances, le partage des compétences juridictionnelles conduit à ce que le juge administratif statue pour établir l'existence et le montant des créances, sans présager du sort qu'accordera le juge-commissaire à leur admission et à leur recouvrement dans le cadre de la procédure collective. Le Professeur Gabriel ECKERT synthétise la teneur du problème :

> « *Il est vrai que l'avantage que tirent les créanciers publics de cette solution particulière semble particulièrement formel dans la mesure où le paiement de la créance, bien que reconnue par le juge administratif, se heurtera à la compétence exclusive du juge judiciaire pour en déterminer les modalités de règlement.* »[1263]

906. Pour Pascal RUBELLIN, les juridictions administratives devraient même être habilitées à relever d'office que l'absence de déclaration des créances rend impossible leur admission, afin de ne pas établir l'existence de créances qui ne seront jamais recouvrées :

> « *Que le juge administratif soit compétent en l'espèce pour évaluer les dommages et intérêts ne surprend pas.* […] *En revanche, admettre que l'instance se poursuit malgré l'ouverture de la procédure collective sans avoir déclaré préalablement sa créance est en contradiction flagrante avec la jurisprudence la mieux établie, le juge pouvant d'ailleurs relever d'office cette omission* […] *Souhaitons donc qu'il ne s'agisse que d'un arrêt d'espèce et que le Conseil d'État se soit focalisé sur la question de la compétence du juge administratif, omettant par ailleurs les règles élémentaires du droit de la faillite.* »[1264]

[1262] YOLKA Ph., « *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles* », *AJDA* 2017, p. 1173.

[1263] ECKERT G., « *Société en liquidation judiciaire : quelles conséquences tirer de l'absence de déclaration de la créance publique* », *CMP* 2011, n°2, comm. 41.

[1264] RUBELLIN P., *« L'étrange condamnation d'un débiteur à payer un créancier public antérieur »*, *Droit des entreprises en difficulté*, 2011, n°01, p. 3, à propos de CE, 24 nov. 2010, *Me. Muriel Amauger*, n°328189.

907. La fragmentation du contentieux relatif à une unique prétention du requérant est de nature à ralentir le processus et à générer de la déception inhérente à l'autorité parcellaire de la chose jugée. À cette complexité, s'ajoutent des difficultés additionnelles relatives à l'attribution juridictionnelle du contentieux de la résiliation des contrats administratifs.

B) Des critiques spécifiques apportées au régime de la répartition du contentieux de la résiliation

908. La décision *SEMMARIS*[1265] du Tribunal des conflits a reçu un accueil mitigé. Si elle a permis de trancher un conflit de compétences qui avait trop duré (« *en l'espèce, plus de huit années de procédure auront été nécessaires pour déterminer l'ordre juridictionnel compétent* »[1266]) et d'apporter une forme de stabilité, elle suscite de nombreuses critiques, eu égard à son caractère excessivement conciliateur et générateur de complexité, d'aucuns préférant la solution apportée par la Cour de cassation en 2013. En tout état de cause, elle ne règle malheureusement que marginalement le problème de la répartition des compétences juridictionnelles entourant la résiliation des contrats administratifs conclus avec des entreprises en difficulté.

909. **La décision *SEMMARIS* saluée pour la clarification de la répartition du contentieux** – L'affaire de la résiliation de la convention d'occupation du domaine public sur le marché de Rungis, débutée par une décision d'incompétence du juge-commissaire en date du 7 septembre 2010, a conduit à une décision du 18 juin 2013 de la Cour de cassation[1267] affirmant la compétence dudit juge-commissaire, à une décision de renvoi au Tribunal des conflits de la même Cour de cassation le 6 décembre 2016[1268], alors que le Tribunal administratif de Melun le 20 mars 2013 et la Cour administrative d'appel de Paris le 9 avril 2015[1269] s'étaient reconnus eux-mêmes compétents. C'est dire à quel point la question de la compétence juridictionnelle était complexe et nécessitait l'intervention du Tribunal des conflits. Ladite intervention est alors saluée par la doctrine, notamment le Professeur Gabriel ECKERT, qui considère que « *le principe posé est clair mais son application risque de ne pas être dénuée de complexité* »[1270]. L'enjeu de clarification est identiquement salué par le Professeur Frédéric LOMBARD :

1265 TC, 24 avr. 2017, *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS*, n°4078.

1266 KENDERIAN F., « *Résiliation d'un contrat comportant occupation du domaine public : la compétence revient finalement à la juridiction administrative ! », Gaz. Pal.* 2017, n°34, p. 64, *precit.*

1267 Cass. com., 18 juin 2013, *SEMMARIS*, n°12-19.054.

1268 Cass. com., 6 déc. 2016, *SEMMARIS*, n°15-13.466.

1269 CAA Paris, 9 avr. 2015, *SEMMARIS*, n°13PA01951.

1270 ECKERT G. , « *En cas de liquidation judiciaire, qui peut juger de la résiliation du contrat* », *CMP* 2017, n°6, comm. 175.

> « *L'objet d'étude* […] *offre qui plus est assez peu de lignes claires garantissant une sécurité juridique dont l'activité économique et les entreprises en difficulté ont pourtant besoin. La présente décision contribuera probablement à rendre le droit positif plus sûr et lisible* »[1271].

910. **La décision *SEMMARIS* saluée pour son équilibre** – La position du Tribunal des conflits a également pour vertu de respecter les compétences respectives des deux ordres juridictionnels en prévoyant une compétence de principe du juge administratif, tout en l'invitant le cas échéant à recourir à une question préjudicielle. Elle reconnaît l'hypothèse d'une compétence exclusive du juge judiciaire lorsque seule l'application du code de commerce est envisagée par le requérant. Ainsi le Professeur Frédéric LOMBARD estime que *« la solution semble équilibrée, car elle est respectueuse tout à la fois de la nature administrative du contrat en cause et du caractère d'ordre public des règles gouvernant le droit des entreprises en difficulté* »[1272] ; le Professeur Philippe YOLKA reconnaît également le caractère pondéré de la décision du Tribunal des conflits :

> « *Le juge des conflits a répondu en jouant un air classique, celui du Clavier bien tempéré. Classicisme, parce que la compétence du juge administratif pour connaître de la demande tendant à faire annuler la décision de résilier un contrat administratif est rappelée (avec cette conséquence que ladite compétence se trouve retenue au cas d'espace). Tempéraments, car ce principe doit s'entendre sous deux réserves : d'une part, la nécessité de renvoyer une question préjudicielle au juge judiciaire en cas de difficulté sérieuse sur le point de savoir si les conditions posées par l'article L. 641-11-1 du code de commerce sont remplies (la juridiction administrative - dont le pré carré est en bonne part préservé - appliquant, hors de ce cas particulier, les règles d'ordre public issues du code de commerce aux contrats administratifs) ; d'autre part, la compétence exclusive du même juge judiciaire lorsque le liquidateur de l'entreprise titulaire du contrat administratif litigieux se borne à demander qu'il soit déclaré que ces conditions ne le sont pas. Voici qui enrichit encore la gamme des questions préjudicielles entre les deux ordres de juridiction.* »[1273]

911. **La décision *SEMMARIS* critiquée pour sa pondération excessive** – La précaution du Tribunal des conflits, qui consistait à prévoir la compétence du juge-commissaire lorsque seules sont soulevées des prétentions liées à l'application de la résiliation de plein droit de l'article L. 622-

---

[1271] LOMBARD F., « *Résiliation d'un contrat d'occupation du domaine public et liquidation judiciaire : quel est le juge compétent pour statuer sur la résiliation », BJE,* nov. déc. 2017, p. 433.

[1272] *ibid.*

[1273] YOLKA Ph., « *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles* », *AJDA* 2017, p. 1173.

13, suscite également la critique légitime des mêmes auteurs qui reconnaissent l'équilibre de la solution. En effet, pour le Professeur Frédéric LOMBARD, ce partage de compétence selon les moyens invoqués est maladroite :

> « *Elle est toutefois critiquable au point de vue de la forme car on attend du juge des conflits qu'il désigne un juge compétent à tout coup et non une compétence alternative selon les questions posées. Cette critique nous semble d'ailleurs renforcée par le fait qu'ici, la compétence juridictionnelle dépendra de la question posée au juge et de l'argumentation développée en soutien : s'il s'agit de se placer sur le terrain du contentieux contractuel de droit public, le juge administratif sera compétent, mais si le requérant ne s'appuie que sur les dispositions du Code de commerce sans égard pour la dimension et le contexte administratifs de la décision de résiliation, c'est-à-dire s'il envisage et traite, dans sa demande en justice, la résiliation en question comme une résiliation « ordinaire », le juge judiciaire retrouve sa compétence. La solution est troublante dans la mesure où, d'évidence, c'est la nature du litige qui doit déterminer le juge compétent et non les choix procéduraux et argumentatifs, voire l'habileté des requérants.* »[1274]

912. Un tel choix de partager la compétence selon les moyens est insatisfaisante, en ce qu'elle empêcherait implicitement que soient produits en cours d'instance devant le juge-commissaire des moyens extrinsèques à la procédure collective, sauf à ce que le juge-commissaire se déclare incompétent au profit du juge administratif. La répartition semble alors difficilement praticable.

913. **La décision *SEMMARIS* critiquée au profit de la solution de la Cour de cassation**[1275] – La Cour de cassation avait fait du juge-commissaire le seul juge compétent pour statuer sur la résiliation dans le cadre de l'option sur les contrats administratifs. Cette solution avait pour vertu de simplifier l'attribution du contentieux, quitte à recourir à des questions préjudicielles le cas échéant. C'est la position défendue par Fabien KENDERIAN :

> « *Considérer que le juge-commissaire était seul compétent pour connaître des litiges portant sur la résiliation de plein droit des contrats en cours, comme l'avait fait la Cour de cassation en 2013,*

[1274] LOMBARD F., « *Résiliation d'un contrat d'occupation du domaine public et liquidation judiciaire : quel est le juge compétent pour statuer sur la résiliation », precit.*

[1275] Cass. com., 18 juin 2013, *SEMMARIS*, n°12-19.054 : « *le juge-commissaire était saisi d'un litige portant sur la résiliation de plein droit d'un contrat en cours prévue par l'article L. 641-11-1, III-1°, du code de commerce, de sorte qu'il était seul compétent pour en connaître, peu important que le contrat ait été conclu par le délégataire d'un service public et comporte occupation du domaine public* ».

> *avait comme avantage de concentrer ce contentieux entre les mains du juge de la procédure collective et de ne pas retarder la liquidation judiciaire.* »[1276]

914. Cette position peut toutefois être nuancée, en ce que la simplicité de la compétence exclusive du juge-commissaire ne l'absolvait pas de la nécessité de recourir, le cas échéant, à une question préjudicielle pour statuer sur les questions relatives au contrat administratif. La lenteur de la procédure semble malheureusement une constante dans l'équation contentieuse.

915. **La persistance d'incertitudes contentieuses** – Si la décision *SEMMARIS* tranche un conflit de compétences jusqu'alors irrésolu, elle ne couvre certainement pas l'ensemble du champ des résiliations de contrats administratifs prononcées dans le cadre des procédures collectives. Le Tribunal des conflits devra encore se positionner sur la compétence du juge-commissaire pour prononcer la résiliation d'un contrat administratif en vertu de l'article L. 622-13, IV et *alii* et le cas échéant, sur l'attribution de compétence juridictionnelle en cas de contestation de la résiliation d'un contrat administratif par le juge-commissaire. Ce vide juridique, source d'insécurité juridique est problématique :

> « *L'arbitraire, qui n'a pas sa place au royaume de la justice républicaine, doit être vigoureusement pourchassé et, pour l'être, il faut faire en sorte que la justice soit éclairée. Alors, quels principes directeurs* […] *afin de ne pas faire dépendre la désignation de la personne en charge de saisir le tribunal de la roulette russe, qui peut provoquer la mort économique d'innocentes victimes ?* »[1277]

916. L'on peut en conclure que la répartition contentieuse est insatisfaisante du point de vue de la doctrine, et sur de nombreux points. Sans pouvoir prétendre à résoudre l'insoluble, il convient d'envisager quelles pourraient être les remèdes à ce partage de compétences impraticable.

§2. Les clés d'une simplification de la répartition

917. Le partage des compétences juridictionnelles tel qu'il est établi par le Tribunal des conflits est critiqué pour sa complexité, sa lenteur, sa déconnexion des préoccupations des requérants, son caractère inachevé et parfois la fragilité des solutions apportées. Toutes ces difficultés ne peuvent

[1276] KENDERIAN F., « *Résiliation d'un contrat comportant occupation du domaine public : la compétence revient finalement à la juridiction administrative ! », precit.*

[1277] LE CORRE P.-M., « *Office juridictionnel du juge-commissaire et vérification des créances* », *Gaz. Pal.* 2017, n°2, p. 81.

être aisément résolues, sans porter atteinte à la qualité du traitement contentieux. Pour autant, les solutions pourraient être perfectionnées.

918. **L'impossibilité d'une répartition entièrement satisfaisante du contentieux** – De nombreuses hypothèses de perfectionnement de la répartition du contentieux peuvent être envisagées. Pour autant, la technicité de la matière conduira à une forme de complexité des solutions ; la nécessité de respecter les compétences juridictionnelles de chacun des deux ordres conduit à un allongement des délais de décision, y-compris si l'on confie à l'un des deux ordres l'ensemble du contentieux, en raison de la temporalité du mécanisme de la question préjudicielle. C'est le point de vue général du Professeur Philippe YOLKA :

> « *La combinaison entre les compétences des deux ordres aboutit presque immanquablement à des côtes mal taillées* […] *La création d'un véritable bloc de compétence – au profit du juge des procédures collectives ou du juge des contrats administratifs – aurait sans doute entraîné, par effet de ricochet, des dégâts plus importants. La position retenue par le Tribunal des conflits* […] *constitue donc une solution du moindre mal, qu'il semble difficile de désapprouver dans son principe, notre système juridictionnel étant ce qu'il est.* »[1278]

919. En effet, il n'existe pas de solutions simplistes, telle qu'elles ont pu fleurir à la suite de la décision *SEMMARIS*, sauf à faire preuve d'une radicalité extrême, comme le propose dans son commentaire le Professeur Joël MONEGER :

> « *Dans l'attente d'une organisation unifiée des juridictions françaises, les incertitudes quant à la compétence des juges administratifs et judiciaires continuent de rendre quelque peu absconses les débats, sans compter que la durée totale des procédures devient inacceptable.* […] *En définitive, force est de relever que si l'État et les personnes de droit public entendent participer aux actions économiques, c'est toujours en se prévalant du pouvoir régalien qui leur permet de déroger à l'application ordinaire du droit que subissent les autres opérateurs économiques. Le jour où les personnes publiques accepteront de se considérer comme les égales des personnes privées et cesseront de se créer des prérogatives dérogatoires n'est pas pour demain.* »[1279]

[1278] YOLKA Ph., « *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles* », *AJDA* 2017, p. 1173.

[1279] MONEGER J., « *De la compétence du juge administratif ou du juge-commissaire pour apprécier la résiliation d'un contrat de concession en cours dont l'assimilation à un bail d'immeuble est demandée par le liquidateur* », *RTD com.* 2017, p. 584.

920. Ce n'est pas la voie de la brutalité, de la remise en cause de l'intérêt général et de la pertinence de la dualité de juridiction qui sera ici retenue et lui sera préférée celle de la conciliation. Comme l'énonçait parfaitement Ariane MEYNAUD-ZEROUAL, « *l'allégorie de la déesse Thémis, tenant entre ces mains les plateaux de la balance lors d'un jugement, nous enseigne que la justice ne peut être pensée comme une œuvre de radicalité. Elle suppose, de la part de ceux qui la rendent, un sens de l'équilibre entre revendications et principes contradictoires. Cette nécessité récurrente de concilier des principes antagoniques se manifeste à travers le rôle que le système juridique reconnaît au juge. La résolution d'un conflit matériel entre deux règles ou principes peut, tout d'abord, se traduire par le rejet intégral de l'un d'entre eux. Or cette vision tranchée de la justice ne reflète pas la manière dont se déroule le travail juridictionnel. De surcroît, elle ne répondrait pas aux exigences d'une justice moderne, comprise comme une œuvre de conciliation* […] *La bonne administration de la justice apparaît, à cet égard, comme l'une de ces variables d'ajustement au cœur de la justice administrative.* »[1280]

921. **La bonne administration de la justice comme clé de répartition** – L'affirmation de la licéité de l'unification des règles de compétence juridictionnelle en vertu du principe de bonne administration de la justice est issu de la célèbre décision *Conseil de la concurrence*[1281]. Il implique que « *lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé* »[1282]. Une intervention du législateur serait souhaitable pour traiter de manière globale, cohérente et mesurée le problème de la répartition des compétences juridictionnelles en vertu de ce principe.

922. **La lisibilité comme finalité** – La possibilité pour le législateur de confier à un ordre de juridiction le traitement d'un contentieux partagé ne résoudrait pas tous les problèmes et ne réduirait pas nécessairement les délais de jugement. En effet, quel que soit l'ordre à qui serait confié ce contentieux dans l'objectif d'une bonne administration de la justice, l'on ne pourrait pas sacrifier la qualité des jugements et les compétences juridictionnelles respectives des deux ordres et donc se passer, parfois, de saisines à titre préjudiciel de l'autre ordre de juridiction. Pour autant, l'unicité de juridiction et l'unicité de saisine auraient pour vertu de simplifier le parcours contentieux pour les parties et d'apporter la lisibilité attendue.

[1280] MEYNAUD-ZEROUAL A., *La bonne administration de la justice et le juge administratif*, Mémoire, 2012, Panthéon-Assas, p. 2.

[1281] CC, du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n°86-224 DC.

[1282] *ibid.*

923. **Le juge judiciaire, réceptacle de l'ensemble du contentieux des créances et de l'application de l'article L. 622-13 du code de commerce** – Une intervention législative pourrait conduire à ce que le juge-commissaire et les juridictions judiciaires soient les seuls réceptacles du contentieux des contrats administratifs confrontés aux procédures collectives, à tout le moins en matière de créances et en matière de résiliation prononcée dans le cadre de l'article L. 622-13 et *alii*, tout en devant user de questions préjudicielles pour traiter de questions relatives à l'application du droit public. Le choix de confier ce contentieux à la juridiction judiciaire se justifie à de nombreux égards.

924. D'abord en termes de temporalité, le contentieux relatif aux créances conduit nécessairement à ce que le juge-commissaire intervienne finalement pour statuer sur leur admission. Alors, plutôt que d'inviter le requérant à saisir le juge administratif pour établir la créance, puis le juge-commissaire pour admettre la créance au passif, mieux vaudrait-il faire du juge-commissaire le seul juge de saisine, pour qu'il se charge, le cas échéant, de saisir à titre préjudiciel le juge administratif pour statuer sur l'existence et le montant de la créance.

925. Ensuite, en termes de lisibilité, la décision *SEMMARIS* du Tribunal des conflits était critiquée pour son incapacité à trancher la répartition du contentieux, notamment en ce qu'elle faisait appel aux moyens invoqués comme clé de répartition. La décision de la Cour de cassation sur la même affaire[1283], qui avait conclu en 2013 à la compétence exclusive de la juridiction judiciaire en matière de contestation de l'option en résiliation, avait pour vertu de clarifier la saisine, sans toutefois épargner au juge judiciaire de devoir saisir le juge administratif à titre préjudiciel le cas échéant. De la même manière en matière de créances, l'unicité de juridiction permettrait d'éviter que soient rendues deux décisions contradictoires, le juge administratif ayant établi l'existence de la créance mais le juge-commissaire ayant refusé son admission.

926. Enfin, confier l'ensemble du contentieux issu de l'article L. 622-13 et *alii* au juge judiciaire permettrait de traiter l'hypothèse de la résiliation d'un contrat administratif par le juge-commissaire à la demande de l'administrateur ou du liquidateur. Le juge-commissaire dispose en effet d'une compétence attributive pour ce faire et les contrats administratifs sont soumis au droit des contrats en cours ; il conviendrait donc d'entériner cette originalité juridique et de confier l'ensemble de cette chaîne contentieuse au juge judiciaire.

[1283] Cass. com., 18 juin 2013, *SEMMARIS*, n°12-19.054

927. **Le juge administratif, réceptacle de l'ensemble du contentieux issu de l'exorbitance publique** – L'intervention législative pourrait également réaffirmer la spécificité du contentieux public de l'exorbitance publique. Ainsi, le juge administratif demeurerait le seul réceptacle de la contestation des résiliations unilatérales prononcées par l'Administration contractante pour des motifs d'intérêt général ou à titre de sanction, exogènes à la procédure collective. Le cœur de la compétence du juge administratif serait alors préservé, lui permettant de construire sereinement sa jurisprudence sur la place de l'exorbitance publique dans les procédures collectives.

928. La répartition du contentieux ici proposée ne répond pas – et ne pourrait pas répondre – à l'ensemble des critiques précédemment énoncées. Elle en susciterait probablement de nouvelles. Pour autant, elle semble à la fois la moins dogmatique, la plus équilibrée et la plus lisible du point de vue des parties.

929. La répartition du contentieux des créances et des résiliations a actuellement un goût d'inachevé, de complexité, en plus de demeurer incomplète. Seul le législateur a la capacité de procéder à un partage pondéré et cohérent des compétences juridictionnelles des deux ordres, qui permettrait de garantir la simplification du parcours contentieux.

930. **Conclusions partielles** – L'état de la répartition des compétences juridictionnelles en matière de créances et de résiliation dans le cadre des procédures collectives est largement critiqué par la doctrine, qui constate l'imperfection des solutions jurisprudentielles proposées. Pour plus de lisibilité et dans la droite ligne de l'objectif à valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice, il conviendrait que les blocs de compétence soient redéfinis par le législateur. Ainsi l'ensemble du contentieux des créances et des résiliations de l'article L. 622-13 du code de commerce devrait être confié au seul juge judiciaire. À l'inverse, la mise en œuvre des mesures exorbitantes des personnes publiques devrait ne pouvoir être contestée que devant le seul juge administratif. Il est démontré au cours de cette étude que le droit administratif subit – et cela est admissible – une altération de son régime juridique classique. Mais il ne faudrait pas laisser perdurer un état dans lequel au dérèglement constaté s'ajoute l'illisibilité du droit.

Conclusion du chapitre 1

931. Le juge administratif est le juge des contrats administratifs ; le juge judiciaire celui des procédures collectives. La répartition des compétences juridictionnelles en cas de confrontation du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratifs promettait d'être complexe et cela n'a pas été démenti.

932. La complexité de la répartition a des causes profondes. Il en va en premier lieu de la compétence exclusive des deux ordres de juridictions, qui n'a pas été conçue pour être nuancée. Ainsi, les contrats administratifs sont intrinsèquement liés au juge administratif ; l'administrativité du contrat est la matrice de la compétence du juge administratif, qui a par ailleurs construit l'essentiel de leur régime d'identification et partant, sa propre compétence. Parallèlement, le juge judiciaire dispose d'une compétence légale, attributive et exclusive en matière de procédures collectives. Comme une évidence historique, jamais démentie, le droit des entreprises en difficulté, branche du droit commercial et empreint de logiques économiques propres au droit des affaires, est intrinsèquement lié au juge judiciaire.

933. Il en découle alors une complexité extrême dans la répartition du contentieux et partant, des solutions imparfaites, voire inexistantes du Tribunal des conflits. Si l'on suivait à la lettre le code de commerce, en faisant fi de l'administrativité des contrats ; l'on pourrait estimer que le juge judiciaire demeurerait le seul juge des créances et des résiliations dans le cadre des procédures collectives. La jurisprudence du Tribunal des conflits, marquée par l'équilibre le plus subtil, réfute l'attribution sèche des compétences juridictionnelles. Il en résulte une complexité extrême de la répartition du contentieux, critiquée pour la lenteur qu'elle engendre, son illisibilité, son incomplétude et son excessive pondération.

934. Alors, seule, peut-être une intervention législative, marquée du sceau de la bonne administration de la justice, permettrait de parvenir à une répartition plus lisible et simple du contentieux. Mais dans ce domaine comme dans tant d'autres lorsqu'il s'agit de concilier, la tâche n'est pas aisée et l'ensemble des critiques ne pourraient pas être levées.

935. En tout état de cause, il ne suffirait pas de répartir correctement le contentieux ; encore faudrait-il établir comment se manifesterait alors la pratique contentieuse.

Chapitre 2

La complexification du contrôle des juges

« Modest doubt is called the beacon of the wise. »[1284]

« Our Doubts are traitors and make us lose the good we oft might win by fearing to attempt. »[1285]

936. Confrontées à la combinaison des régimes juridiques, répartition et logiques contentieuses spécifiques, les juridictions administratives et judiciaires sont confrontées à une complexification d'ampleur de la pratique contentieuse. Par analogie aux termes de William Shakespeare, l'on peut estimer que les juges saisis de contentieux mixtes sont incités au doute. Mais si le doute raisonnable, synonyme parfois de prudence, est vecteur de sagesse, voire d'une meilleure coordination des solutions jurisprudentielles, ce n'est pas le cas d'une complexification excessive. En effet, les incertitudes excessives sur le régime, la compétence et la procédure contentieuse peuvent être de nature à porter atteinte à la qualité des décisions et à ralentir le processus de jugement, perturbant ainsi l'intérêt général ou le bon déroulement des procédures collectives. C'est la crainte légitime qui est ici abordée.

937. Face aux procédures collectives, le juge administratif est confronté à la relativité de son pouvoir d'appréciation traditionnel en contentieux des contrats administratifs, ainsi qu'à une exorbitance commerciale maîtrisée par la juge judiciaire. Face aux contrats administratifs, le juge judiciaire, maître de la procédure collective, est confronté aux pouvoirs exorbitants des personnes publiques ainsi qu'à un régime juridique protecteur de l'intérêt général, propre aux contrats administratifs. Toutes deux confrontées à la relativité de leur compétence juridictionnelle, les juridictions administrative et judiciaire sont placées dans un *imbroglio* juridique aux conséquences immanquablement insatisfaisantes.

938. Les règles de répartition du contentieux comme une part non négligeable de doute les conduiront nécessairement à user de questions préjudicielles pour statuer sur des points accessoires de difficulté qui ne relèvent pas de leur compétence. La multiplication des procédures

[1284] SHAKESPEARE W., *Troïlus and Cressida*, acte II, sc. 2, « Le doute modeste est appelé le phare du sage », cité par CARBONNIERES (de) L., « *Le doute et le magistrat. Réflexions historiques sur la quête impossible d'une preuve infaillible* », *Les Cahiers de la Justice* 2020/4 (N°4), p. 673 à 687.

[1285] SHAKESPEARE W., Measure for Measure, acte IV, sc. 1., « Nos doutes sont des traîtres et nous empêchent de prendre les bonnes décisions par crainte d'essayer », cité par CARBONNIERES (de) L., *precit.*

juridictionnelles est susceptible de perturber, de ralentir le déroulement des procédures collectives comme de rendre incertaine l'exécution des contrats administratifs. En soi, l'ensemble des incohérences et difficultés abordées dans les présents travaux se retrouvent soumises à l'appréciation des juges, afin de permettre leur résolution. Le juge, quel qu'il soit, est confronté à l'obligation de concilier de régimes juridiques qui n'ont jamais été conçus pour l'être, à statuer en vertu de sa compétence, sans empiéter sur celle de l'autre ordre. Le juge doute légitimement face à une confrontation inédite de deux logiques juridiques et contentieuses.

939. La conséquence de la difficile articulation du droit et contentieux des contrats administratifs et procédures collectives est donc nécessairement une forme de complexification de la pratique contentieuse.

940. C'est la raison pour laquelle il importera d'abord d'établir la réalité de cette complexification (Section 1), avant de tenter d'apporter des pistes de simplification de la pratique contentieuse (Section 2).

Section 1 : L'établissement de la complexité

942. Il découle du partage des compétences juridictionnelles une complexité pour les juridictions des deux ordres à traiter les litiges relatifs aux contrats administratifs confrontés à la procédure collective. Le traitement contentieux de ces litiges fait face à des obstacles divers, tenant principalement à l'étendue de la compétence juridictionnelle de chacun des ordres, à la carence en jurisprudence du Tribunal des conflits pour tracer la frontière des compétences juridictionnelles. La complexité se révèle encore au travers de la spécificité des matières abordées, notamment lorsqu'une conciliation obligerait le juge judiciaire à peser les conséquences d'une solution sur l'intérêt général ou, pour le juge administratif, à prendre en considération le déroulement de la procédure collective, dont il ne connaît que les grandes lignes. Le champ d'application des questions préjudicielles pose aussi question, eu égard à l'absence d'établissement clair du champ de la « jurisprudence établie », aux délais qu'elles engendrent, de nature à porter préjudice au déroulement de la procédure collective. Pour établir les difficultés contentieuses rencontrées par les juridictions administratives et judiciaires, il convient d'établir celles qui sont communes et spécifiques à chacun des ordres (§1.) pour ensuite aborder plus spécifiquement les contraintes liées aux fonctionnement du mécanisme de la question préjudicielle (§2.).

§1. Des difficultés de traitement du contentieux pour les deux ordres de juridiction

943. Parmi les difficultés de traitement du contentieux pour les juridictions, l'on peut distinguer celles qui sont communes aux deux ordres (A), et celles qui sont spécifiques à chaque ordre, liées à la spécificité des matières juridiques rencontrées (B).

A) Des difficultés communes de traitement du contentieux

944. Les deux ordres de juridictions sont confrontés aux mêmes difficultés. Les premières ont été identifiées et critiquées tout au long des présents travaux. Elles tiennent à l'imperfection, voire la carence des solutions de conciliation des intérêts divergents qui s'affrontent lorsque se rencontrent le droit des contrats administratifs et le droit des entreprises en difficulté.

945. Le présent développement pourrait constituer la synthèse de l'ensemble des critiques formulées tout au long de ces travaux, qui visent l'insuffisance de la conciliation des enjeux propres aux deux matières ici confrontées. Qu'il s'agisse du partage imparfait des compétence juridictionnelles ou de difficultés plus sectorielles, comme celles qui concernent la cession des contrats administratifs en cas de substitution du cocontractant, l'exécution technique et financière des

contrats administratifs pendant la procédure collective ou encore la confrontation des règles exorbitantes, le juge saisi, quel qu'il soit, est confronté à des difficultés dont il convient d'identifier les tenants.

946. **Une incertitude majeure : la compétence juridictionnelle** – La principale difficulté pour le juge saisi, quel qu'il soit, tient à l'établissement de sa propre compétence pour statuer. Or, comme cela a pu être abordé lors des précédents développements, les litiges intéressant les contrats administratifs confrontés au droit des entreprises en difficulté font appel à la compétence des deux ordres de juridiction. Se pose alors pour le juge la question du partage de compétence juridictionnelle, de l'ampleur de l'appréciation de fait ou de droit qu'il peut déployer pour trancher le litige. Il faut ajouter à cela que la jurisprudence du Tribunal des conflits est encore lacunaire.

947. En matière de résiliation, à titre d'illustration, les insuffisances de la jurisprudence *SEMMARIS*[1286] ont été largement explicitées. En premier lieu, le Tribunal des conflits distingue les moyens invoqués au soutien de la résiliation dans le cadre de l'option pour établir la compétence juridictionnelle, selon qu'il est attendu que le requérant « *se borne à demander qu'il soit déclaré que les conditions posées par l'article L. 641-11-1 du code de commerce ne sont pas remplies* » ou qu'il est attendu que le juge déploie une analyse de la légalité de la mesure de résiliation à l'égard d'autres prétentions. La relativité de la compétence juridictionnelle est alors très contestable et source de complexité contentieuse. En second lieu, le Tribunal des conflits n'a pas été amené à se positionner sur la compétence juridictionnelle pour la contestation d'une résiliation unilatérale par l'Administration, ni sur la compétence du juge-commissaire pour statuer sur la résiliation d'un contrat administratif à la demande de l'administrateur[1287].

948. Dans l'ensemble des autres domaines, le partage des compétences juridictionnelles conduira la juridiction saisie à douter de l'étendue de sa propre compétence, à recourir à des questions préjudicielles entre ordres de juridictions, voire à un déclinatoire de compétence juridictionnelle, afin que le Tribunal des conflits tranche la répartition du contentieux. Quelle que soit la situation, l'absence ou l'insuffisance de jurisprudence du Tribunal des conflits place la juridiction saisie dans une situation difficile d'incertitude, susceptible de porter atteinte à la sécurité juridique, à la lisibilité de la jurisprudence comme au succès de la procédure collective. Mais au-delà de la

[1286] TC, 24 avr. 2017, *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS*, n°4078.

[1287] Art. L. 622-13, IV. du code de commerce.

répartition du contentieux, difficulté majeure pour le juge, l'application du fond du droit n'est pas dénuée de complexité.

949. **L'incertitude liée à la diversité des régimes de résiliation des contrats administratifs** – C'est le cas en matière de résiliation, en ce que coexistent les résiliations de l'article L. 622-13 du code de commerce et les résiliations unilatérales de l'Administration[1288]. En effet, s'il est admis que l'administrateur puisse, par le biais de l'option, constater la résiliation d'un contrat administratif en cours sur mise en demeure du cocontractant public[1289], le doute subsiste sur la possibilité pour l'administrateur de mettre un terme à l'exécution d'un contrat administratif en raison de l'incapacité financière du débiteur à l'honorer[1290], sur la possibilité pour le juge-commissaire, juge judiciaire à résilier un contrat administratif en cours à la demande de l'administrateur ou du liquidateur[1291], comme sur l'ampleur du pouvoir de résiliation unilatérale du contractant public nonobstant l'ouverture de la procédure collective et l'alinéa premier de l'article L. 622-13 du code de commerce.

950. En ce qui concerne les hypothèses de résiliation issues des paragraphes II et IV de l'article L. 622-13, l'hypothèse ne semble pas pour l'heure s'être posée. Il est difficile pour l'heure de déterminer comment le juge judiciaire comme le juge administratif pourraient statuer sur ces questions, en ce qu'elles reviennent alternativement à donner à un organe de la procédure collective la possibilité de prononcer unilatéralement – et sans intervention préalable de l'Administration – la résiliation d'un contrat administratif ou bien à confier au juge judiciaire le soin de résilier un contrat administratif en mesurant les conséquences de cette résiliation sur l'intérêt général. La mise en œuvre des multiples régimes de résiliation (option, résiliation par l'administrateur, résiliation par le juge-commissaire, résiliation unilatérale dans l'intérêt général, résiliation unilatérale pour faute), sans même aborder l'hypothèse de la nullité d'un contrat administratif conclu pendant la période suspecte, n'est pas sans susciter l'incertitude des juridictions qui en seront nécessairement saisies.

951. **L'incertitude sur le sort des biens publics incorporés temporairement au patrimoine du débiteur** – Conformément à l'article 2276 du code civil, « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ».

[1288] v. Chapitre 4 : Le conflit de double exorbitance.

[1289] v. par ex., CE, 8 déc. 2017, *SEMMARIS*, n°390906.

[1290] Art. L. 622-13, II. du code de commerce.

[1291] Art. L. 622-13, IV. du code de commerce.

Le principe est pleinement exploité par le droit des entreprises en difficulté, en ce que « *pour fixer au plus vite l'étendue exacte des actifs de l'entreprise, la loi impose aux propriétaires de faire vérifier leurs droits dès le jugement d'ouverture de la procédure. À défaut de toute diligence, les biens non revendiqués seront alors réputés appartenir au débiteur* »[1292]. L'article L. 624-16 du code de commerce prévoit que « *peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur* », dans un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture, faute de quoi ils seront incorporés au patrimoine du débiteur pour faire l'objet, le cas échéant, d'une liquidation pour désintéresser les créanciers.

952. Il se trouve que dans le cadre d'un contrat administratif, qu'il s'agisse d'un marché public, d'une concession ou à titre d'accessoire d'une convention d'occupation du domaine public, peuvent être confiés à des entreprises des biens meubles, du domaine public comme du domaine privé. Dans le premier cas, bien que marginal, il pourra s'agir de biens entrant dans la catégorie des biens du domaine public mobilier, dont la liste est établie à l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Ils pourront, le cas échéant, être confiés à une entreprise, notamment pour l'entretien ou la restauration des œuvres d'art. Le point de savoir s'ils sont soumis à la procédure de revendication interroge, en ce qu'ils bénéficient des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, prévus par l'article L. 3111-1 du même code.

953. Il peut également s'agir de biens meubles publics appartenant au domaine privé. Il peut s'agir de biens de retour dans le cadre d'un contrat de la commande publique, qui appartiennent au patrimoine de la personne publique contractante[1293] ; il peut s'agir de biens mobiliers qui font par exemple l'objet d'une opération de réparation, de restauration, tels que des véhicules, du matériel informatique, etc. ; il peut encore s'agir de biens mobiliers qui seraient confiés de manière annexe à une convention d'occupation du domaine public. Le domaine privé mobilier n'est frappé que d'insaisissabilité[1294], ce qui réduit le champ de résistance à l'appropriation de ces biens par le débiteur. Reste que demeure entière la question de la nécessité de revendiquer les biens meubles du domaine privé, situés sur une propriété publique mais confiés contractuellement à l'entreprise en difficulté. Des biens meubles situés sur une propriété publique mais en possession d'un débiteur en difficulté, peuvent-ils être saisis dans le cadre de la procédure collective, pour être liquidés et partagés entre les créanciers ?

[1292] COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, Hypercours, Dalloz, 7ème éd., 2022, p. 279, n°377.

[1293] CE, 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n°342788.

[1294] Art. L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

954. Ces questions relatives aux biens publics confrontés aux règles de la possession mobilière pendant la procédure collective ne sont pas encore tranchées. Elles seront nécessairement la source d'une jurisprudence commentée, tant elles révèlent l'incompatibilité du régime des biens publics avec les règles de la procédure collective, qui ne distinguent pas les biens meubles selon leur nature.

955. Bien que n'aient ici été abordés que les incertitudes substantielles et de compétence les plus flagrantes, les difficultés rencontrées par les juges saisis de litiges intéressant les contrats administratifs confrontés aux procédures collectives sont nombreuses, tant il existe peu de sources de nature à concilier correctement ces deux blocs du droit si incompatibles. À la carence en solutions conciliatrices s'ajoute la difficulté pour chaque ordre de prendre en compte les spécificités propres aux matières juridiques normalement appliquées par l'autre ordre.

B) Des difficultés spécifiques de traitement du contentieux

956. L'examen de la rencontre entre le droit des entreprises en difficulté et le droit des contrats administratifs a principalement révélé l'érosion de ce qui fait la particularité des contrats administratifs en raison de leur soumission aux règles de la procédure collective. Il n'en demeure pas moins que l'exorbitance propre aux contrats administratifs est également susceptible de dérégler, d'affaiblir la puissance de frappe de la procédure collective. Pour les juges alors saisis, la difficulté est grande. Le juge judiciaire est confronté à la mise en œuvre d'un droit construit sur la préservation de l'intérêt général (1), quand le juge administratif se trouve confronté à un droit des entreprises en difficulté tout aussi exorbitant que le droit administratif, qui l'oblige à tenir compte du déroulement de la procédure collective engagée (2).

1) *Des difficultés pour le juge judiciaire, confronté au droit public*

957. Confronté à l'intrication du droit public et du droit des procédures collectives, le juge judiciaire peut être amené à statuer sur des litiges dans lesquels des règles dérogatoires ou des décisions exorbitantes propres aux contrats administratifs ont été mises en œuvre. Cette « *ambiance de droit public* »[1295] à laquelle le juge judiciaire n'est pas accoutumé, le conduit à appliquer le droit des entreprises en difficulté, sans toutefois pouvoir négliger l'influence du droit public sur la solution apportée. Cela n'est certainement pas sans poser quelques difficultés.

[1295] WEIL P., « *Le critère du contrat administratif en crise* », in *Mélanges offerts à Marcel Waline - Le juge et le droit public*, LGDJ, 1998, p.847.

958. **Le juge judiciaire confronté à l'application du droit public pour la détermination de sa propre compétence** – Avec l'affirmation de la juridiction administrative comme protectrice des droits et libertés fondamentaux et le déclin corrélatif de la voie de fait, redéfinie par la jurisprudence *Bergoend*[1296], les hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire est amené à statuer sur des litiges inhérents au droit public sont rares. Elles sont par ailleurs parfaitement étudiées par le Professeur Agathe VAN LANG dans sa thèse intitulée *Juge judiciaire et droit administratif*[1297]. Les hypothèses d'application du droit administratif par le juge judiciaire sont relativement rares, mais il n'en demeure pas moins que les procédures collectives sont un champ de compétence du juge judiciaire susceptible de le confronter à des cocontractants et créanciers publics, dont l'action est en partie soumise au droit administratif. Le juge judiciaire, confronté à la limite de sa compétence juridictionnelle, recourra le plus souvent à une question préjudicielle, mais encore faudra-t-il avant cela qu'il puisse établir d'abord le champ de sa propre compétence. Le juge judiciaire pourra par exemple être amené à statuer sur l'administrativité du contrat, ou encore sur l'appartenance des biens concernés au domaine public, appliquant ainsi des règles de droit administratif pour le déterminer. Contraint d'appliquer le droit public, le juge judiciaire est aussi limité par le droit public.

959. **Le juge judiciaire confronté à la relativisation de son pouvoir par le contentieux administratif** – L'appréciation du litige par le juge judiciaire sera encore complexifiée par la mise en œuvre dilatoire des questions préjudicielles, conséquence de la relativité de sa compétence juridictionnelle. En outre, même en statuant au vu d'une jurisprudence administrative établie, le juge judiciaire est limité par les principes d'appréciation de la légalité des actes administratifs. Comme l'écrivait le Professeur Marcel WALINE, « *le juge n'a compétence que pour dire le droit et jamais pour discuter au fond de l'opportunité de la mesure prise […] Cette appréciation de l'opportunité de la mesure, à laquelle le Conseil d'État lui-même se défend de se livrer, […] on conçoit bien qu'elle soit absolument interdite aux tribunaux judiciaires* »[1298]. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé cette interdiction pour le juge judiciaire de se livrer à une appréciation en opportunité de la mesure administrative : « *attendu qu'en statuant par de tels motifs a l'égard de dispositions réglementaires prises régulièrement par l'autorité administrative compétente […] le tribunal, qui a cru pouvoir a tort se faire juge de l'opportunité de la mesure instituée, a excédé ses pouvoirs* »[1299]. Le juge judiciaire excèderait donc également ses pouvoirs si elle

[1296] TC, 17 juin 2013, *Bergoend*, n°C3911.

[1297] VAN LANG A., *Juge judiciaire et droit administratif*, Thèse, Rennes 1, LGDJ, 1996.

[1298] WALINE M., *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, LGDJ 1926, p. 86.

[1299] Cass. crim., 20 mars 1980, n°79-93.104.

ne tenait pas compte de « *l'échelle de discrétionnalité* »[1300] des mesures prises par l'Administration, par exemple dans la mise en œuvre de sanctions contractuelles ou de mesures de résiliation dans l'intérêt du service. Le juge judiciaire est donc confronté à une Administration protégée par des règles contentieuses adaptées à la puissance publique.

960. **Les décisions du juge judiciaire confrontées aux prérogatives exorbitantes de l'Administration** – Il va sans dire que l'Administration n'est pas un cocontractant comme les autres. Alors, le juge judiciaire qui, dans le cadre de la procédure collective, déciderait d'imposer à l'Administration la poursuite d'un contrat administratif, dans l'intérêt du débiteur mais contre la propre volonté de son cocontractant public, pourrait être "contré" par une résiliation unilatérale, à titre de sanction ou dans l'intérêt général. Certes, l'Administration serait nécessairement sanctionnée pour détournement de pouvoir si elle usait de ses pouvoirs en réaction à une décision judiciaire ; pour autant, il n'est pas à exclure que la mesure de résiliation soit légalement décidée, en vertu de motifs légitimes, nonobstant l'office du juge judiciaire. Ainsi, l'autorité du juge judiciaire peut-elle ainsi être encore concurrencée.

961. Confronté à la mise en œuvre des règles de droit public, le juge judiciaire apparaît à la fois contraint et affaibli. Le juge administratif peut toutefois se trouver dans une situation tout aussi difficile, lui-même entravé par les règles et le déroulement de la procédure collective.

2) *Des difficultés pour le juge administratif, liées au déroulement de la procédure collective*

962. En présence d'une procédure collective, le juge administratif se trouve confronté à une situation particulière. En premier lieu, ces procédures sont conduites par le juge judiciaire, réceptacle de l'essentiel du contentieux. Dès lors, la compétence du juge administratif est concurrencée par cette emprise du juge judiciaire, y compris lorsqu'est en cause l'exécution voire le devenir d'un contrat administratif. En second lieu, la temporalité de la procédure collective est peu adaptée au temps du procès administratif. La procédure collective, en tant que procédure de sauvetage, s'accommode mal des délais de jugement dans recours classiques devant le juge administratif.

963. **Le rôle du juge administratif concurrencé par la présence accrue du juge judiciaire dans la procédure collective** – Comme cela a pu être largement abordé lors de précédents développements, les procédures collectives sont des procédures judiciaires, dans lesquelles le juge judiciaire est omniprésent, en particulier pendant la période d'observation. En effet, les jugements

[1300] PLESSIX B., *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2ème éd., 2018, p. 619, n°493.

d'ouverture sont prononcés par les Tribunaux de commerce ou les Tribunaux judiciaire ; les organes de la procédure collective y sont alors nommés. Parmi eux, le juge-commissaire est omniprésent et joue un rôle d'arbitre entre les différents intérêts présents à la procédure, ainsi qu'entre le mandataire et l'administrateur nommés. Le juge-commissaire partage ses compétences avec le Tribunal de la procédure collective, de sorte que le juge judiciaire peut être considéré comme maître de la procédure collective, par son pouvoir de désignation, d'arbitrage, comme dans sa capacité à maîtriser les grandes étapes de la procédure. Alors, le juge administratif, éventuellement saisi de litiges relatifs au contrat administratif en cours, se trouvera confronté à une procédure judiciaire, baignant dans une ambiance civile ou commerciale exorbitante, dans laquelle il trouve difficilement sa place, ne pouvant ni empiéter sur les attributions des organes de la procédure collective, ni statuer sans tenir compte des règles spécifiques du droit des entreprises en difficulté. Le juge administratif est donc entravé dans son pouvoir d'action par les limites inhérentes à sa compétence.

964. **Le juge administratif confronté à la relativité de sa compétence** – En raison de l'expansionnisme du droit des procédures collectives, le juge administratif a dû respecter une forme d'autolimitation de sa compétence juridictionnelle. Selon Jean-Joël GOVERNATORI, « *certaines décisions mettent en exergue la volonté du juge administratif de neutraliser au mieux le droit des procédures collectives et, au pire des cas, d'affirmer sa compétence par une posture relevant de " l'autisme juridique". […] Le Tribunal des conflits a sapé l'esprit expansionniste du juge administratif dans une décision en date du 26 mai 2003 aux termes de laquelle "la contestation soulevée par les intéressés qui se rattache au déroulement de la procédure de redressement judiciaire, ressortit à la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire"* »[1301]. En matière de créances, a été établi un partage strict des compétences entre les deux ordres[1302] ; il en va de même en matière de résiliation[1303]. Ainsi, les compétences respectives des deux ordres ont été aménagées, afin de tracer au mieux la ligne de partage entre les champs d'intervention des juridictions judiciaires et administratives. Critiqué par la doctrine pour son caractère peu affirmé, ce partage de compétences établi en matière de créances et de résiliation par le Tribunal des conflits est également inachevé, ce qui conduit nécessairement le juge administratif à la prudence quant à l'étendue de sa propre compétence juridictionnelle lorsqu'est en cause la procédure collective engagée contre le cocontractant de l'Administration. Le juge administratif pourrait également être confronté à l'affront d'une résiliation prononcée par le juge-commissaire en vertu

[1301] GOVERNATORI J.-J., « *Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives », Gaz. Pal.,* 31 oct 2009, n°304, p. 9.

[1302] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI*, n°3447.

[1303] TC, 24 avr. 2017, *Me Cosme Rogeau c/ SEMMARIS*, n°4078.

de l'article L. 622-13, IV. du code de commerce, au détriment de sa propre compétence. Il est donc établi que le juge administratif est confronté au doute, voire à l'empiètement du juge judiciaire sur sa compétence traditionnelle en matière de contrats administratif. Outre la complexité d'établir les limites de sa propre compétence, le juge administratif est confronté au déroulement concret des procédures collectives.

965. **Le juge administratif confronté à la temporalité de la procédure collective** – La procédure collective est enserrée dans des périodes assorties de délais très stricts. Il en va notamment de la période d'observation, pendant laquelle se posent l'essentiel des difficultés relatives à la vie des contrats. La période d'observation est en principe d'une durée de six mois[1304]. Elle peut être renouvelée pour une durée maximale de six mois par le Tribunal, *« par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public »*[1305]. Elle peut encore être « *exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal pour une durée maximale de six mois* ». Ces dispositions portent généralement la période d'observation à six mois ou un an. C'est dans ce délai qu'il sera statué sur le devenir du contrat, des créances contractuelles, sur la préparation du plan (de sauvegarde, de redressement, voire de cession) et qu'il est nécessaire que l'appareil juridictionnel soit apte à traiter les problèmes juridiques posés dans un délai restreint. Il semble alors difficile que les juridictions administratives s'insèrent dans des délais aussi restreints, eu égard aux délais classiques de jugement pratiqués par l'ordre administratif. En outre, même en usant du référé suspension à l'encontre d'une décision administrative d'exécution du contrat administratif, le risque est grand que la décision ne soit rendue au fond qu'après le terme de la période d'observation. Il faut ajouter à la pure temporalité des procès et procédures que la procédure collective – et notamment la période d'observation – est soumise à une forme d'immédiateté, de rapidité des décisions successives des organes de la procédure collective, qui peuvent rendre soit désuètes, soit déconnectées, les questions juridiques soumises au juge administratif au moment de la saisine. Ainsi, la temporalité du procès administratif est inadaptée au rythme des procédures collectives et la déconnexion entre le juge administratif et la procédure collective pourrait être préjudiciable à la qualité des jugements.

966. L'on mesure ainsi les nombreuses difficultés qui sont rencontrées par les juridictions administratives comme judiciaires lorsque le contentieux des contrats administratifs rencontre la procédure collective. À l'ensemble de ces entraves s'ajoute la situation classique dans laquelle un

[1304] Art. L. 621-3 et L. 631-7 du code de commerce.

[1305] *ibid.*

ordre de juridiction, limité par le champ relatif de sa propre compétence, est contraint de faire appel à une question préjudicielle à l'autre ordre de juridictions. Les questions préjudicielles ne sont pas dénuées d'imperfections, principalement en raison des délais qu'elles engendrent.

§2. L'usage dilatoire des questions préjudicielles

967. La répartition du contentieux entre les deux ordres de juridiction ne règle pas l'entièreté des difficultés liées aux compétences juridictionnelles. Au cours d'une instance devant la juridiction administrative, peut survenir à titre incident un problème juridique relevant de la juridiction judiciaire, et inversement. La question préjudicielle entre ordres de juridiction, prévue aux articles 126-15 du code de procédure civile et R. 771-2-1 et suivant du code de justice administrative, est alors une obligation pour le juge saisi au principal (A), de nature à dérégler la chaine contentieuse (B).

A) Le recours obligatoire aux questions préjudicielles

968. L'obligation de recourir à une question préjudicielle est parfaitement explicitée par Gérard CORNU, dans la définition qu'il donnait de ce mécanisme : « *le point litigieux dont la solution doit précéder celle de la question principale qu'elle commande mais qui ne peut être tranchée par la juridiction saisie, de telle sorte que celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle ait été résolue par la juridiction seule compétente pour en connaître* »[1306]. Il s'agit donc d'établir l'effet de cette obligation de recours aux questions préjudicielles sur la chaine contentieuse, au cœur des enjeux du traitement du contentieux des contrats administratifs confrontés aux procédures collectives. Pour cela, il faut établir à la fois le cadre (1) et les modalités du recours aux questions préjudicielles (2).

1) *Le cadre du recours au questions préjudicielles*

969. Le cadre de l'obligation de recours aux questions préjudicielles entre ordres de juridiction fut synthétisée par le vice-président LAFFERRIERE, qui établissait dans son *Traité sur la juridiction administrative* que :

> « *Il faut qu'il y ait une question : c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé. […], il faut, en outre, que sa solution soit nécessaire au jugement du fond […] ; il faut, en un mot […] que le sort du litige en dépende.* »[1307]

[1306] CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2001.

[1307] LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, Berger-Levrault, 1887, p. 444.

Ces critères, établis au XIXème siècle, sont encore d'actualité, en ce qu'ils ont été confirmés par une décision *Département de la Dordogne* en 2006[1308].

970. **La compétence incidente de l'autre ordre de juridiction** – En tant que questions incidentes, les questions préjudicielles ne doivent pas remettre en cause la compétence du juge saisi à titre principal. Dans le cas contraire, celui-ci devrait tout simplement se dessaisir au profit de l'autre ordre de juridiction. La question préjudicielle concerne donc une question juridique incidente au litige, qui échappe à la compétence du juge saisi. Antoine BEAL précise alors « *qu'il ne peut y avoir de question préjudicielle au sein d'un même ordre de juridiction* »[1309], nonobstant l'avis contentieux[1310]. En outre, il faut préciser que toute juridiction est pleinement compétente pour interpréter des dispositions législatives, y-compris si elles portent sur le domaine de compétence d'un autre ordre de juridiction[1311]. Ce premier critère fait donc l'objet d'une application stricte ; tant sur le caractère incident que sur la compétence d'un autre ordre de juridiction.

971. **L'existence d'une difficulté sérieuse** – Ce n'est pas parce que la compétence échappe incidemment à la juridiction saisie que le recours à une question préjudicielle sera toujours nécessaire. Encore faut-il qu'il existe un véritable problème de légalité ou d'interprétation relevant de la compétence de l'autre ordre. La "*théorie de l'acte clair*"[1312] doit conduire la juridiction à ne pas abuser de la question préjudicielle, en particulier lorsque la difficulté d'interprétation d'un acte n'est que purement superfétatoire. Pour appréhender la notion de difficulté sérieuse, Antoine BEAL se réfère à nouveau au vice-président LAFFERRIERE, qui énonçait que :

> « *Assurément, il est quelquefois difficile de distinguer entre la difficulté réelle et sérieuse devant laquelle le juge du fond doit surseoir et la difficulté purement apparente. Il y a là une appréciation qui, pour emprunter la langue philosophique, est souvent toute subjective […] Dans le doute, le juge doit […] exagérer plutôt que restreindre sa déférence pour les pouvoirs d'un autre juge ; s'il hésite, il doit surseoir, car lorsqu'on est embarrassé de dire si une question est ou non douteuse, tout porte à croire qu'elle l'est réellement* »[1313].

1308 CE, 6 févr. 2006, *Département de la Dordogne*, n°259385.

1309 BEAL A., « *Questions préjudicielles devant le juge administratif* », *JCl Justice administrative*, fasc. 36, juin 2020, n°12.

1310 Art. L. 113-1 du code de justice administrative.

1311 v. par ex, à propos de l'expropriation pour cause d'utilité publique : CE, 19 nov. 1993, *Scherrer*, n°59586.

1312 CE, 13 nov. 1995, *Min. Travail c/ Cadiou, Lebon*, p. 727 ; CE, 19 févr. 1982, *Féd. parisienne du bâtiment et des activités annexes*, n°21096 ; CE, 1er mars 1968, *Élection municipale de Papeete*, n°71859.

1313 LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative, op cit.*

La prudence du vice-président LAFFERRIERE est relayée par le Tribunal des conflits, qui a pu estimer que :

> *« Si les tribunaux ont le droit et le devoir d'appliquer les actes administratifs dont les dispositions claires et précises s'imposent aux parties et aux juges, il en est autrement quand le sens et la portée de ces actes ont donné lieu à des contestations sérieuses et à des explications diverses manifestées par les conclusions et la plaidoirie. Dans cette dernière hypothèse, si le sort du litige dépend de l'interprétation d'un acte administratif, les tribunaux doivent surseoir à statuer et renvoyer la question préjudicielle devant l'autorité administrative… En niant l'existence de la difficulté d'interprétation qui s'était présentée devant elle avec un caractère litigieux, la cour d'appel n'a pu la faire disparaître et, en réalité, en déterminant par voie d'interprétation, le sens et la portée du décret, elle a empiété sur le domaine administratif et a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs. »*[1314]

Le critère de la difficulté sérieuse d'appréciation est d'application complexe, en ce que tout appelle contradictoirement à la prudence, mais à une prudence mesurée. En outre, le critère s'est étoffé, le Conseil d'État estimant qu'il ne revient pas au juge saisi d'engager une question préjudicielle si le problème juridique posé n'est pas étayé par suffisamment d'éléments de droit ou de fait de la part des parties[1315]. Il en va évidemment de même lorsque l'autre ordre de juridiction a déjà statué sur la question posée[1316], ou, conformément à la jurisprudence *SCEA du Chéneau*, lorsqu'il existe une jurisprudence établie[1317].

972. **La nécessité de la solution pour la résolution du litige** – Pour reprendre à nouveau les termes du vice-président LAFFERRIERE, cités par Antoine BEAL, « *il faut que la solution de la question douteuse soit nécessaire à la résolution même du litige au fond, qu'elle le prépare par une logique enchaînement des déductions du juge, qu'elle soit une des prémisses nécessaires du raisonnement qui aura pour conclusion le dispositif du jugement* »[1318]. Dans le même objectif de rationnaliser l'usage des questions préjudicielles et d'éviter les saisines inutiles, il est exigé que seules celles qui sont indispensables à la résolution du litige

[1314] TC, 20 mai 1982, *Rodier*, *Lebon*, p. 527.

[1315] CE, 26 juin 1957, *Caizergues*, n°35727 ; CE, 16 juin 1995, *Gomez V.*, n°159289.

[1316] CE, 26 avr. 1985, *Commune de Larrau* n°31752 ; CE, 30 nov. 1966, *Favarel,* n°58432.

[1317] TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828 ; cette question sera traitée en détail ultérieurement.

[1318] LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative, op. cit.*, p. 451.

soient admises[1319]. Il en découle qu'une question préjudicielle ne doit pas être posée, y-compris si elle pouvait être utile, lorsqu'un autre moyen aurait permis de résoudre le litige[1320].

973. **L'obligation conditionnée du recours à la question préjudicielle** – L'usage de la question préjudicielle entre ordres de juridiction est à la fois rendue obligatoire « *par le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III* »[1321] et contraint par de strictes conditions d'application, précédemment énoncées. Le juge saisi est ainsi soumis à des injonctions contradictoires : poser une question préjudicielle, mais ne la poser que lorsque toutes les conditions – parfois subjectives – sont remplies. L'on peut noter l'existence d'un double impératif : respecter la séparation des compétences juridictionnelles mais rationaliser l'usage de ce mécanisme dilatoire. Cela n'est probablement pas sans susciter le doute pour le juge statuant à titre principal.

974. Pour établir – ou tempérer – le caractère dilatoire du mécanisme de la question préjudicielle, il faut aborder son fonctionnement concret, susceptible d'avoir des conséquences sur la chaîne contentieuse.

2) *Les modalités du recours aux questions préjudicielles*

975. Une fois énoncées les situations dans lesquelles une question préjudicielle est requise, reste à établir la procédure suivie, afin de déterminer à quel point ce mécanisme est susceptible de se révéler dilatoire.

976. **L'apport de la réforme de 2015 sur la fluidité de la procédure** – Un décret du 27 février 2015[1322] a profondément modifié la procédure suivie pour la mise en œuvre des questions préjudicielles, dans un objectif de simplicité et d'accélération. Avant cette réforme, la juridiction saisie du litige au principal devait surseoir à statuer et laisser deux mois aux requérants pour saisir l'autre ordre de juridiction du problème de droit incident, ce qui retardait d'autant l'issue finale du litige :

> *« Le groupe de travail a fait le constat qu'actuellement, lorsqu'à l'occasion d'un litige, la juridiction compétente saisie au principal doit poser une question préjudicielle dont dépend la*

[1319] TC, 20 mai 1882, *Rodier*, *precit. ;* CE, 24 oct. 1934, *Larqué*, *Lebon*, p. 950 ; CE, 14 nov. 1958, *Bouchereau*, *Lebon*, p. 559 ; Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-25.455.

[1320] CE, 30 oct. 1968, *Secrétaire d'État au logement c/ Époux Ryngel*, n°69376.

[1321] TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828, *precit.*

[1322] Décret n°2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

> *solution du litige à une juridiction de l'autre ordre, il incombe à la partie la plus diligente d'en saisir cette dernière. Il en a déduit que le choix procédural des parties peut conduire à des délais peu compatibles avec une bonne administration de la justice. Il a enfin constaté que l'allongement de la durée des procédures risquait en outre de s'en trouver aggravé si le jugement rendu sur la question préjudicielle faisait l'objet d'un appel, avant que l'affaire soit éventuellement soumise en cassation à la juridiction suprême compétente »*[1323]

Les juridictions sont désormais habilitées à saisir elles-mêmes leurs homologues de l'autre ordre, afin qu'elles statuent sur la question préjudicielle posée ; l'affaire est ensuite « *instruite et jugée comme une affaire urgente* »[1324]. En outre, la juridiction consultée statue en dernier ressort, seul un pourvoi en cassation étant désormais possible. Ces modifications ont pour vertu la simplification du parcours contentieux pour les parties et suppriment ce délai de saisine et de recours de nature dilatoire. Les juridictions sont désormais invitées tant par le code de procédure civile que par le code de justice administrative à statuer rapidement.

977. **La procédure attachée aux questions préjudicielles** – La procédure à suivre est établie par les articles 126-1 et suivants du code de procédure civile et les articles R. 771-2 et suivants du code de justice administrative. Elle y est présentée succinctement, bien qu'elle soit par ailleurs étayée par une jurisprudence abondante, parfaitement retracée, notamment par Antoine BEAL[1325]. Lorsque la juridiction saisie au principal s'estime incompétente pour résoudre un problème de droit, elle sursoit à statuer et saisit la juridiction de l'autre ordre territorialement compétente. Un temps est laissé aux parties pour présenter leurs observations mais des délais brefs leur sont donnés tant pour le juge administratif (« *les délais les plus brefs* »[1326]) que pour le juge judiciaire (« *un mois* »[1327]) avant l'audience. La juridiction statue « *à bref délai* »[1328], « *comme une affaire urgente* »[1329]. Les parties peuvent ensuite se pourvoir en cassation dans un délai de quinze jours. La réponse à la

[1323] Circulaire du 31 mars 2015 de présentation du décret n°2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles pris pour son application

[1324] Art. R. 771-2-1 du code de justice administrative.

[1325] BEAL A., « *Questions préjudicielles devant le juge administratif* », *JCl Justice administrative*, fasc. 36, juin 2020, *precit.* ; BEAL A., « *Recours en appréciation de légalité et en interprétation*», *JCl Justice administrative*, fasc. 37, juin 2020.

[1326] Art. R. 771-2-1 du code de justice administrative.

[1327] Art. 126-14 du code de procédure civile.

[1328] Art. 126-15 du code de procédure civile.

[1329] Art. R. 771-2-1 du code de justice administrative.

question préjudicielle, issue d'un jugement devenu définitif s'impose au juge de l'autre ordre, conformément à une jurisprudence constante[1330].

978. **L'inconnue des délais de jugement sur les questions préjudicielles** – Si les codes de justice administrative et de procédure civile prévoient respectivement « *les délais les plus brefs* » ou encore « *un mois* » d'instruction, les délais exacts de jugement des questions préjudicielles peuvent demeurer longs, en particulier lorsqu'une partie se pourvoit en cassation. À titre d'exemple, la lecture d'une décision *Commune de Frette*[1331] du Conseil d'État permet d'analyser les délais exacts de jugement : trois mois pour obtenir une décision en dernier ressort ; neuf mois supplémentaires pour obtenir une décision en cassation. Les mêmes délais sont observés dans une décision du 20 décembre 2017[1332]. Une recherche de décisions de la Cour de cassation conduit au même constat de délais significatifs[1333]. Toujours est-il que ces délais sembleraient excessivement dilatoires s'il était question d'une décision relative à la période d'observation.

979. Les modalités procédurales d'exercice des questions préjudicielles peuvent conduire à des délais de jugement dilatoires, et ce malgré l'insistance des dispositions décrétales qui encouragent le juge de renvoi à la plus grande diligence. Cela n'est pas sans complexifier l'exercice du contentieux en lien avec les procédures collectives.

B) La complexification du contentieux liée à la question préjudicielle

980. Si les questions préjudicielles sont souvent rendues nécessaires par la relativité de la compétence des juridictions saisies de litiges liés à l'exécution des contrats administratifs pendant la procédure collective, elles sont susceptible d'engendrer des conséquences préjudiciables pour le juge comme les parties au litige.

981. **L'incertitude sur la poursuite du sursis à statuer en cas de pourvoi en cassation** – Les décisions du juge de renvoi en réponse à une question préjudicielle sont susceptibles d'un recours en cassation devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation dans un délai de 15 jours à compter de la décision rendue en dernier ressort devenue définitive. Pourtant, un courant jurisprudentiel

[1330] CE, 12 nov. 1927, *Vve Mary, Lebon*, p. 1058 ; CE, 24 juill. 1929, *Oumassi Mohamed*, *Lebon*, p. 830 ; CE, 18 mars 1942, *Meziat*, *Lebon*, p. 84, CE, 7 févr. 1962, *Cts des Acres de l'Aigle*, *Lebon*, p. 927.

[1331] CE, 28 nov. 2018, *Commune de Frette*, n°418827.

[1332] CE, 20 déc. 2017, *Mme B…C,* n°413558.

[1333] v. par ex. Cass. civ., 23 nov. 2022, n°22-16.959, 22-17.834 : cette décision fait apparaître des délais de trente mois pour obtenir une décision du Tribunal judiciaire de Paris et de six mois pour obtenir une décision en cassation ; v. Cass. civ, 12 oct. 2022, n°20-16.111 : plus de deux ans pour obtenir une décision en cassation.

développé par le Conseil d'État conduit à ce que le juge au fond puisse décider, en fonction de ce qu'impose le besoin d'une bonne administration de la justice, de ne pas sursoir à statuer jusqu'à la décision en cassation[1334]. La position du Conseil d'État est désormais cristallisée par une décision *Commune de Bassuet* qui prévoit que :

> *« Sauf dispositions législatives contraires, le pourvoi en cassation formé contre une décision de la juridiction judiciaire statuant, sur le fondement de l'article 126-15 du code de procédure civile, sur une question préjudicielle de la juridiction administrative n'a pas d'effet suspensif. Par suite, lorsqu'une telle décision fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, la juridiction administrative n'est pas tenue de surseoir à statuer sur les conclusions dont elle est saisie jusqu'à ce que la Cour de cassation se soit prononcée sur ce pourvoi. Elle dispose de la faculté de le faire lorsqu'elle l'estime nécessaire à une bonne administration de la justice. »*[1335]

Au-delà de la fragilité de cette solution du Conseil d'État, critiquée par la doctrine[1336], la décision rendue en premier et dernier ressort étant en principe définitive et le recours en cassation non-suspensif, elle est susceptible de poser des difficultés, lorsque la juridiction de cassation infléchit la solution alors que le juge du fond a immédiatement appliqué la décision de la juridiction de renvoi. Confronté à l'effet non-suspensif du recours en cassation, à l'impératif de rapidité de la décision d'une part et à la bonne administration de la justice comme au bienfondé de sa décision d'autre part, le juge du fond est placé dans une situation délicate et devant une appréciation particulièrement subjective.

982. **L'effet dilatoire de la question préjudicielle en matière de procédure collective** – Toute question préjudicielle – et *a fortiori* lorsque le juge saisi du litige au fond sursoit à statuer jusqu'au terme du recours en cassation – est susceptible de porter atteinte au bon déroulement de la procédure collective en raison de son caractère dilatoire. Or, toute la doctrine s'accorde sur l'idée selon laquelle « *l'impératif essentiel du droit de la faillite, c'est l'efficacité qui commande bien évidemment la*

1334 CE, sect., 25 juill. 1975, *Ville de Lourdes*, n°88144 ; CE, 22 nov. 1972, *Sté Transacier,* n°77490 ; CE, 30 déc. 2014, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°381245.

1335 CE, 4 nov. 2020, *Commune de Bassuet*, n°434757.

1336 EVEILLARD G., « *Le juge administratif et le pourvoi en cassation sur le jugement d'une question préjudicielle adressée au juge civil* », *Droit administratif* n°2, févr. 2021, comm. 8, par. ex. : « *La Haute Juridiction se garde bien pourtant – mais elle ne le faisait pas davantage en 1975 – de déclarer le jugement de premier et dernier ressort « définitif » – ce qui est pourtant le cas, du point de vue de la stricte terminologie juridique – pour se focaliser sur le seul caractère non suspensif du pourvoi, donc sur le caractère exécutoire du jugement au fond : néanmoins, évacuer le problème ne change rien à son existence...* ».

rapidité »[1337] [1338]. Face à la cessation des paiements ou son imminence, la période d'observation doit permettre de prendre les mesures nécessaires à la préservation de l'activité économique de l'entreprise en difficulté, en particulier en matière contractuelle et financière. La mise en œuvre de l'option en renonciation sur les contrats en cours, la reconstitution de l'actif par les nullités de la période suspecte, l'établissement de l'actif et du passif en vue de la préparation du plan, notamment, doivent pouvoir être menés dans le délai de la période d'observation, soit généralement un an. L'on envisage alors difficilement comment plusieurs mois d'incertitude liées à des questions préjudicielles peuvent se concilier avec l'urgence qui caractérise à la période d'observation.

983. L'ensemble de ces failles liées à la question préjudicielle conduisent naturellement la doctrine à s'interroger sur le moyen de les « *éviter* »[1339] pour fluidifier la pratique contentieuse, enjeu essentiel en matière de contrats administratifs confrontés aux procédures collectives. Le doyen HAURIOU lui-même, affirmait dès 1923 que « *si le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire mérite considération, il se trouve ici contrebattu par un autre principe très respectable, qui est que, dans une instance, le juge de l'action doit être le juge de l'exception et que les questions préjudicielles, grandes complications des procédures, doivent être évitées autant que possible dans l'intérêt des plaideurs* »[1340]. Il s'agit alors d'examiner les conditions dans lesquelles il est possible de simplifier le parcours contentieux, afin de gagner en efficience et d'éviter de porter atteinte à l'intérêt général comme aux intérêts de l'entreprise en difficulté.

[1337] BADINTER R., intervention orale, JOAN CR, 5 avr. 1984, p. 1181, cité par BERTHELOT G., « *La période d'observation, une notion temporelle à l'acception temporelle* », *Rev. proc. coll.*, 2015, études 9, p. 16.

[1338] ECKERT G., *Droit public et commercialité*, Thèse, Strasbourg, 10 déc. 1994, p. 708 : « *restait l'argument invoqué par Monsieur le Commissaire du Gouvernement Gentot, à savoir l'inutile complexité d'une procédure qui aurait imposé au juge administratif de se dessaisir pour ensuite être ressaisi par la voie de la question préjudicielle opérant ainsi un "jeu de renvois préjudiciels aberrant"* ».

[1339] Terme utilisé à de nombreuses reprises par la doctrine, v. par ex. BERNARDINS (de) Ch., « *L'augmentation des exceptions à l'obligation de renvoi des questions préjudicielles et l'approfondissement corrélatif du dialogue des juges* », *Revue générale du droit*, 2021, n°55505 : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2021/02/21/laugmentation-des-exceptions-a-lobligation-de-renvoi-des-questions-prejudicielles-et-lapprofondissement-correlatif-du-dialogue-des-juges/.

[1340] HAURIOU M., « *Compétence du tribunal judiciaire pour interpréter le sens d'un règlement administratif, mais non pas pour en apprécier la légalité* », *S.* 1923, III, p. 49 ; note sous TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, *Lebon*, p. 498.

Section 2 : Pour une simplification du contrôle des juges

984. Simplifier la pratique contentieuse en matière de contrats administratifs et de procédure collective est possible. Malheureusement, aucune étude doctrinale n'a pour l'heure étudié les conditions dans lesquelles des avancées pourraient être portées, que ce soit par la jurisprudence ou par une évolution législative ou réglementaire. Pourtant, la jurisprudence applicable aux questions préjudicielles, remaniée par la décision *SCEA du Chéneau*[1341], offre une voie d'évitement des questions préjudicielles superfétatoires et dilatoires : la possibilité pour le juge du fond de statuer au vu d'une jurisprudence établie de l'autre ordre ou en application du droit de l'Union européenne. L'établissement du champ de la jurisprudence établie des deux ordres permettrait donc d'éviter un certain nombre de questions préjudicielles inutiles et de fluidifier le parcours contentieux. En outre, si cela s'avérait nécessaire, une voie de droit spécifique pourrait être créée par la loi pour régler les litiges impliquant l'intervention tant du droit administratif que du droit des entreprises en difficulté, devant une nouvelle juridiction paritaire. Il convient alors d'examiner les conditions dans lesquelles il est possible de limiter le recours aux questions préjudicielles (§1.) puis l'opportunité de création d'une voie de droit spécifique, chargée de régler de manière paritaire et efficace les litiges intéressant le présent champ d'étude (§2.).

§1. La nécessaire limitation du recours aux questions préjudicielles

985. Les récentes évolutions du régime applicable aux questions préjudicielles, qu'il s'agisse de la réforme de 2015[1342] ou de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* conduisent unanimement à rendre le mécanisme plus rapide et efficace, et même à l'éviter lorsque les circonstances de droit le justifient. C'est dans cet esprit qu'il convient d'examiner les conditions dans lesquelles l'application de la jurisprudence précitée permettrait de statuer au vu d'une jurisprudence établie (A) plus spécifiquement en matière de contrats administratifs et de procédures collective (B).

A) L'opportunité partielle de statuer au vu d'une jurisprudence établie

986. La décision *SCEA du Chéneau*, ainsi que la décision *Sté Green Yellow*[1343], considérée comme son prolongement immédiat, ont fait évoluer considérablement une jurisprudence désuète[1344],

[1341] TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828

[1342] Décret n°2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

[1343] TC, 12 déc. 2011, *Société Green Yellow et autres c/ Electricité de France*, n°C3841.

[1344] TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n°00732.

excessivement rigoureuse sur l'obligation de recourir à la question préjudicielle. Il s'agit alors de retracer dans un premier temps le cadre précis du recours obligatoire aux questions préjudicielles.

987. **Le cadre rigoureux de la jurisprudence *Septfonds*** – Dans sa décision *Septfonds*, le Tribunal des conflits avait affirmé une ligne rigoureuse, garante de la séparation des compétences juridictionnelles, en affirmant qu'en présence d'une difficulté portant sur la légalité ou l'interprétation d'un acte administratif, le juge judiciaire devait poser une question préjudicielle à la juridiction administrative. La solution *Septfonds* est immédiatement critiquée par la doctrine de l'époque, avec en tête le doyen HAURIOU, qui développe une thèse selon laquelle « *les actes de l'administration n'ont cependant plus besoin d'être protégés contre l'autorité judiciaire avec un tel luxe de précautions* »[1345]. Maurice HAURIOU y voit en effet une interprétation extensive du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire[1346]. Il concluait, avant de nuancer ses propos : « *nous n'avons jamais aimé les questions préjudicielles et les complications des procédures* ».[1347]

988. Sans être totalement remise en cause, à la jurisprudence *Septfonds* ont été adossées plusieurs exceptions notables[1348] [1349] [1350] [1351]. Le Professeur GAUDEMET en 1990, plaide alors pour une profonde réforme des questions préjudicielles : « *point n'est besoin en effet d'insister ici sur les critiques d'ordre pratique et théorique qu'appellent les questions préjudicielles : morcellement du procès et renchérissement de*

[1345] HAURIOU M., *precit.*

[1346] *ibid. : « Sans doute, il [*le Conseil d'État*] accueille toujours avec empressement les demandes en appréciation de légalité que l'autorité judiciaire lui renvoie d'une façon spontanée ; mais tout cela ne signifie pas que sa compétence soit ici aussi intangible qu'elle l'est pour le contentieux de l'annulation. On comprendrait fort bien que le renvoi par l'autorité judiciaire fût facultatif au lieu d'être obligatoire. Il y aurait de cela deux bonnes raisons : D'abord, si le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire mérite considération, il se trouve ici contrebattu par un autre principe très respectable, qui est que, dans une instance, le juge de l'action doit être juge de l'exception et que les questions préjudicielles, grandes complications des procédures, doivent être évitées autant que possible dans l'intérêt des plaideurs. Ensuite, les textes fameux sur lesquels repose le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire ne parlent nullement* in terminis *de l'appréciation de la légalité des actes, pas plus d'ailleurs que de leur interprétation, et l'on peut se demander si le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ne donnent pas une interprétation trop exclusive de ces textes ».*

[1347] *ibid.*

[1348] Ainsi, le Tribunal des conflits a-t-il admis que le juge judiciaire puisse statuer en vertu de la voie de fait sur la légalité d'un acte règlementaire susceptible de porter une atteinte grave au droit de propriété ou à la liberté individuelle : TC, 30 oct. 1947, *Barinstein*, *Lebon*, p. 983.

[1349] Le code pénal a également prévu en son article 111-5 que « *les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ».

[1350] Le Tribunal des conflits a autorisé une exception similaire en matière de fiscalité indirecte pour l'appréciation de légalité des actes administratifs réglementaires ou individuels : TC, 7 décembre 1998, *District urbain de l'agglomération rennaise c/ Société des Automobiles Citroën,* n°03123.

[1351] La Cour de cassation a estimé que les juridictions de l'ordre judiciaire sont dispensées de question préjudicielle lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité au droit communautaire d'un acte administratif : Cass. com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication Média Service*, n°94-13347.

celui-ci ; incompréhension des parties exposées d'autre part à des délais qui peuvent rendre le contentieux sans objet véritable ; perversion et utilisation du système au contraire par des plaideurs de mauvaise foi pour qui le temps travaille ; caractère artificiel parfois de la décision sur la question préjudicielle coupée d'une certaine façon - ne serait-ce que par les délais écoulés - de la réalité du procès dans son ensemble. […] *Ceci est révélateur du chemin à parcourir pour qu'une véritable réforme du droit des questions préjudicielles vienne à l'ordre du jour, malgré tous les arguments de fait et de droit qui militent en sa faveur.* »[1352]. La critique est telle que la question s'est posée : « *La jurisprudence Septfonds résistera-t-elle encore longtemps ?* »[1353].

989. **L'évolution bienvenue issue de la jurisprudence du Tribunal des conflits** – Comme un miroir à l'article précité, au lendemain de la décision *SCEA du Chéneau,* le Professeur Fabrice MELLERAY salue l'évolution jurisprudentielle dans un article intitulé « *Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds* ? »[1354]. Dans cette décision, le Tribunal des conflits réaffirme dans un premier temps persistance de la substance de la jurisprudence *Septfonds*[1355]. Dans un deuxième temps, contrant la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait fondé une dérogation à la jurisprudence Septfonds sur l'article 55 de la Constitution, il affirme que lesdites dispositions « *ne prescrivent ni n'impliquent aucune dérogation aux principes […] régissant la répartition des compétences entre ces juridictions* ». Dans un troisième temps, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, il admet toutefois que le juge judiciaire puisse exercer un contrôle de légalité des actes administratifs au regard du droit de l'union européenne. Dans un quatrième temps, prenant appui sur l'exigence d'une bonne administration de la justice et l'exigence de rendre un jugement dans un délai raisonnable, il admet une dispense de question préjudicielle « *lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* ». Cette dernière dérogation à l'obligation de recourir à la question préjudicielle est digne d'intérêt dans la présente étude, mais encore faut-il examiner l'application de cette notion de « *jurisprudence établie* ».

990. **Le cadre de la jurisprudence établie** – Moins de deux mois après la décision *SCEA du Chéneau*, le Tribunal des conflits offre une première application de la notion de jurisprudence établie dans

---

1352 GAUDEMET Y., « *Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions* », *RFDA,* 1990, p. 764.

1353 CHEVALIER E., « *La jurisprudence Septfonds résistera-t-elle encore longtemps ?* », *JCP A.*, n°41, 8 oct. 2007, p. 2251.

1354 MELLERAY F., « *Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds ?* », *Droit Administratif* n°1, janv. 2012, comm. 10.

1355 TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau*, n°C3828 : « *Considérant qu'en vertu du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, sous réserve des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf dispositions législatives contraires, il n'appartient qu'à la juridiction administrative de connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ; que de même, le juge administratif est en principe seul compétent pour statuer, le cas échéant par voie de question préjudicielle, sur toute contestation de la légalité de telles décisions, soulevée à l'occasion d'un litige relevant à titre principal de l'autorité judiciaire ».*

un arrêt *Sté Green Yellow*[1356]. En l'espèce, la difficulté portait pour le juge judiciaire sur l'obligation de saisir le juge administratif pour établir les modalités d'application dans le temps d'un acte administratif. Sur le fondement du principe général du droit établi par la décision *Société du journal l'Aurore*[1357], le Tribunal des conflits estime que : « *les sociétés Green Yellow font nécessairement grief à ces dispositions réglementaires de méconnaître le principe de non-rétroactivité des actes administratifs et en mettent ainsi en cause la légalité ; que toutefois, eu égard à la jurisprudence établie du Conseil d'Etat sur la portée de ce principe général du droit, il apparaît manifestement qu'une telle contestation peut être tranchée par le juge judiciaire* ».

991. « *Si cela va sans le dire, cela ira encore mieux en le disant* »[1358] ; le Conseil d'État a confirmé l'application de la jurisprudence *SCEA du Chéneau* aux questions préjudicielles posées à la juridiction judiciaire dans une décision *Fédération Sud Santé Sociaux*[1359] ; il y mentionne la substance du considérant de principe du Tribunal des conflits, tout en reconnaissant en l'espèce – le cas de l'extension par arrêté d'une convention collective –, qu'il n'existe pas de jurisprudence établie de la Cour de cassation, avant de sursoir à statuer. Les exemples sont relativement nombreux, tant de la part du Conseil d'État[1360] que de la Cour de cassation[1361], de décisions qui ont manié et délimité la notion de jurisprudence établie. Pour autant, ces décisions restent relativement laconiques sur les critères de la jurisprudence établie. Tout au plus la Cour de cassation a-t-elle pu – très logiquement – établir « *qu'une seule et unique déclaration d'illégalité* [du Conseil d'État] *ne saurait être regardée à elle seule comme une jurisprudence établie* »[1362]. Alors, on peut imaginer que la jurisprudence établie serait matérialisée par une suite de décisions reprenant un même "considérant" de principe ou la même trame de résolution d'un problème juridique.

992. C'est ainsi qu'il importe d'identifier le champ de la jurisprudence établie dans les domaines de la présente recherche, susceptible d'éviter la multiplication des questions préjudicielles en matière de contrats administratifs et procédures collectives.

1356 TC, 12 déc. 2011, *Société Green Yellow et autres c/ Électricité de France*, n°C3841.

1357 CE, 25 juin 1948, *Sté du Journal l'Aurore*, n°94511.

1358 TALLEYRAND ; phrase prononcée au Congrès de Vienne (1814).

1359 CE, 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, n°331805 ; cette position a été confirmée par le Tribunal des conflits dans une décision TC, 16 juin 2014, *Semavoine c/ Communauté agglomération La Rochelle*, n°3953.

1360 v. notamment CE, 19 nov. 2013, *Sté Credemlux International*, n°352615 ; CE, 1er juin 2015, *Féd. UNSA spectacle et communication*, n°369914 ; CE, 7 mai 2015, *Assoc. comédiens et intervenants audiovisuels et Dufournier de Damas,* n°375882.

1361 v. notamment Cass. civ., 7 avr. 2016, n°15-12.371 ; Cass. civ., 31 janv. 2018, n°16-27.873 ; Cass. soc., 5 juin 2019, n°17-17.477.

1362 Cass. civ., 27 juin 2018, n°17-21.850.

B) La nécessité d'établir le champ de la jurisprudence établie en matière de contrats administratifs et de procédures collectives

993. Le champ de la jurisprudence établie doit être envisagé tant au regard des décisions qui ont déjà qualifié un certain nombre de solutions de *jurisprudence établie* (1.) que sur un plan prospectif, au regard de la jurisprudence constante du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans les domaines étudiés (2.).

1) *L'étendue de la jurisprudence établie reconnue comme telle*

994. Bien que cela puisse paraître rébarbatif, il convient d'examiner successivement les décisions des juridictions administratives et judiciaires qui ont fait mention d'une jurisprudence établie de l'autre ordre dans le champ de la présente recherche.

995. **La jurisprudence établie de la Cour de cassation en matière de procédures collectives selon les juridictions administratives** – La Cour administrative d'appel de Nancy a pu établir l'existence d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation en matière d'exigibilité des créances fiscales postérieures pendant la période d'observation et sur le fonctionnement de la compensation en matière de créances fiscales : *« d'une part, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation que les dettes fiscales, dont la taxe sur la valeur ajoutée et la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective sont inhérentes à la poursuite de l'activité et relèvent à ce titre du I de l'article L. 622-17 du code de commerce. […] D'autre part, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de Cassation que les créanciers ont le droit d'obtenir le paiement de leurs créances répondant aux conditions du I de l'article L. 622-17 du code de commerce, y compris en exerçant leur droit de poursuite individuel ou en procédant à une compensation légale, sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'ils ne pourraient se prévaloir du privilège prévu par le II du même article à défaut d'avoir effectué la déclaration prévue au IV du même texte. Par suite, les requérants ne sont manifestement pas fondés à soutenir que les créances fiscales ayant fait l'objet du paiement forcé par compensation n'étaient pas exigibles en l'absence de déclaration auprès des organes de la procédure collective et il n'y a pas lieu de renvoyer cette contestation au juge judiciaire. »*[13631364]

996. La Cour administrative d'appel de Douai a pu établir l'existence d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation sur les conditions de mise en œuvre de la compensation entre les dettes et créances : « *s'il résulte des dispositions des articles 1289 à 1299 du code civil, alors en vigueur, dans une*

[1363] CAA Nancy, 13 juill. 2022, *SARL MS Mode*, n°20NC03779.

[1364] Notons qu'en matière fiscale, la Cour administrative d'appel de Paris a sursis à statuer sur l'ordre des privilèges en matière hypothécaire et fiscale, considérant qu'il n'existe pas de jurisprudence établie de la Cour de cassation (CAA Paris, 19 avril 2018, *SCI du Mont de Piété*, n°17PA00410).

jurisprudence établie de la Cour de cassation, que la compensation s'opère de plein droit dès lors qu'elle est invoquée par une personne créancière de son débiteur, lorsque les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles, l'extinction réciproque des dettes entre les débiteurs résultant de cette compensation est, par elle-même, sans incidence sur le caractère taxable des opérations réalisées par des assujettis dès lors que ces opérations entrent dans le champ d'application des dispositions de l'article 256 du code général des impôts »[1365]. En la matière, la Cour administrative d'appel de Nantes a pu préciser que « *la compensation s'opère de plein droit dès lors qu'elle est invoquée par une personne créancière de son débiteur, lorsque les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles* »[1366].

997. La Cour administrative d'appel de Paris a pu établir l'existence d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation sur l'effet de la rétractation d'un jugement de placement en liquidation judiciaire : « *lorsque plusieurs codébiteurs sont engagés solidairement, l'un deux ne peut invoquer, au titre d'exceptions communes au paiement de la dette, que celles affectant l'ensemble des liens obligatoires unissant les débiteurs au créancier. Or, l'extinction de la créance à l'égard du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective, pour défaut de production de cette créance au passif de la procédure collective, laisse subsister l'obligation distincte pesant sur le codébiteur solidaire. S'il est constant que le trésorier-payeur du 7ème arrondissement de Paris n'a pas valablement déclaré auprès du mandataire judiciaire de M. B... sa créance fiscale dans les délais impartis, et que celle-ci a été définitivement rejetée par une ordonnance du juge-commissaire du 20 octobre 2009, dès lors qu'en application d'une jurisprudence établie du juge judiciaire la rétractation d'un jugement prive rétroactivement celui-ci, et les décisions qui en procèdent, de tous leurs effets, Mme D... est réputée ne pas avoir été en liquidation judiciaire à cette date du 20 octobre 2009. Par suite […] l'obligation distincte au paiement de la créance du SIP 7ème pesant sur Mme D... subsistait, et l'extinction de la créance du SIP 7ème à l'égard de M. B... ne fait donc pas obstacle à ce que le paiement de cet impôt soit recherché auprès de Mme D.... »*[1367].

998. La Cour administrative d'appel de Marseille a pu très justement estimer qu'il résultait d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation[1368] que « *les actes juridiques accomplis par le débiteur en liquidation judiciaire, dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, ne sont pas frappés de nullité mais simplement d'inopposabilité à la procédure collective* »[1369].

[1365] CAA Douai, 18 mars 2021, *SA Technifrance*, n°18DA02553.

[1366] CAA Nantes, 1er févr. 2018, *SARL Ker Hold*, n°16NT01165.

[1367] CAA Paris, 24 nov. 2020, *Mme D., épouse B.*, n°19PA00701.

[1368] v. par ex. Cass. com., 23 mai 1995, n°93-16.930 ; Cass. com., 16 oct. 2012, n°10-25.387.

[1369] CAA Marseille, 13 juin 2019, *Eiffage Languedoc-Roussillon*, n°18MA00488.

999. **La jurisprudence établie du Conseil d'État en matière de contrats administratifs selon les juridictions judiciaires** – En matière de résiliation d'un contrat administratif dans l'intérêt général, la Cour de cassation a pu estimer que « *selon une jurisprudence administrative constante, l'indemnité contractuellement prévue au profit du concessionnaire, en cas de résiliation par l'autorité concédante pour un motif d'intérêt général, ne devait pas présenter, au détriment de la personne publique, une disproportion manifeste avec le préjudice résultant, pour le titulaire du contrat, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé* »[1370]. Elle a également pu statuer en vertu d'une jurisprudence établie du Conseil d'État en matière de clauses de révision des droits de place perçus dans les halles, foires et marchés contenus dans un contrat d'affermage[1371] [1372]. La Cour de cassation a également fait la combinaison de deux décisions relevant d'une jurisprudence établie du Conseil d'État, en matière de tacite reconduction contrats de la commande publique :

> *« Selon une jurisprudence établie (CE, 23 mai 2011, département de la Guyane, n°314715 ; CE, 17 octobre 2016, commune de Villeneuve-le-Roi, n°398131), l'illégalité de la clause de reconduction tacite contenue dans un contrat de délégation de service public conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 38 de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, a pour conséquence l'illégalité de la clause prévoyant l'indemnisation du cocontractant de la personne publique du fait de la non-reconduction tacite du contrat, aucun préjudice et, par suite, aucun droit à indemnité ne pouvant naître, pour ce cocontractant, de l'absence de reconduction à l'issue de la durée initiale convenue par les parties ; que l'arrêt relève que l'article 30 de la convention litigieuse, qui fixe à trente ans la durée initiale du contrat, énonce, en son deuxième alinéa, le principe de sa tacite reconduction par période de dix ans et stipule, en son troisième alinéa, que la commune a la possibilité de préférer ne pas renouveler le contrat moyennant paiement aux concessionnaires d'une indemnité ; qu'il en résulte que la clause dont l'application est sollicitée par les consorts Y... et qui prévoit l'indemnisation des concessionnaires, en cas de refus de la part de la commune de mettre en oeuvre la clause de reconduction tacite, est entachée d'illégalité »*[1373].

[1370] Cass. civ., 22 mai 2019, n°18-15.356.

[1371] Cass. civ., 26 avr. 2017, n°16-10.500 : « *le Conseil d'Etat avait jugé que devaient être déclarées illégales les stipulations d'un contrat d'affermage des droits de place perçus dans les halles, foires et marchés qui fixent de manière impérative les modalités de révision des tarifs de ces droits de nature fiscale, dont la définition relève de la seule compétence du conseil municipal* ».

[1372] Cass. civ., 14 déc. 2016, n°15-20.408, 15-21.632 : « *selon une jurisprudence établie du juge administratif, les droits de place perçus dans les halles, foires et marchés constituent, aux termes de l'article L. 2331-3, b), 6°, du code général des collectivités territoriales, une recette fiscale, laquelle, à défaut de dispositions législatives expresses, ne peut entrer dans le champ d'application de la législation sur les prix ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, la décision de rejeter le moyen de nullité de la clause d'indexation des tarifs, tiré de la méconnaissance de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, se trouve légalement justifiée* ».

[1373] Cass. civ., 14 nov. 2018, n°17-28.464.

1000. La Cour de cassation a même appliqué directement la jurisprudence dite « *Béziers I* » applicable au contentieux de la validité des contrats administratifs : *« lorsqu'il est saisi d'une demande de question préjudicielle sur le sens et la légalité des clauses d'un contrat d'affermage des droits de places perçus dans les halles et marchés communaux, le juge judiciaire, seul compétent, en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809, pour statuer sur les contestations nées à l'occasion de l'exécution de ce contrat administratif, a la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige ; Que c'est, dès lors, sans méconnaître le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ni excéder ses pouvoirs que la cour d'appel a retenu qu'au regard de cette exigence, les irrégularités alléguées par l'autorité délégante n'étaient pas d'une gravité suffisante pour écarter l'application du contrat et qu'elle en a déduit que la demande de question préjudicielle devait être rejetée »*[1374].

1001. Si le champ de la jurisprudence – reconnue comme – établie est encore mince, il témoigne toutefois de l'appropriation progressive de la notion par les juridictions civiles et administratives au cours de la dernière décennie. Le champ de la jurisprudence établie devrait encore s'étoffer au fil du temps pour permettre au juge saisi au principal d'appliquer un grand nombre de solutions traditionnelles, tant en droit des contrats administratifs qu'en droit des entreprises en difficulté. Il est d'ailleurs possible d'esquisser ce que pourrait être ce large champ de la jurisprudence établie dans le cadre de la présente recherche.

2) *L'étendue potentielle de la jurisprudence établie*

1002. Recenser l'ensemble de la jurisprudence constante du Conseil d'État en matière de contrats administratif et de la Cour de cassation en matière de procédures collective serait à la fois indigeste et n'apporterait que peu de solutions claires aux difficultés rencontrées par les juridictions dans le domaine de la présente recherche. Tout au plus peut-on dont mettre en exergue quelques hypothèses de résolution de questions incidentes qui pourraient être rencontrées lorsque le droit des entreprises en difficulté est confronté au droit applicable aux contrats administratifs. La recherche de la jurisprudence établie permettrait en effet de limiter le recours aux questions préjudicielles en matière d'arrêt des poursuites, d'interdiction des paiements, d'interdiction des résiliation et d'établissement des créances contractuelles.

[1374] Cass. civ., 24 avr. 2013, n°12-18.180.

1003. **La jurisprudence établie de la Cour de cassation sur l'étendue de l'arrêt des poursuites** – En premier lieu, la recevabilité d'un recours pécuniaire devant le juge administratif pourrait être contestée par une partie au litige sur le fondement du principe d'arrêt des poursuites en raison de l'ouverture d'une procédure collective. L'article L. 622-21, I. du code de commerce prévoit en effet que « *le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : /1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; / 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ». En application de cet article, le juge administratif devrait alors déclarer irrecevable[1375] d'office[1376], conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation, tout recours d'un créancier public en matière pécuniaire ou tendant à la résolution d'un contrat pour inexécution des obligations financières du débiteur, y compris en référé provision[1377]. L'on peut d'ailleurs considérer que l'essentiel du champ de l'arrêt des poursuites est parfaitement balisé par la jurisprudence de la Cour de cassation ; le juge administratif peut donc statuer par lui-même en prenant appui sur l'essentiel de la jurisprudence mentionnée sous l'article L. 622-21 du code de commerce pour déclarer irrecevable[1378] un certain nombre de recours indemnitaires ou liés à la mauvaise exécution financière du contrat par le débiteur.

1004. **La jurisprudence établie de la Cour de cassation sur l'interdiction des paiements antérieurs au jugement d'ouverture** – Si le juge administratif ne concluait pas à l'irrecevabilité des prétentions pécuniaires à l'encontre du débiteur[1379], il serait encore tenu par l'application du principe d'interdiction des paiements énoncé par l'article L. 622-7 du code de commerce. Confronté à la contestation par l'Administration du non-paiement par son cocontractant de ses dettes contractuelles, le juge administratif pourrait être confronté à l'étendue de l'interdiction des paiements. Il pourrait plus particulièrement, à propos des créances antérieures au jugement d'ouverture de l'article L. 622-7, être amené à s'interroger sur la validité d'un paiement par compensation ou encore sur l'étendue des actes relevant de la gestion courante de l'entreprise. Il semble qu'en la matière, l'obligation de recours à une question préjudicielle puisse être déjouée

[1375] Sur le traitement de l'arrêt des poursuites par l'irrecevabilité, v. par ex. Cass. com. 14 mai 1996, n°94-11.469 ; Cass. com. 28 juin 2017, n°16-10.591.

[1376] v. par ex. Cass. com., 1er juill. 2020, n°19-11658 ; Cass. com., 9 déc. 2020, n°19-17462.

[1377] v. notamment Cass. com., 19 sept. 2018, n°17-13.210 ; Cass. com. 23 oct. 2019, n°18-14.823.

[1378] RONTCHEVSKY N., CHEVRIER E., PISONI P., *Code de commerce annoté*, Dalloz, 118ème édition, 2023 ; PETEL Ph. (dir.), *Code de commerce 2023*, Lexis Nexis, 35ème édition.

[1379] Par ex. en application de l'article L. 624-2 du code de commerce ; v. Chapitre 7, n° 886 et suiv., p. 385 et suiv.

par l'abondance et la constance de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la mise en œuvre de ces qualifications légales.

1005. Les juridictions administratives ont d'ores et déjà fait usage d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation en matière de compensation des créances connexes[1380] ; de nombreuses autres difficultés pourront également être déjouées par la jurisprudence établie, notamment sur la sanction de la connexité « *délibérément provoqué*[e] » par les parties[1381], ainsi que sur un certain de nombres de situations dans lesquelles la connexité peut être mise en doute[1382]. De la même manière, le juge administratif confronté à l'appréciation d'un acte de disposition exécuté par le débiteur sans autorisation préalable du juge-commissaire pourrait, au vu d'une jurisprudence établie, statuer sur sa validité[1383].

1006. **La jurisprudence établie de la Cour de cassation sur l'interdiction des résiliations consécutives à l'ouverture d'une procédure collective** – Le juge administratif, saisi par le débiteur ou un organe de la procédure collective à l'encontre d'une résiliation par l'Administration, consécutive à l'ouverture d'une procédure collective, pourrait apprécier au regard d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation la légalité de ladite résiliation. En effet, la jurisprudence civile censure les mécanismes contractuels résolutoires fondés sur le seul placement en procédure collective[1384] ou sur la cessation des paiements[1385], étant entendu que d'autres causes de résiliation peuvent être invoquées – de bonne foi –, y-compris entre la cessation des paiements et l'ouverture de la procédure[1386]. Il semble alors que le juge administratif puisse se baser sur cette jurisprudence établie pour apprécier la légalité de la résiliation administrative au

---

1380 v. *supra* n°546 et notamment CAA Douai, 18 mars 2021, *SA Technifrance*, n°18DA02553 ; CAA Nantes, 1er févr. 2018, *SARL Ker Hold*, n°16NT01165, *precit.*

1381 Cass. com., 26 oct. 1999, n°97-14.430 ; Cass. Com., 1er mars 2005, n°03-18.774.

1382 v. par exemple la jurisprudence étoffée de la Cour de cassation sur la notion d'ensemble contractuel unique : Cass. com., 5 avr. 1994, n°92-13.989 ; Cass. com., 9 mai 1995, n°93-11.724 ; Cass. com., 15 mars 2005, n°02-19.129.

1383 Par exemple dans le cadre d'un marché public de fourniture de véhicules par un professionnel du secteur, le juge administratif devrait considérer – au vu d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation – que la vente des véhicules est un acte de gestion courante, soustrait à l'autorisation préalable du juge-commissaire, v. par ex. Cass. com, 28 mai 2002, n°99-15.040. Cette trame jurisprudentielle pourrait être identiquement appliquée à toutes les ventes de biens, lorsque lesdites ventes constituent l'activité de l'entreprise et peuvent être analysées comme l'écoulement des stocks.

Par exemple, il résulte également d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation que la décision de résiliation du bail comprenant les locaux d'activité de l'entreprise est un acte étranger à la gestion courante de l'entreprise, v. par ex. Cass. com., 8 sept. 2021, n°20-12.340, 20-12.341, 20-15.313.

1384 Cass. com., 22 janv. 2002, n°99-20.003.

1385 Cass. com., 2 mars 1993, n°90-21.849.

1386 Cass. com., 19 mars 2002, n°99-14.783.

regard de l'article L. 622-13, I. du code de commerce, se dispensant ainsi d'une question préjudicielle à l'ordre judiciaire.

1007. **La jurisprudence établie du Conseil d'État sur l'établissement des créances contractuelles publiques** – Le sursis à statuer du juge judiciaire dans l'attente d'une décision du juge administratif sur l'admission des créances contractuelles est une conséquence du partage des compétences juridictionnelles[1387]. Pour autant, par dérogation à la décision *SARL SEGI,* il semblerait qu'un certain nombre de difficultés dans l'établissement des créances contractuelles publiques puisse souvent être déjoué par l'existence d'une jurisprudence étoffée et constante du Conseil d'État sur l'exécution financière des contrats administratifs. L'exécution financière d'un contrat de la commande publique répond à des règles strictes basées sur la compensation des dettes et créances au sein d'un décompte, qui donne lieu à un paiement du solde après la réception des prestations contractuelles, nonobstant les avances et acomptes. En principe, en matière de commande publique, l'essentiel des transactions financières entre les contractants visent le paiement du titulaire du contrat pour les prestations qu'il a exécutées. Néanmoins, ledit titulaire peut, le cas échéant, devoir s'acquitter de pénalités, de dommages-intérêts ou encore de redevances d'occupation du domaine public à l'égard de la personne publique contractante. En ce cas, il faut distinguer les situations selon que le décompte a été adopté ou que le contrat est toujours en cours d'exécution – et le décompte en cours de consolidation.

1008. Dans le premier cas, le décompte, devenu général et définitif tient compte de l'ensemble des éléments d'actif et de passif, agrégés et compensés pour faire apparaître un solde. Lorsque le solde est positif, il n'y a pas lieu de poursuivre le titulaire en difficulté, puisque la créance est éteinte, par compensation[1388]. Lorsque le solde est négatif et fait apparaître une créance à recouvrer auprès du titulaire, le juge judiciaire peut admettre l'existence de la créance en faisant application d'une jurisprudence bien établie du Conseil d'État sur la portée du décompte général et définitif. Le décompte général et définitif est en effet unitaire et indivisible[1389], intangible[1390] ; la décontraction des dettes et créances est impossible et seul compte alors le solde de l'opération : « *l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un*

[1387] TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI*, n°3447.

[1388] Il n'y a aucune difficulté à ce que le juge judiciaire rejette alors l'existence de toute créance, eu égard à sa compensation, conformément à la jurisprudence établie citée ci-après.

[1389] CE, 6 nov. 2013, *Région Auvergne*, n°361837 ; CE, 6 mai 2019, *Sté Icade Promotion*, n°420765.

[1390] CE, 10 juill. 1918, *Sieur Charbonnier*, n°47171 ; CE, 27 oct. 1937, *Sté Dodin*, n°49005 ; CE, 16 oct. 1970, *TP Hauts-de-Seine*, n°72802.

compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties »[1391]. Alors, dès lors que la créance issue des éléments de passif imputables à l'entreprise titulaire a été déclarée à la procédure collective, même à titre d'évaluation, le juge judiciaire ne devrait avoir aucune difficulté particulière pour appliquer d'office la jurisprudence constante du Conseil d'État sur l'effet du décompte général et définitif pour établir la créance.

1009. Dans le cas où le décompte n'est pas définitivement adopté, la situation est moins balisée pour le juge judiciaire, qui devra souvent s'en remettre au juge administratif pour l'établissement des créances. Néanmoins, l'on pourrait imaginer que le juge judiciaire établisse, en amont du décompte, l'existence des pénalités déclarées sous la forme d'une évaluation, et ce eu égard à leur caractère forfaitaire et automatique, conformément à une jurisprudence établie du Conseil d'État[1392]. Il semble en aller de même en matière de redevances d'occupation du domaine public dont le paiement ferait défaut. En effet, le code général de la propriété des personnes publiques prévoit que lesdites redevances sont payables « *d'avance et annuellement* »[1393] et le Conseil d'État a toujours estimé que « *la redevance est due dès lors que le droit d'utilisation est accordé et même si l'occupation du domaine public n'est pas effective* »[1394], que « *les communes sont fondées à recouvrer au titre des occupations privatives de leur domaine public des redevances calculées en tenant compte des avantages de toute nature procurés au concessionnaire ou permissionnaire de voirie* »[1395]. Ainsi, le non-versement d'une redevance domaniale devrait permettre – sans difficulté et au regard d'une jurisprudence constante – l'établissement d'une créance due par l'occupant, sans qu'il soit nécessaire de faire établir l'existence de ladite créance par le juge administratif.

1010. L'application de la jurisprudence établie sur l'étendue de l'arrêt des poursuites, de l'interdiction des paiements, de l'interdiction des résiliations consécutives à l'ouverture d'une procédure collective ou encore sur l'établissement des créances contractuelles publiques est susceptible de limiter grandement le champ des questions préjudicielles qui sont de nature à paralyser le déroulement de la période d'observation.

[1391] CE, 4 décembre 1987, *Commune de Ricamarie*, n°56108 ; CE, 27 janv. 2020, *Société ALM Allain*, n°425168.

[1392] CE, 10 déc. 1965, *Sté Grands Travaux de l'Est, n°60850 ;* CE, 19 juill. 2017, *Sté GBR IDF*, n°392707.

[1393] Art. L. 2125-4 du code général de la propriété des personnes publiques.

[1394] CE, 29 nov. 2002, *Cne de Barcarès*, n°219244.

[1395] CE, 11 oct. 2006, *Prouvoyeur*, n°254236.

1011. Les questions préjudicielles sont une réponse imparfaite et dilatoire aux difficultés de traitement de questions qui dépendent incidemment de la compétence de l'autre ordre. L'évitement de ces procédures par l'étoffement de la jurisprudence établie est une réponse pertinente, garante de la fluidité des procédures juridictionnelles engagées. Pour autant, il serait illusoire de considérer que l'ensemble des difficultés incidentes pourraient être traitées par le biais de la jurisprudence établie de l'autre ordre. Des obstacles à l'extension du champ de la jurisprudence établie demeurent. L'on peut évoquer une première contrainte liée au caractère évolutif du droit des entreprises collectives, soumis à des réformes régulières. En outre, un certain nombre de problèmes juridiques sont légitimement soumis à une appréciation souveraine de la juridiction compétente en la matière[1396]. C'est la raison pour laquelle il est légitime d'envisager l'éventualité de la création d'un mécanisme juridictionnel spécifique, propre à limiter le caractère dilatoire des questions préjudicielles.

§2. La création d'une voie juridictionnelle d'urgence

1012. Après avoir établi le caractère dilatoire des questions préjudicielles, excessivement dommageables au déroulement des procédures collectives, il importait d'examiner le champ de la jurisprudence établie pour tenter de les éviter. Puisque le champ de la jurisprudence établie pourrait encore s'étoffer, sans avoir pour autant vocation à couvrir l'ensemble des sources de questions préjudicielles dans le champ de la présente recherche, il convient de rechercher des méthodes alternatives de limitation des conséquences néfastes des questions préjudicielles. D'aucuns feraient de la remise en cause du dualisme juridictionnel la meilleure arme de lutte contre ces procédures dilatoires ; sauf à faire preuve d'une radicalité extrême, ce n'est pas la voie qui sera défendue (A). Il aurait également été envisageable d'envisager la création d'une juridiction paritaire, spécifiquement chargée de coordonner les régimes exorbitants, administratif et commercial ; mais la solution est inédite et difficilement justifiable (B). C'est la raison pour laquelle est proposée la création d'un mécanisme juridictionnel applicable aux seules questions préjudicielles posées dans des situations d'urgence, qui pourrait prendre le nom de "*référé préjudiciel*" (C).

[1396] L'on peut notamment évoquer l'appréciation par le juge administratif des conséquences pour l'intérêt général d'une décision administrative qui porte sur la poursuite des contrats, ou encore la légitimité de la compétence du juge-commissaire et du Tribunal de la procédure collective pour apprécier le bienfondé des décisions à prendre pour assurer le meilleur déroulement de la période d'observation, en considération de la situation du débiteur.

A) La chimère de la fin du dualisme juridictionnel

1013. La dualité juridictionnelle est un débat doctrinal éternel depuis son établissement. Pour autant, sa remise en cause, souvent réclamée, n'a jamais été retenue. L'on peut d'ailleurs aisément établir qu'elle ne règlerait pas à elle seule les critiques apportées au systèmes juridictionnel français. Alors, plutôt que de perpétuer la chimère du monisme, l'on préfèrera construire l'unité du droit, la coordination des régimes juridiques au sein d'un système juridictionnel dualiste.

1014. **L'impasse des débats doctrinaux relatifs au dualisme juridictionnel** – Il n'y a pas lieu d'affirmer que les tenants de l'unité de juridiction seraient marginaux dans la doctrine. Le débat doctrinal est pléthorique[1397] ; cette cause doctrinale compte de grands noms du droit public – tel le Professeur Didier TRUCHET[1398] – comme du droit privé – tel le Premier Président LOUVEL. Pour autant, les réminiscences de contestation ouverte du dualisme juridictionnel sont périodiques et impuissantes. La situation du débat doctrinal sur l'unité de juridiction a été parfaitement synthétisé par Magali JORAT, sous l'angle de la suppression de la juridiction administrative :

> « *Supprimer la justice administrative peut sembler aujourd'hui anachronique. […] Le débat apparaît donc comme dépassé, celui d'un autre temps, lorsqu'il était ravivé régulièrement au XIXe siècle par les libéraux, les monarchistes et les républicains radicaux, même si une faible partie de la doctrine a continué à l'alimenter durant le siècle suivant. […] L'analyse de la doctrine montre que le débat sur la suppression de la justice administrative est un débat avant tout récurrent, sous influence libérale, néo-libérale. La libéralisation des régimes politiques et le fait que le Conseil d'État soit désormais considéré comme une institution libérale, a introduit quelques nuances dans la proposition de suppression de sa justice : la restructuration du système juridictionnel s'est substituée à une proposition de suppression stricte ; il est question du maintien de la justice administrative - sous une approche plus technique - et non plus celle de sa légitimité.* »[1399]

[1397] Le Professeur Jacques CAILLOSSE a par exemple pu dresser une bibliographie succincte sur le sujet dans son article : CAILLOSSE J., « *Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel* », *AJDA,* 2005, p. 1781. Un travail de recensement bibliographique des débats doctrinaux sur la dualité juridictionnelle très complet a été réalisé et il est disponible sur le site *Criminocorpus* : https://criminocorpus.org/fr/outils/bibliographie/consultation/themes/13412/.

[1398] TRUCHET D., « *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel* », *AJDA,* 2005, p. 1767 : « *Il faut sans doute une étrange obstination pour revenir sur un thème cent fois traité et cent fois écarté : la réunion des juridictions judiciaire et administrative en un seul ordre de juridiction. Leurs membres ne le souhaitent pas, les professions juridiques et judiciaires n'en voient pas l'intérêt, le justiciable n'en mesure pas les enjeux et le pouvoir politique "a d'autres chats à fouetter". La cause est perdue, à court ou moyen terme. Je ne me lasse cependant pas de la plaider* ».

[1399] JORAT M., « *Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats* », *RFDA,* 2008, p. 456.

Le dernier débat en date a fait suite à plusieurs tribunes du Premier Président LOUVEL qui s'interrogeait : « *quelle justification peut-on avancer aujourd'hui en faveur de l'existence de deux ordres de juridiction séparés ?* »[1400]. Pour autant, si le débat a pu se tenir quelque temps sur l'opportunité de cette remise en cause[1401], il a rapidement été relégué – ainsi que le pressentait Magali JORAT – au second plan par la doctrine et n'a semble-t-il eu aucune répercussion politique, peu d'écho auprès de la Garde des sceaux d'alors, Nicole BELLOUBET. Comme l'affirme très justement le Professeur Jacques CAILLOSSE : « *Soyons clair : la réforme du dualisme juridictionnel est d'abord, sinon exclusivement, une préoccupation doctrinale. Dès lors qu'elle n'est, pour l'heure, portée sur aucun agenda politique, elle reste un pur objet de réflexion théorique* »[1402].

1015. **Le mirage de l'unicité juridictionnelle** – Aux critiques portées à l'encontre de la dualité juridictionnelles doivent être opposées des nuances d'ampleur. En premier lieu, comme l'affirme très justement le Professeur Jacques CAILLOSSE, l'unicité de juridiction ne saurait remettre en cause la dualité ou la multiplicité des branches du droit, ou plus encore la particularité du droit applicable aux administrations publiques :

> « *Qu'on le veuille ou non, dans toute société dotée d'un État de droit il existe deux contentieux : un contentieux judiciaire et un contentieux administratif, comme il existe du droit civil et du droit administratif, y compris dans les pays de common law […] Le choix entre ces deux modèles-types est affaire d'histoire et de culture nationales. A partir du moment où, en théorie, ce choix existe, il se produit entre les deux formules une sorte d'effet de système. Là où se pratique le monisme, les voix favorables au dualisme ne manquent pas de se faire entendre. Là où prévalent les montages dualistes, ils sont discutés du point de vue de l'unification juridictionnelle. Et on voit mal comment il pourrait en aller autrement !* »[1403]

En second lieu, l'unicité de juridiction n'est pas une réponse vraiment convaincante aux difficultés rencontrées par les justiciables. La remise en cause du dualisme est la réponse la plus brutale et simpliste aux problèmes de répartition du contentieux. D'abord, l'unification du contentieux ne

---

[1400] LOUVEL B., « *Pour l'unité de juridiction* », tribune du 25 juill. 2017, v. aussi LOUVEL B., « *Pour l'unité de la magistrature* », 6 juin 2017 ; « *Pour l'unité de procédure civile* », 27 sept. 2017 ; « *Pour l'unité de tribunal* », 31 oct. 2017.

[1401] LANDOT E., « *Duel imprévu sur l'unité, ou non, des ordres juridictionnels en France* », 27 juill. 2017, https://blog.landot-avocats.net/2017/07/28/duel-imprevu-sur-lunite-ou-non-des-ordres-juridictionnels-en-france/ : « *Petit clapotis sans lendemain dans la mare de notre petit monde juridique ? Ou début d'une guerre de tranchée sur un terrain que l'on croyait pacifié depuis au moins la fin du XIXe siècle ?* ».

[1402] CAILLOSSE J., « *Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel* » *AJDA* 2005, p. 1781.

[1403] *ibid.*

règlerait pas la difficulté de saisine par le justiciable de la juridiction compétente, eu égard au fractionnement existant et irrémédiable du contentieux entre les juridictions administratives, commerciales, prud'homales, civiles et pénales. En outre, l'unicité de juridiction n'est pas la seule réponse à la complexité du contentieux. Le Professeur Jacques CAILLOSSE s'interroge légitimement : « *La problématique de la simplification ne peut-elle vraiment prospérer que dans un cadre institutionnel réunifié ? Si le dualisme génère et entretient certaines bizarreries dont les usagers de la justice se passeraient volontiers, rien sur le principe n'empêche l'intervention du législateur. La persistance de ces turbulences n'est plus seulement imputable aux raffinements byzantins du fonctionnement juridictionnel, le problème qu'elle pose relève d'un traitement politique* ». Enfin, la reconstruction de l'ensemble du système juridictionnel dans une forme unifiée serait à n'en pas douter d'une complexité extrême, une « *révolution historique* » selon le Professeur Pierre DELVOLVE[1404], sans que les bénéfices concrets pour le justiciable ou pour la qualité de la justice soient clairement garantis.

1016. **L'opportunité d'une unité du droit dans un système juridictionnel dualiste** – Il semble plus convaincant de défendre l'unité du droit que de chercher à remettre en cause absolument le dualisme juridictionnel. Loin de la fracture historique issue de la *summa divisio*, les diverses branches du droit français tendent à converger, sous l'impulsion croisée de la constitutionnalisation, de l'européanisation et de l'internationalisation du droit, de même que le développement d'un véritable dialogue des juges. Une partie de la doctrine érige même l'*Unité du droit* en précepte et objet principal d'une recherche conjointe entre universitaires et praticiens du droit, toutes branches confondues[1405]. Le courant doctrinal de l'unité du droit est étayé notamment dans un ouvrage des Professeurs Baptiste BONNET et Mathieu TOUZEIL-DIVINA, qui y défendent une relativisation de la *summa divisio* sur tous les plans, suivant l'idée de Charles EISENMANN selon laquelle « *la division des champs disciplinaires n'est qu'instrumentale, elle ne relève que de "la classification d'ordre"* »[1406] ; sans pour autant que la remise en cause du dualisme juridictionnel en soit conçue comme une modalité indispensable. Les membres de ce courant doctrinal considèrent

[1404] DELVOLVE P., *Le droit administratif*, Dalloz, 2002, p. 80.

[1405] L'on peut se référer aux travaux du *Collectif pour l'unité du droit* et de l'édition *L'Épitoge*, portés et défendus notamment par le Professeur Mathieu TOUZEIL-DIVINA, v. http://unitedudroit.org/.

[1406] BONNET B., TOUZEIL-DIVINA M., *Initiation au Droit ; introduction encyclopédique aux études & métiers juridiques*, LGDJ, 2011, p. 282. v. http://unitedudroit.org/unites-du-droit/ ; peuvent également être évoqués les travaux (cités par lesdits auteurs) : AGUILA Y., « *Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés* », *AJDA,* 2009, p. 905 ; BONNET B., DEUMIER P. (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public – droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010 ; *Mélanges en hommage à Roland Drago* : *l'Unité du Droit,* Paris, Economica, 1999 ; AUBY J.-B., FREEDLAND M. (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques / The public law – private law divide : une entente assez cordiale ?* ; Paris, éd. Panthéon-Assas.

à juste titre qu'il est nécessaire de considérer l'existence d'une culture commune, d'une *« grammaire commune »*[1407] entre les juristes.

1017. En matière de conflit entre le droit des contrats administratifs et le droit des entreprises en difficulté, la solution réside bien dans la recherche de l'unité du droit. Il ne s'agit pas de prôner une révolution inutile par le monisme juridictionnel, mais plutôt de créer les conditions d'une meilleure coordination de la jurisprudence commerciale et administrative, d'une meilleure conciliation des exorbitances. Cela passe par le dialogue des juges, par les travaux du Tribunal des conflits, par la connaissance réciproque de la jurisprudence établie de l'ordre opposé. Il s'agit donc bien de constituer une culture commune au droit économique public comme privé.

B) L'impasse de la juridiction paritaire

1018. Faute de remettre en cause la dualité juridictionnelle, l'on pourrait être tenté de prôner la création d'organes juridictionnels paritaires entre juridictions administratives et judiciaires, à même de régler les difficultés contentieuses dont le traitement dépend de l'intervention des deux ordres. Pourtant, cette idée *a priori* séduisante, n'est pas sans susciter des difficultés.

1019. **L'opportunité de création d'une juridiction paritaire ?** – Dans le système juridictionnel français, la seule juridiction paritaire entre ordres de juridiction est le Tribunal des conflits. Malheureusement, eu égard à la limitation de son office aux conflits de compétence et à son absence de déclinaison dans les ressorts locaux, il est à la fois incompétent et inapte à absorber le traitement au fond des affaires relevant de la compétence cumulative des deux ordres. L'on pourrait alors imaginer qu'il puisse devenir le juge d'appel ou de cassation de décisions prises par des juridictions paritaires, créées localement pour permettre l'examen rapide des affaires mêlant droit public et droit privé. Ces juridictions pourraient, sur le modèle du CORDIS[1408], être composées de deux magistrats judiciaires et de deux magistrats administratifs. Saisies par l'une ou l'autre des juridictions du ressort, ces juridictions paritaires pourraient permettre de traiter à la fois des questions de droit public et de droit privé, et de mieux coordonner les solutions rendues. Pourtant, une telle proposition se heurte à de nombreuses objections, tant pratiques que théoriques.

[1407] AGUILA Y., *precit.*

[1408] Le CORDIS est le Comité de Règlement des Différends et Sanctions de la Commission de régulation de l'énergie. Il a été créé par la loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie. Il est composé de deux conseillers d'État et de deux conseillers à la Cour de cassation.

1020. **Une solution inédite, difficilement défendable** – Il n'existe pour l'heure aucune juridiction paritaire entre ordres de juridiction apte à traiter des affaires au fond. Même le CORDIS, précédemment évoqué, est une simple instance dotée d'un pouvoir de sanction au caractère administratif ; il ne revêt aucune autorité juridictionnelle. Alors, la création d'une juridiction paritaire ne pourrait être envisagée qu'une fois les objections suivantes levées : la détermination difficile du champ de compétence de ces juridictions[1409], la désignation complexe des magistrats[1410], l'opportunité de la privation des cours d'appel et les cours administratives d'appel d'une partie de leur compétence juridictionnelle, le risque d'une perturbation de cohérence jurisprudentielle, l'engorgement potentiel du Tribunal des conflits, notamment. Il est probable qu'une telle proposition soit considérée comme fantaisiste et inutilement complexe à mettre en œuvre.

1021. La solution à la complexité du traitement contentieux ne semble pas devoir être recherchée dans le monisme juridictionnel, ni même dans la création d'une juridiction paritaire. C'est donc une adaptation de la procédure propre à certaines questions préjudicielles qui pourrait être recherchée, afin de répondre aux situations d'urgence, telle la période d'observation.

C) L'opportunité d'un *référé préjudiciel*

1022. En l'absence de solutions d'ampleur plus crédibles aux difficultés de traitement contentieux, l'amélioration de l'efficacité de la pratique contentieuse tient peut-être à une meilleure prise en compte de l'urgence dans la mise en œuvre des questions préjudicielles. C'est la raison pour laquelle peut être envisagée la création d'un *référé préjudiciel*.

1023. **L'insuffisante prise en compte de l'urgence dans la mise en œuvre des questions préjudicielles** – Comme cela a pu être abordé précédemment[1411], les codes de justice administrative et de procédure civile prévoient respectivement que les questions préjudicielles

[1409] Quelle compétence donner à ces juridictions paritaires ? La compétence à traiter toute affaire comprenant une intrication des compétences juridictionnelles ou bien certains contentieux prioritairement ciblés ?

[1410] La désignation des magistrats membres de l'instance paritaire devrait-elle varier selon la nature des affaires, notamment du point de vue des magistrats de droit privé (tribunaux de commerce, tribunaux prud'homaux, tribunaux judiciaires, etc), certains d'entre eux n'étant d'ailleurs pas des magistrats professionnels ?

[1411] Chapitre 8, Section 1, §2, A), 2), p. 421.

doivent être traitées dans « *les délais les plus brefs* »[1412] ou encore au maximum après « *un mois* » [1413] d'instruction. Malgré cet encouragement au traitement rapide des questions préjudicielles par les pouvoirs législatif et réglementaire, il est établi que les délais réels de traitement des questions préjudicielles dépassent souvent les trois mois, voire plus d'un an lorsqu'un recours en cassation est effectué. Ainsi, la procédure actuelle ne semble pas suffisamment inciter les destinataires des questions préjudicielles à les traiter dans l'urgence. Il est d'ailleurs probable que le traitement dans l'extrême urgence ne soit pas parfaitement nécessaire en toutes situations. C'est la raison pour laquelle est proposée la création d'une procédure préjudicielle dérogatoire, spécifique à de telles situations d'urgence. Cette procédure pourrait prendre le nom de *référé préjudiciel*.

1024. **L'opportunité de création d'un *référé préjudiciel*** – Puisqu'il importe, dans un certain nombre de situations, que la réponse à une question préjudicielle parvienne à la juridiction saisie à titre principal dans un délai très restreint, une procédure d'urgence en référé pourrait être promue. Aligné sur le délai du référé liberté[1414], d'une durée de quarante-huit heures, le référé préjudiciel pourrait permettre à la juridiction saisie à titre principal qu'il soit statué par l'autre ordre sur une difficulté qui échappe à sa compétence dans un délai réduit. Sur le modèle de l'article L. 523-1 du code de justice administrative, afin de ne pas porter atteinte à la poursuite de l'examen de l'affaire par la juridiction de saisine, il importerait également de limiter dans le temps la possibilité d'un recours en appel ou en cassation ainsi que le délai de jugement qui y est attaché. S'il est évident qu'une telle procédure de référé préjudiciel aurait un intérêt particulier pendant la période d'observation, il pourrait être généralisé à l'ensemble des questions préjudicielles posées dans des situations d'urgence caractérisée, toujours sur le modèle du référé liberté. En matière de procédures collectives, pourrait ainsi être mise en avant l'*urgence économique* caractérisée, lorsqu'un délai de décision en question préjudicielle serait de nature à porter atteinte à la survie de l'entreprise, à la poursuite de l'activité ou à toute autre situation grave ou irrémédiable pour le débiteur. Afin de ménager les relations entre ordres de juridiction, il semble légitime que l'appréciation de la recevabilité du référé préjudiciel soit laissée à la juridiction saisie dudit référé, au regard notamment du critère d'urgence. Il pourrait être complété d'un critère de gravité, qui, combiné à l'urgence, justifierait la nécessité du référé préjudiciel au regard d'un risque d'atteinte à une liberté fondamentale ou à une situation économique déterminée.

[1412] Art. R. 771-2-1 du code de justice administrative.

[1413] Art. 126-14 du code de procédure civile.

[1414] Art. L. 521-2 du code de justice administrative.

1025. Bien que l'instauration d'un référé préjudiciel doive faire l'objet d'une réforme législative et malgré la nécessité d'en préciser les contours exacts, il semble qu'un tel mécanisme soit à même de répondre à un certain nombre des difficultés précédemment énoncées. Le référé préjudiciel est une réponse contextualisée et douce à la complexification de la pratique contentieuse, au caractère dilatoire des questions préjudicielles. Aux solutions brutales – telles que le monisme juridictionnel – l'on préfèrera une réponse chirurgicale, inspirée de mécanismes d'urgence existants.

1026. **Conclusions partielles** – La simplification du traitement du contentieux est une nécessité tant pour les juridictions que pour l'ensemble des acteurs confrontés à la rencontre du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratifs. Le caractère dilatoire des questions préjudicielles a été identifié comme le frein majeur à la fluidité des procédures contentieuses et il a fallu entrevoir la manière de limiter leur mise en œuvre. Malheureusement, le champ de la jurisprudence reconnue comme établie est encore embryonnaire et mériterait d'être complété. Lorsque cela est impossible, une voie d'urgence devrait être créée pour accélérer le traitement des questions préjudicielles. Le *référé préjudiciel* ici défendu pourrait être un outil contentieux adapté à l'urgence économique qui se manifeste pendant la période d'observation. Tout ce qui contribue à fluidifier les rapports entre ordres de juridictions et à simplifier le parcours contentieux est louable, eu égard à l'ampleur et à la multiplicité des enjeux en présence.

Conclusion du chapitre 2

1027. La rencontre du droit des entreprises en difficulté et du droit des contrats administratifs peut être de nature à complexifier le traitement contentieux. À la fois les régimes juridiques, les procédures contentieuses et les attributions de compétences juridictionnelles diffèrent entre le droit public et le droit des entreprises en difficulté.

1028. Ainsi, le juge judiciaire est confronté à l'exorbitance publique, parfois exercée au détriment des pouvoirs des organes de la procédure collective. Parallèlement, le juge administratif fait face de manière inédite à une exorbitance commerciale et à des logiques juridiques particulièrement spécifiques, propres aux procédures collectives.

1029. Eu égard au fractionnement des compétences juridictionnelles, qui caractérise le contentieux des contrats administratifs pendant la période d'observation, la procédure de la question préjudicielle est un facteur de ralentissement et de complexification de la pratique contentieuse. Qualifier de dilatoires les questions préjudicielles ne semble pas exagéré au regard des délais de jugement qui leur sont attachés.

1030. Alors, il apparaît nécessaire de limiter les capacités de nuisance des questions préjudicielles, comme a déjà tenté de le faire le pouvoir réglementaire en 2015. À cet effet, il est utile d'établir, conformément à l'incitation jurisprudentielle, le champ actuel comme prospectif de la jurisprudence établie en matière de contrats administratifs et de procédures collectives.

1031. À défaut d'un champ suffisamment large de la jurisprudence établie, l'on peut rechercher comment adapter le contentieux mixte à l'impératif de fluidité des procédures juridictionnelles. Si prôner le monisme juridictionnel ou la création de juridictions mixtes semble illusoire, rechercher l'unité du droit d'une part et permettre la création d'une procédure d'urgence en matière de questions préjudicielles – le référé préjudiciel – d'autre part semblent des pistes d'améliorations plus crédibles.

CONCLUSION DU TITRE 2

1032. La confusion pressentie du traitement contentieux n'a pas été démentie. L'illisibilité de solutions dégagée par les juridictions administratives et judiciaires comme par le Tribunal des conflits préjudicie à l'efficacité du traitement des litiges. Par extension, elle ne permet pas de tenir compte de l'urgence qui s'attache au déroulement des procédures collectives comme à celle qui s'impose lorsqu'il est question de préserver l'intérêt général et la continuité du service public.

1033. Le fractionnement des compétences juridictionnelles, qui conduit à un partage du traitement des litiges entre les deux ordres, en est la cause principale. Les nombreuses critiques doctrinales qui ont fait suite à la décision *SEMMARIS* du Tribunal des conflits le démontrent. Il est nécessaire de déroger à la répartition classiques des compétences pour apporter la lisibilité nécessaire au justiciable, aux acteurs publics comme aux organes des procédures collectives. Seul le législateur serait apte à procéder à cette réorganisation du contentieux des créances et des résiliations.

1034. La complexité qui se révèle dans la pratique contentieuse n'est pas indifférente de la *summa divisio*. La nécessité de recourir à des questions préjudicielles pour faire face au fractionnement des compétences de chacun des deux ordres est une source de lenteur qu'il faut dépasser. Développer l'usage de la jurisprudence établie et accélérer le traitement des questions préjudicielles est une nécessité absolue. Il est alors possible d'envisager la création d'un *référé préjudiciel* pour permettre un traitement performant des affaires urgentes.

1035. L'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice a rarement été autant à propos qu'en matière de contentieux des contrats administratifs et des procédures collectives. Il revient au législateur de s'en saisir, dans l'intérêt de l'ensemble des acteurs concernés.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1036. Face au droit des entreprises en difficulté, le contrat administratif est-il réellement « moins administratif » ? Malgré l'abus de langage, il faut admettre que l'exorbitance publique peine à trouver sa place face à l'impérialisme du droit des entreprises en difficulté ; il en va de même pour le juge administratif, dont la compétence juridictionnelle est amoindrie.

1037. À la question « le contrat administratif confronté au droit des entreprises en difficulté perd-t-il son exorbitance ? », il faut répondre négativement. D'une part, la démonstration a été faite que les personnes publiques contractantes ne sont pas dépourvues des pouvoirs exorbitants qu'elles peuvent exercer à l'encontre de leur cocontractant en difficulté. D'autre part, le régime juridique applicable aux contrats administratifs est peut-être même encore plus exorbitant, en ce que les droits dérogatoires se cumulent, mais se neutralisent rarement.

1038. Sur le plan contentieux, le traitement des litiges relatifs aux contrats administratifs conclus avec des entreprises en difficulté est complexe. Rien n'a jusqu'alors permis soit de priver le juge administratif, soit de priver le juge judiciaire de leurs compétences juridictionnelles. Le respect de la *summa divisio* a conduit à fractionner le contentieux afin de respecter au mieux les blocs de compétences des deux ordres. Ce fractionnement conduit à complexifier significativement le parcours contentieux des justiciables et à rendre plus difficile le travail de juges, soumis à l'obligation d'user de questions préjudicielles dilatoires, souvent nuisibles à la vie des affaires.

1039. Confronté au droit des entreprises en difficulté, le regime juridique du contrat administratif n'est certes pas moins dérogatoire, mais il est moins administratif, en ce que l'exorbitance et les contentieux publics et privés s'entremêlent de manière très imparfaite, souvent au détriment de la préservation de l'intérêt général et du bon fonctionnement des services publics.

Conclusion générale

1040. L'étude a permis de démontrer que le régime juridique du contrat administratif confronté au droit des entreprises en difficulté est altéré dans son essence contractuelle comme dans sa qualification administrative

1041. Chaque aspect de la vie contractuelle est soumis à un droit des entreprises en difficulté peu enclin à la nuance, à la prise en compte des principes et enjeux du droit administratif. Les règles de la procédure collective priment la plupart du temps sur le droit public et sur ses objectifs premiers : la préservation de l'intérêt général et de la continuité du service public. Pour autant, un constat s'impose ; la rencontre du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratif n'est pas aussi explosive qu'attendu.

1042. Tout au long de l'analyse, un point d'honneur a été mis sur l'absence de jugement hâtif, polémique ou politique quant à la pertinence d'une telle primauté du droit des entreprises en difficulté sur le droit administratif. L'Administration n'est pas déconnectée des vicissitudes économiques et de son environnement social. Il n'était donc pas question de considérer que la vie des affaires devrait être reléguée à un rang secondaire alors que les intérêts publics ne devraient subir aucune contrariété.

1043. Pourtant, l'absence de toute coordination, de la moindre conciliation des objectifs du droit des contrats administratifs et du droit des entreprises peut inquiéter. Les incertitudes sur le régime juridique applicable et l'imperfection des solutions empiriques qui ont été dégagées laissent à penser que des évolutions normatives sont nécessaires à la réconciliation du droit des entreprises en difficulté avec la spécificité du droit des contrats administratifs. Tout au long de la présente étude, des solutions conciliatrices – certainement imparfaites – ont été dégagées. Il apparaît nécessaire d'en retranscrire l'essence, en espérant que des travaux législatifs et jurisprudentiels se saisissent de ces enjeux.

1044. **En matière d'accès des entreprises en difficulté aux contrats administratifs**, les règles adoptées en droit de la commande publique, qui garantissent la possibilité pour les entreprises en sauvegarde ou procédure préventive de soumissionner et qui interdisent aux entreprises en liquidation judiciaire d'être admises à se porter candidates devraient être généralisées à l'ensemble des contrats administratifs. Le régime d'accès des entreprises en redressement judiciaire aux contrats administratifs est en revanche imparfait. En matière de commande publique, l'obstacle de l'habilitation à exécuter les prestations pendant la durée prévisionnelle du contrat conduit à l'exclusion mécanique de l'essentiel des entreprises en période d'observation. Le renouvellement par anticipation de la période d'observation est une solution *a minima* mais qui peut être prônée à droit constant (v. n°201). Une autre proposition pourrait conduire à ce que l'habilitation ne soit pas calquée de manière brutale et mécanique sur la durée de la période d'observation mais sur un avis motivé de l'administrateur (v. 203). Afin d'éviter l'influence nocive des défaillances pendant l'exécution, un mécanisme de substitution simplifiée pourrait permettre garantir la nécessaire continuité des prestations contractuelles et du service public (v. 205).

1045. **En matière de cession judiciaire des contrats administratifs**, il est impossible de remettre en cause l'absolue nécessité de la cession judiciaire des contrats lorsque l'entreprise débitrice est cédée par le juge judiciaire à un tiers. Pour autant, les incertitudes et conjectures restent nombreuses sur les modalités et conditions de la cession judiciaire des contrats administratifs. Les hypothèses de résolution ici proposées devraient être confirmées et stabilisées, soit par l'intervention du législateur, soit par une intervention prétorienne, sur le modèle de l'avis du 8 juin 2000 (v. n°344 et suiv.).

1046. **En matière d'exécution technique des contrats administratifs**, la dégradation des conditions d'exécution ne tient pas suffisament compte de la préservation de l'intérêt général et de la nécessaire continuité du service public. Il importe alors que les organes de la procédure collective soient tenus de consulter les cocontractants publics en amont de la mise en œuvre de mesures contraignantes sur l'exécution, notamment dans l'exercice du droit d'option (v. n° 473). Lorsque la résiliation est nécessaire, il apparaît encore nécessaire de simplifier la passation des contrats de substitution, notamment en droit de la commande publique (v. n°474).

1047. **En matière d'exécution financière des contrats administratifs,** une meilleure considération de la spécificité des deniers et biens publics devrait être reconnue. Cela devrait conduire à ce que les créances contractuelles publiques se voient reconnaître un rang privilégié

dans l'apurement du passif, aligné par exemple sur celui de l'Administration fiscale. En outre, des règles spécifiques aux créances publiques devraient être adoptées, afin que les personnes publiques ne soient pas soumises aux mécanismes d'extinction du passif quérable et de l'inopposabilité du droit de propriété en matière de biens mobiliers (v. n°589). Une information renforcée des comptables et cocontractants publics doit être imposée aux mandataires judiciaires afin de leur permettre de faire valoir leurs droits dans la procédure collective (v. n°587).

1048. **En matière d'exorbitance administrative et commerciale**, il conviendrait d'améliorer la coordination des régimes de résiliation des contrats administratifs. Aucune résiliation unilatérale ne devrait pouvoir être prononcée en ignorant les enjeux d'intérêt général, de continuité du service public, de préservation de l'activité et de l'emploi de l'entreprise ou encore de remboursement des créanciers. Cela ne pourrait se matérialiser que par un régime dérogatoire de résiliation, adapté à la spécificité de la rencontre du droit administratif avec le droit des entreprises en difficulté (v. n°819 et suiv.).

1049. **En matière de répartition du contentieux**, une dérogation à la distribution des compétences juridictionnelles devrait être admise, afin d'apporter la simplicité et la lisibilité nécessaires au traitement du contentieux. Confier l'ensemble du contentieux relatif aux créances et aux résiliations prévues par le code de commerce au juge judiciaire (v. 923 et suiv.) et sanctuariser la compétence du juge administratif en matière de résiliation relevant de l'exorbitance publique est nécessaire (v. 927 et suiv.). Le fractionnement des compétences juridictionnelles est préjudiciable aux requérants comme à l'efficience des solutions proposées ; il est nécessaire de le limiter dans l'objectif d'une meilleure administration de la justice.

1050. **En matière de contrôle juridictionnel**, la relativité du pouvoir d'appréciation de chacun des ordres et la difficile combinaison des régimes juridiques préjudicient au succès des procédures collectives et à la préservation des intérêts publics. La nécessité de recourir aux questions préjudicielles, éminemment dilatoires, n'est pas satisfaisante. L'usage renforcé de la jurisprudence établie dans le traitement des litiges comme la création d'un référé préjudiciel adapté aux situations d'urgence semblent être les clés d'une meilleure performance du service public de la justice (v. 1024 et suiv.).

1051. Il est possible de réconcilier le contrat administratif avec le droit des entreprises en difficulté. Cela nécessite un dépassement du droit positif et la recherche d'une meilleure coordination des régimes juridiques applicables. La recherche d'une cohérence du droit économique dans son entièreté en est le moyen ; l'unité du droit en est la clé.

Bibliographie

Ouvrages

- ANTONINI-COCHIN L., HENRY L.-C., *Droit des entreprises en difficulté*, Gualino, 5ème édition, 2022
- ARGENSON J., TOUJAS G., *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite – Traité et formulaire*, Litec, 4ème édition, 1973
- AUBY J.B., BON P., AUBY J.M., TERNEYRE P., *Droit administratif des biens,* 8ème édition, 2020
- AUBY J.-B., FREEDLAND M. (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques / The public law – private law divide : une entente assez cordiale ?*, Éditions Panthéon-Assas, 2004.
- AVENA-ROBARDET V., FERRIERE F., *Surendettement des particuliers 2012-2013*, Dalloz, 4ème édition, 2012
- BONNET B., TOUZEIL-DIVINA M., *Initiation au Droit ; introduction encyclopédique aux études & métiers juridiques*, Paris, LGDJ, 2011
- BONNET B., DEUMIER P. (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public – droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010
- BORGA N., JACQUEMONT A., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 12ème édition, 2022
- BRACONNIER S., *Précis du droit de la commande publique – Marchés publics – Concessions*, Le Moniteur, 7ème édition, 2021
- BRACONNIER S., *Droit des services publics,* PUF, Thémis droit, 2ème édition, 2007
- BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil – Les obligations*, Sirey, 18ème édition, 2022
- CARDINI C., *Droit du surendettement des particuliers,* Lexis Nexis, 2ème édition, 2012
- COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7ème édition, 2022
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, LGDJ, 12 ème édition, 2018
- COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY S., *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 36ème édition, 2023
- CUNIBERTI G., NABET P., RAIMON M., *Droit européen de l'insolvabilité*, LGDJ, 1ère édition, 2017
- DAMMAN R., SENECHAL M, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éditions, 2018
- DELVOLVE P., *Le droit administratif*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002
- DIDIER P., DIDIER Ph., *Droit commercial*, tome I, Economica, 2005
- DONNETTE-BOISSIERE A., FAVARIO T., LAROCHE M., PEROCHON F., REILLE F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 11ème édition, 2022

- DUBREUIL Ch.-A., *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis, 2ème édition, 2022
- ECKERT G. (dir.), *Code de la commande publique 2023*, LexisNexis, 4ème édition, 2023
- FAGES B. (dir.)., *Le Lamy – Droit du contrat,* Lamy expert 2019, Wolters Kluwer
- FOULQUIER N., *Droit administratif des biens,* Lexis Nexis, 6ème édition, 2023
- GUILLOUD L., OBERDORFF H., TERPAN F. (dir.), *L'européanisation du droit – Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français*, LGDJ, 2016
- GUYOMAR M., SEILLER B., MEYNAUD-ZEROUAL A., *Contentieux administratif,* Dalloz, 6ème édition, 2021
- HOEPFNER H., *Droit des contrats administratifs,* Dalloz, 3ème édition, 2022
- HOEPFFNER H., *Les garanties des constructeurs en droit public*, LGDJ, Systèmes, 1ère édition, 2018
- HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.-H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 13ème édition, 2022
- HOURSON S., YOLKA Ph., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2ème édition, 2020
- JACQUEMONT A., MASTRULLO T., BORGA A., *Droit des entreprises en difficulté,* 12ème édition, Lexis Nexis, 2023
- JEZE G., *Théorie générale des contrats de l'Administration*, Giard, 3ème édition, 1934
- JEZE G.*, Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, (4 t.) Giard, 1927-1932-1934-1936
- LAUBADERE (de) A., actualisé par MODERNE F., DELVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983-1984
- LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 9ème édition, 2022
- LE CORRE P.M., *Droit et pratique des procédures collectives,* Dalloz, 9ème édition, 2017-2018, 12ème édition, 2022
- LE CORRE P.-M., LE CORRE-BROLY E., *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 10ème édition, 2022
- LICHERE F., *Droit des contrats publics*, Dalloz, 3ème édition, 2020
- LIENHARD A., *Procédures collectives,* Delmas, 9ème édition, 2020
- LIENHARD A., PISONI P., *Code des procédures collectives 2023*, Dalloz, 21ème édition
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 24ème édition, 2023
- LUCAS F.-X., *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 4ème édition, 2022
- MARTINEAU-BOURGNINAUD V., *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement professionnel*, LGDJ, 1ère édition, 2018
- MATHIEU B., VERPEAUX M. (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998
- MATHIEU B. (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française - 1958-2008*, Dalloz, 2010
- MELLERAY F. (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, actes de colloque, Poitiers, LGDJ, 2004

- MENJUCQ M., SAINTOURENS B., SOINNE B., *Traité des procédures collectives*, Lexis Nexis, 3ème édition, 2021
- NICINSKI S., *Droit public des affaires*, LGDJ, 9ème édition, 2023.
- PEQUIGNOT G., *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945, La Mémoire du droit, 2020
- PEROCHON F. (dir.), *Droit des entreprises en difficulté,* LGDJ, 12ème édition., 2023
- PETEL P., *Procédures collectives,* Dalloz, 11ème édition, 2023
- PETEL Ph. (dir.), *Code de commerce 2023*, Lexis Nexis, 35ème édition
- PLESSIX B., *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 4ème édition, 2022
- RICCI J.-C., LOMBARD F., *Droit administratif des obligations,* Sirey, 2018.
- RICHER L., *Délégation de service public*, Le Moniteur, édition 2015
- RICHER L., LICHERE F., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 12ème édition, 2021
- RONTCHEVSKY N., CHEVRIER E., PISONI P., *Code de commerce annoté*, Dalloz, 2023, 118ème édition
- ROUQUETTE R., *Droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2000
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Code des entreprises en difficulté 2023*, Lexis Nexis, 12ème édition, 2022
- SUBRA D., TESSIER E., *Le droit des contrats administratifs*, 2ème édition, 2021
- TERNEYRE PH., GUEZOU O., LICHERE F., *Droit des marchés publics,* Le Moniteur, 2017
- TERNEYRE Ph., RAPP L. (dir.), *Droit public des affaires*, Lamy, 2022
- TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État,* LGDJ 1977
- UBAUD-BERGERON M., *Droit des contrats administratifs,* Lexis Nexis, 4ème édition, 2022
- VALLANSAN J., *Guide des procédures collectives 2022-2023*, Lexis Nexis, 3ème édition, 2022
- VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET, V., *Dictionnaire de droit administratif*, Sirey, 8ème édition, 2021
- WALINE J., *Droit administratif*, précis Dalloz, 26ème édition, 2016

Thèses

- AJJOUB M., *La notion de liberté contractuelle en droit administratif français*, thèse, Paris II, 2016
- BRENET F., *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, thèse, Poitiers, 2002
- CHVIKA E., *Droit privé et procédures collectives*, thèse, Paris 2, 2002, Defrénois, 2003
- DIALLO Y., *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, thèse, Paris 1, L'Harmattan, 2019
- DROIN E., *Les personnes morales de droit public dans les procédures collectives*, thèse, Paris 9, 1996
- ECKERT G., *Droit administratif et commercialité*, thèse, Strasbourg, 1994
- HASQUENOPH I., *Contrats publics et concurrence*, thèse, Paris I, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 206, 2021
- JEULAND E., *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, thèse, Rennes 1, 1996
- JOTTREAU C., *Le sort de la relation de travail dans les entreprises en difficulté*, thèse, Paris 2, Lexis Nexis, 2016
- JOUFFIN E., *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective,* thèse, Paris 1, 1997, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 307, 1998
- LECOURT A., *Le juge et l'économie,* thèse, Pau, 2001, PUAM, 2004.
- LE ROUX M., *Sociétés d'économie mixte locales et procédures collectives,* Paris 1, 2008
- LESAGE L., *La résolution du contrat à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, thèse, Lille 2, 2003
- LAFAURIE K., *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, Bordeaux, LGDJ, 2020
- MAHOUACHI M., *La liberté contractuelle des collectivités locales*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2002
- MAILLY M., *L'application du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité aux groupes de sociétés*, thèse, Lille 2, 2014, LGDJ, 2018
- MARCUS L., *L'unité des contrats publics*, thèse, Paris II, v. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2010
- MARTIN J., *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, thèse, Paris 2, 2008
- MONSERIE M.-H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse, Toulouse 1, 1993, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 33, 1994
- MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat - Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse, Paris 1, 2003, LGDJ, 2004
- NOGUELLOU R., *La transmission des obligations en droit administratif,* thèse, Paris 2, 2002
- POUYAUD D., *La nullité des contrats administratifs*, thèse, Paris 2, 1989, LGDJ, 1991
- ROUSSEL GALLE P., *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse, Dijon, 1997
- SABATHIER S., *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse, Toulouse, 2000
- SAHEL D., *Les biens qui échappent à la procédure collective*, thèse, Paris 1, LGDJ, 2022
- SAILLANT E., *L'exorbitance en droit administratif*, thèse, Bordeaux, Dalloz, 2011

- SAVAUX A., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, thèse, Paris 1, 1993, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 264, 1997
- SCHWARTZENBERG R.-G., *L'autorité de chose décidée*, thèse, Paris, 1967, LGDJ
- TEITGEN-COLLY C., *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, thèse, Paris 1, Economica, 1981
- TERNEYRE Ph., *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, These, Economica, 1989
- UZAN-NAULIN J, *L'unification du droit des contrats publics*, thèse, Paris 12, 2006
- VAN LANG A., *Juge judiciaire et droit administratif*, thèse, Rennes 1, 1992, LGDJ, 1996
- VAYSSE C., *La théorie générale du contrat administratif - Analyse de la résilience d'une notion oscillant entre forces de conservation et besoin de renouvellement*, thèse, Toulouse, L'Harmattan, 2022

Mémoires

- AMILHAT M., *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*, mémoire HDR, nov. 2019
- MEYNAUD-ZEROUAL A., *La bonne administration de la justice et le juge administratif*, Mémoire, 2012, Panthéon-Assas

Principaux articles

Ne sont recensés ici que les principaux articles cités ou directement exploités pendant la rédaction.
Les notes de jurisprudence sont recensées dans la table de jurisprudence (voir *infra*).

- AGRESTA S., HUL. S., « *Contrôle dans le temps des interdictions de soumissionner par le pouvoir adjudicateur », AJDA* 2019, p. 885
- AGUILA Y., « *Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés* », *AJDA* 2009, p. 905
- AMILHAT M.
  - « *La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes* », *JDA*, 4 déc. 2016, art. 105
  - (dir.) « *Dossier – La contractualisation en droit public : bilan et perspectives* », *RFDA* 2018, p. 1
  - « *Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique - Une copie à revoir ?* », *AJDA* 2019 p. 793
  - « *Les exceptions dans le Code de la commande publique* », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, nov. 2019, dossier 37
  - « *Les effets de la loi ASAP sur la commande publique : entre espoir et incertitudes* », *RDI* 2021, p. 128
  - « *Groupement de commandes, dualisme juridictionnel et référé précontractuel* », *AJDA* 2022, p. 985
- ANDREU L., « *Contrat – Effets du contrat – Cession de contrat »*, Fasc. Art. 1216 à 1216-3, *Jcl. Civil Code*, Lexis Nexis, 21 avr. 2018
- ANTOINE A., « *L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique »*, *RFDA* 2011, p. 879
- ATSARIAS S., « *Les relations du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement* », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans,* Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 313-326
- AUBY J.-B., « *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit* public », *Informations sociales,* 2013/1, n°175, p. 60-68
- BAHOUALA M., « *Le titulaire d'un contrat administratif placé en situation de liquidation judiciaire doit saisir le juge administratif pour contester la décision de résiliation de ce contrat », AJCT* 2017, p.520
- BAHOUGNE L., « *La responsabilité subsidiaire des personnes publiques pour les dettes de leurs délégataires insolvables », RFDA* 2017, p.1149
- BEAL A.
  - « *Questions préjudicielles devant le juge administratif* », *JCl Justice administrative*, fasc. 36, juin 2020, n°12
  - « *Recours en appréciation de légalité et en interprétation*», *JCl Justice administrative*, fasc. 37, juin 2020
- BECHILLON (DE) D., « *Le contrat comme norme dans le droit public positif* », *RFDA* 1992, p. 15
- BECHILLON (DE) D., TERNEYRE Ph., « *Clauses exorbitantes et marchés publics* », *CJEG* n°565, mai 2000
- BENILSI S., « *Résiliation de plein droit des contrats en cours : compétence exclusive du juge-commissaire* », *BJE* sept. 2013, n° 110h5

- BERTHELOT G., « *La période d'observation, une notion temporelle à l'acception temporelle* », *Rev. proc. coll.* 2015, études 9 p. 16
- BIENEK A., GODGENGER M., « *Savoir détecter les risques de défaillances d'entreprises* », dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics,* Le Moniteur, déc. 2012, p. 36
- BIGAS X., BAÏTA Y., « *Le décompte de liquidation des marchés publics résiliés aux torts et risques de l'entrepreneur en huit questions* », *Moniteur Juris – Contrats publics*, n°153, avr. 2015
- BLANC G.,
  - « *Entreprise en difficulté : cession de l'entreprise* », *Répertoire de droit des sociétés* 2015, act. mars 2020
  - « *Compétence du tribunal de la procédure collective* », *RPC* n° 4, juill. 2021, comm. 96
- BOITON B., GRANJON R., « *Créances et droits à indemnités de l'entreprise défaillante* », *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°127 p. 56
- BONNEAU M.-F., « *Entreprises en difficulté et marchés publics : le juste équilibre* », *RPC* 2019, n°3, alerte 19
- BRANDEAU J., « *Le droit pour une collectivité publique à faire reconnaître et évaluer une créance indemnitaire sur une société en liquidation judiciaire relève de la compétence du juge administratif* », *Petites affiches* 2011, n°87, p. 9
- BRENNER (C.), « *Acte juridique », Répertoire de droit civil,* Dalloz, janv. 2013
- BRENET F, « *La théorie du contrat administratif, évolutions récentes* », *AJDA* 2003, p. 919
- BRENET F., MESLIN-LIERE S., « *Cession de contrat* », *JCL Administratif*, fasc. 780, Lexis Nexis, mai 2019
- BRUERE J., *« Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP* 1996, p. 1715
- BRUNELLA S., « *L'exécution des marchés publics et les entreprises en difficulté* », *Le journal des maires*, janv. 2013
- BUISINE O., « *Droit des entreprises en difficulté : réformons la réforme* », *LAPC* n° 8, avr. 2021, repère 95
- CAGNOLI P., FIN LANGER L., *« Les créanciers publics face aux procédures collectives – La notion de créancier public »*, Colloque *Les créanciers publics face aux procédures collectives*, 7 juin 2019, Université de Caen Normandie ; *Revue des Procédures collectives* n°4, juill.-août 2019, p. 27
- CAILLOSSE J., « *Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel* » *AJDA* 2005, p. 1781
- CHARLES H., DERRIDA F, « *Les contrats administratifs dans les procédures collectives* », *D*alloz 1977, chr. IV, p. 29
- CHEVALIER E., « *La jurisprudence Septfonds résistera-t-elle encore longtemps ?* », *JCP A*., n°41, 8 oct. 2007, p. 2251
- CHEVALLIER J., « *Loi et contrat dans l'action publique* », *Cahiers du conseil constitutionnel* n°17, mars 2005
- CHAUVAUX D., GIRARDOT T.-X., « *Recevabilité du déféré provoqué* », *AJDA* 1997 p. 425
- CLAISSE Y., « *La fin des relations financières avec l'entreprise en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire »,* dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Le Moniteur - Contrats publics* n°127, p. 52, déc. 2012
- CLAMOUR G.

  - « *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics* », in *Contrats publics : Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, p. 637
  - « *Décompte à rebours* », *AJDA* 2016, p.674
  - « *Pas de résiliation unilatérale au motif d'une procédure de redressement judiciaire* », *CMP* 2020 n°7, comm. 194

- CLAVAGNIER B., « *L'opportune mise en concurrence pour éliminer une association gênante* », *Juris associations* 2008, n°388, p.3, cit. CAA Lyon, 3 juill. 2008, n°06LY00772
- COQUERY N., « *Les faillites boutiquières sous l'Ancien Régime - Une gestion de l'échec mi-juridique mi-pragmatique (fin XVIIe - fin XVIIIe siècle)* », *Revue française de gestion*, 2008/8-9 (n°188-189), pp. 341-358.
- DAIGRE J.-J., « *Les procédures collective, technique d'extinction du passif – Une autre lecture de la loi de 1985 », in CHAPUT Y.* (dir.), *L'apurement des dettes – Solution au surendettement*, Études du C.R.E.D.A., Litec, n°275 et s
- DELACOUR É., « *Contrats publics et procédures collectives* », *CMP* n°2, fevr. 2003, p. 2
- DELATTRE Ch., *Poursuite anticipée de la période d'observation : vers une nouvelle pratique* », *BJE* 2016, n°05, p. 313
- DELMOTTE Ph., « *L'égalité des créanciers dans les procédures collective* », Rapport annuel de la Cour Cde cassation, 2003, 2ème partie, *Études sur le thème de l'égalité*
- DELVOLVE P., « *La faillite et la liquidation des entreprises (aspects de droit administratif français)* », Journée de la Société de législation comparée, *Revue internationale de droit comparé,* 1984, p. 451
- DELVOLVE P., « *La constitutionnalisation du droit administratif* », *in Cinquantième anniversaire de la Constitution française - 1958-2008*, Dalloz, 2010, p. 397
- DIESBECQ M., KALFLECHE G., THOMAS N., SAYAG C., « *Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté* », *Revue des procédures collectives* n°2, mars 2022, dossier 17.
- DIETENHOEFFER J., *« Contrôle des candidatures des entreprises soumises à un plan de redressement »*, *CMP* n°4, Mai 2019, comm. 111
- DI MARTINO M., « *Entreprises en difficulté et marchés publics* », *Revue des procédures collectives* n°1, janv. 2017, prat.1
- DOS SANTOS A., « *Les conflits de compétence entre juridiction consulaire et juridictions ordinaires en matière de faillite : le rôle de la chambre de commerce de Guyenne* », *Histoire de la justice* 2007/1 (n°17), p. 55-65
- DRAY Joan, *Contrat et informations sensibles : une obligation d'en informer le cocontractant ?*, 18 fév. 2016, https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/contrat-informations-sensibles%C2%A0-obligation-informer-20540.htm
- DREYFUS J.-D., « *Une entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement doit être regardée comme admise à la procédure de redressement judiciaire pour l'application de l'ordonnance sur les marchés publics* », *AJ contrat* 2019, p.138
- DUFFY A., « *La constitutionnalisation de la liberté contractuelle* », *RDP* 2006, p. 1569
- DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « *La constitutionnalisation du droit du travail* », *in Cinquantième anniversaire de la Constitution française - 1958-2008*, Dalloz, 2010, p. 435
- ECKERT G.
  - « *Exercice de l'action en revendication* », *CMP* 2001, n°1, comm. 18

- « *Incidence du droit des procédures collectives sur les prérogatives de l'administration à l'égard de son cocontractant », CMP* n°8, août 2001, comm. 136
- « *Obligations de la caution et procédure collective* », *CMP* n°7, juill. 2004, comm. 141
- « *Déclaration de créances des personnes publiques et compétence juridictionnelle* », *CMP* n°7/8, juill. 2005, comm. 200
- « *Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics* », *RFDA* 2006, n°2, p. 238
- « *Procédure collective et travaux supplémentaires* », *CMP* n°4, avr. 2006, comm. 105
- « *Procédure collective et décompte du marché résilié de plein droit* », *CMP* n°11, nov. 2008, comm. 255
- « *Contrat administratif et contrat public, quelle notion pour quel régime ?* », *Rev. Droit et ville*, 70/2010, p. 189
- « *Obligations du maître d'ouvrage délégué en matière de déclaration des créances* », *CMP* n°8-9, août 2010, comm. 275
- « *Liquidation judiciaire - Société en liquidation judiciaire : quelles conséquences tirer de l'absence de déclaration de la créance publique ?* », *CMP* n°2, fevr. 2011, comm. 41
- « *Expulsion d'un occupant sans titre faisant l'objet d'une procédure collective* », *CMP* n°2, fevr. 2016, comm. 44
- « *En cas de liquidation judiciaire, qui peut juger de la résiliation du contrat ?* », *CMP* 2017, n°6, comm. 175
- « *Défaillance de la société dédiée et garantie de la société-mère* », *CMP* 2020, n° 12, comm. 334
-

- ERSTEIN L.,
  - « *Contrats/Marchés publics - Le candidat en redressement judiciaire* », *AJCT* 2014, n°14, act. 308
  - « *Principes généraux applicables au contrat administratif* », *Jcl. Contrats et marchés publics*, Lexis Nexis2019
- EMERY C., « *Marchés publics – Le privilège de pluviôse en dix questions* », Le Moniteur (en ligne), 25 sept. 2009
- EVEILLARD G.
  - « *Les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* », *AJDA* 2017, p. 101
  - « *Le juge administratif et le pourvoi en cassation sur le jugement d'une question préjudicielle adressée au juge civil* », *Droit administratif* n°2, févr. 2021, comm. 8
- FAVOREU L.
  - « *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit* », in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235
  - « *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public* », *Pouvoirs*, 1980, 13, p. 17
  - « *La constitutionnalisation du droit* », in *L'unité du droit, Mélanges R. Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25
- FAYOLLE L., *« La période de redressement judiciaire » au sens du Code des marchés publics, JCP A*, n°37, l0 sept. 2007, n°2222

- FEUGERE B., « *Le devoir de loyauté dans les cessions d'entreprises en difficulté* », *Gaz. Pal.* n°340, 5 déc. 2000, p. 76.
- FIN-LANGER L., « *Interdiction des paiements et présomption pour l'entreprise d'être à jour de ses cotisations sociales !* », *LAPC* 2023, n° 3, févr. 2023, alerte 35
- FLEURY T., « *La liberté contractuelle des personnes publiques* », *RFDA,* 2012, p. 231
- FOLLIOT-LALLIOT L., « *Responsabilité contractuelle* », *JCL Collectivités territoriales*, fasc. 942, 19 avr. 2017
- FOURMEAUX F., « *Engagement de la responsabilité du sous-traitant, contrôle de l'exécution des prestations : jusqu'où le maître d'ouvrage peut-il aller ?* », site *Légibase – Commande publique*, 30 juin 2017
- FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Cession des contrats* », Fasc. 2740, Lexis Nexis, juill. 2019
- FRAIMOUT J.-J., « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Plan de cession – Conception et adoptions* », Fasc. 2730, Lexis Nexis, juill. 2019
- GAIN P., SIKORAV P., « *Composition du groupement d'entreprises », Jcl. Contrats et marchés publics*, Fasc. 70, avr. 2020
- GAUDEMAR (de) H., « *Ouverture de l'action en responsabilité quasi délictuelle du maître d'ouvrage public contre un sous-traitant* », *RDI* 2016, p. 93
- GAUDEMET Y.
  - « *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire* », *RDP* 2010, p. 313
  - « *Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions* » *RFDA* 1990, p. 764
- GENEVOIS B., GUYOMAR M., « *Principes généraux du droit : panorama d'ensemble – Cadre conceptuel* », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2017
- GENTY L., *« La défaillance du prestataire peut justifier la conclusion d'une concession provisoire », AJDA* 2017, p. 326
- GERY (de) Ph., « *Modalités de règlement des comptes* », *Droit des Marchés publics*, Le Moniteur, V.200.4.3, oct. 2019
- GONZALEZ G., « *Objet social et capital social des SEML* », *Les Petites Affiches*, 25 oct. 1995, p. 8
- GOVERNATORI J.-J., « *Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives », Gaz. Pal.,* 31 oct 2009, n°304, p. 9
- GRAND R.
  - « *Engagements contractuels et cession d'une entreprise en redressement judiciaire* », *AJDA* 2010, p. 1854
  - *« Juge compétent pour constater la créance d'une collectivité à l'égard d'une entreprise en liquidation* », *Dalloz actualité*, 8 déc. 201
- GRAVELEAU Ph., « *Jurisprudence – Entreprises en difficulté (loi du 25 janv. 1985)* », *Gaz. Pal.* n°287, p.30
- GUELLIER PH., EKINCI A., « *Passation des contrats de la commande publique en situation d'urgence* », *Contrats Publics* n°209, mai 2020, p. 25
- GUIBAL M., « *Droit public des contrats et concurrence : le style européen* », *JCP* 1993, n°15, p. 161

- GUYON Y., « *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives* », in *Mélanges J. GHESTIN,* LGDJ 2014, p. 405
- HAÏM V.
  - « *Le cessionnaire du titulaire n'est tenu que dans les limites de la cession prononcée par le tribunal de commerce* », *CMP* 2002, comm. 12
  - « *Défaillance d'entreprise et intervention d'un Comité consultatif de règlement amiable* », *Le Moniteur - Contrats publics*, n°127 p.61
- HANNOUN C., « *Liquidation et partage », Répertoire de droit des sociétés*, 2007, act. 2016
- HAURIOU M., « *Compétence du tribunal judiciaire pour interpréter le sens d'un règlement administratif, mais non pas pour en apprécier la légalité* », *S.* 1923, III, p. 49 ; note sous TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, *Rec.* p. 498
- HOEPFFNER H.
  - *« La modification des contrats », RFDA* 2016 p.280
  - « *Candidature d'une entreprise placée en redressement judiciaire », CMP* n°2, févr. 2017, comm. 42.
  - « *Droit de paiement préférentiel au profit des fournisseurs et sous-traitants dans le cadre d'une procédure collective* », *CMP* 2018, n° 12, comm. 273
  - « *Le sous-traitant doit respecter la procédure du paiement direct* », *CMP* 2019, n°7, comm. 223
  - « *Régularisation de la situation du sous-traitant qui réalise des prestations pour un montant supérieur à celui prévu* », *CMP* 2020, n°2, comm. 41
  - « *Procédure d'auto-apurement pour les entreprises envers lesquelles existe un motif d'exclusion d'accès à la commande publique* », *CMP* 2021, n°4, comm. 102
  - « *Réception sous réserves : quel point de départ du délai d'établissement du décompte ?* », *RDI* 2022, n°10, p. 531
- HOTE (L') V.*, « L'application des procédures collectives aux sociétés d'économie mixte locales – De l'insolubilité du droit administratif dans le droit commercial », AJDA* 2003, p.2233
- HUL S., « *Référé précontractuel : contrôle des capacités de l'attributaire pressenti* », *AJCT* 2014, p.614
- JACQUEMOIRE Ph., « *Interdictions de soumissionner, état des lieux au lendemain de l'ordonnance du 23 juill. 2014* », *AJCT* 2015, p.637
- JAMIN Ch., « *Vers un droit européen des contrats ? Réflexion sur une double stratégie* », *Revue de Jurisprudence commerciale*, mars-avr. 2006, n°2
- JANICOT L., « *Ordre public et contrat administratif* », in DUBREUIL Ch.-A. (dir.), *L'ordre public*, Cujas 2013, p. 61
- JAZOTTES G.
  - « *Droit des contrats et droit des entreprises en difficulté, continuité ou renouveau ? »*, *BJE*, janv. 2019, n°1, n°116 p. 38
  - *« La cession des contrats »*, *BJE*, n°1, p.50, 2019
- JEGOUZO Y., « *L'administration contractuelle en question* », in *Mouvement du droit public, Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 552
- JORAT M., « *Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats* », *RFDA* 2008, p. 456

- KALFLECHE G.
  - « *L'erreur en droit des contrats administratifs* », in *L'erreur en droit public,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 113-123
  - *« Entreprises en difficulté et contrats administratifs »*, *BJE*, 2019, n°116, p. 63
- KALFLECHE G., DIESBECQ M., THOMAS N., SAYAG C., « *Les enjeux des rapports entre commande publique et entreprises en difficulté* », *Revue des procédures collectives* n°2, mars 2022, dossier 17
- KALFLECHE G., SAYAG C., THOMAS N., « *Commande publique et entreprises en difficulté : vade mecum du maintien de l'activité* », *Revue des procédures collectives*, 2022 n°2, dossier 18
- KALFLECHE G., MACORIG-VENIER F., « *Loi ASAP, Entreprises en difficulté et commande publique* », *Bulle. Joly Entreprises en difficultés*, mai 2021, n°200b5, p. 51
- KENDERIAN F.
  - obs. sur Com. 18 juin 2013, SA *Flowers Systems*, n°12-14.836, *Lettre actu proc. coll.* sept. 2013, comm. 193 et 205
  - « *Résiliation d'un contrat comportant occupation du domaine public : la compétence revient finalement à la juridiction administrative ! », Gaz. Pal.* 2017, n°34, p. 64
- KRIEGK C., ETIENNE-MARTIN E., « *Le renouvellement par anticipation de la période d'observation : une voie d'accès aux marchés publics pour les entreprises en difficulté ? », Revue des procédures collectives* n°2, mars 2015, étude 5
- LAFAURIE K., « *Les intérêts contradictoires des créanciers en droit des entreprises en difficulté* », *Revue Droit de affaires*, Lamy, n°183, supplément juill.-août 2022
- LAJOYE Ch., « *Précisions sur l'admission à la procédure de marché public pour un candidat soumis à un plan de redressement* », *Act. proc. coll.* 2019, n° 9, p. 127
- LANDOT E., « *Duel imprévu sur l'unité, ou non, des ordres juridictionnels en France* », 27 juill. 2017, https://blog.landot-avocats.net/2017/07/28/duel-imprevu-sur-lunite-ou-non-des-ordres-juridictionnels-en-france/
- LANZARONE E., BRAUNSTEIN H., « *Sanctions pécuniaires et non-pécuniaires : avantages et inconvénients* », *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°127 p. 43
- LAROCHE M., MERLY E., « *Les créanciers publics face aux plans », Revue des procédures collectives* n°4, juill. 2019, dossier 33
- LAROCHE M., « *La divergence des intérêts du dirigeant et de la société débitrice dirigée* », *Revue Droit de affaires*, Lamy, n°183, supplément juill.-août 2022
- LAUGIER M., « *Entreprises en difficulté et accès aux marchés publics : quand l'esprit est contredit par la lettre des textes* », *Revue des procédures collectives* n°2, avr. 2008, étude 17
- LEBEL CH.
  - « *Appel d'offres ouvert dans le cadre d'un marché public : éviction d'un candidat en redressement judiciaire pour insuffisance de garanties financières* », *Revue des procédures collectives* n°6, nov. 2009, comm. 158
  - « *Interdiction des paiements et créances de cotisations et de contributions* », *Dossier actualités Lexis Nexis*, 06 juill. 2016
- LE CORRE P.-M., « *Office juridictionnel du juge-commissaire et vérification des créances* », *Gaz. Pal.* 2017, n°2, p. 81

- LECOURT A.,
  - Lecourt A., « *La délicate articulation du droit des procédures collectives et du droit de la famille* », *RTD com.*, 2004, p. 1
  - « *Le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables à l'épreuve des procédures collectives* », *Recueil Dalloz*, 2005 p. 1943
  - « *Redressement judiciaire du franchiseur, cession du contrat de franchise et application raisonnée de l'intuitu personae* », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution* 2015 p. 140
- LEPRON F., MOLKHOU M., « *Marchés publics et procédures collectives* », dossier hors-série, *Le Moniteur*, déc. 2014
- LIENHARD A., « *Plan de cession : transfert des contrats liés à l'activité ordinaire »,* note ss. CA Douai, 2ème ch., 8 fevr. 2007, n°04/03181, *Dalloz* 2007, n°732
- LIGNIERES P., « *Le droit communautaire des marchés publics autorise la cession des contrats », Dr. adm.* 2005, prat. 4
- LLORENS F.
  - « *Exécution technique des marchés et pénalités de retard* », *RDI* 1999, p. 397
  - *« Liquidation judiciaire : mise en jeu de la caution du titulaire du marché », CMP* n°1, nov. 2000, comm. 14
  - « *Le défaut de déclaration de créances du créancier ne libère pas la caution dans le cadre de marchés publics », RDI* 2000, p. 564
  - *« Transfert du marché en cas de plan de cession de l'entreprise titulaire : une autorisation du maître de l'ouvrage et la conclusion d'un avenant ne sont pas nécessaires », CMP* n°5, mai 2006, comm. 138
  - « *La liberté contractuelle des collectivités territoriales* », *CMP*, 2007, n°5, p. 10
  - *« Responsabilité des constructeurs en cas de nullité du marché : possibilité de l'engager sur un fondement quasi-délictuel. Partage de responsabilités entre les maître d'œuvre et l'entrepreneur » CMP* n°5, mai 2016, comm. 146
- LLORENS F., SOLER-COUTEAUX P., « *Passation – Dans quelles conditions, les entreprises en situation de redressement judiciaire qui bénéficient d'un plan de continuation peuvent-elles faire acte de candidature dans les procédures à marché », CMP*, n°8-9, août 2003, n°162
- LOMBARD F.
  - « *L'articulation du régime du droit des entreprises en difficulté, du droit domanial et du droit des contrats administratifs* », *RTD Com.* 2018, p. 75
  - « *Résiliation d'un contrat d'occupation du domaine public et liquidation judiciaire : quel est le juge compétent pour statuer sur la résiliation », BJE,* nov. déc. 2017, p. 433
- LOPEZ B. (dir.), « *Les intérêts contradictoires en procédures collectives* », *Revue Droit de affaires*, Lamy, n°183, supplément juill.-août 2022.
- LORIOU M., « *Le contrôle de la capacité des candidats, entre difficultés pratiques et simplification de la commande publique », AJCT* 2015, p. 431
- LOUVEL B., tribunes :
  - *« Pour l'unité de juridiction »*, 25 juill. 2017
  - *« Pour l'unité de la magistrature »,* 6 juin 2017

  - *« Pour l'unité de procédure civile »*, 27 sept. 2017
  - *« Pour l'unité de tribunal »,* 31 oct. 2017.

- LUCHAIRE F., « *Les fondements constitutionnels du droit civil* », *RTD civ.* 1982, p. 251.
- L'HUILLIER J., « *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ?* », *Recueil Dalloz*, 1953, p. 87
- MACORIG-VENIER F., « *La procédure de conciliation, antichambre de la sauvegarde financière accélérée* », *RTD com.* 2010, p. 781
- MARTIN-SERF A.
  - « *Déclaration des créances. Admission ou rejet des créances déclarées par les collectivités publiques, Tribunal compétent »*, *RTD Com.* 1992 p.687
  - MARTIN-SERF A., « *Entreprise en difficulté : nullités de la période suspecte », Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2017, n°2
- MASTRULLO T., « *Entreprise en difficulté : droit international et européen », Répertoire de droit des sociétés*, 2013, act. 2018.
- MALEVILLE M.-H., « *Les critères juridiques et économiques d'application de la loi sur les procédures collectives aux sociétés d'économie mixte ayant une mission de service public concurrentielle », Revue des sociétés* 1991, p.593
- MATHIEU B., « *Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau"* », *RTD civ.* 1994, p. 59
- MATHIEU-BOUYSSOU M.-E., « *Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire 1346/2000 », Rec. Dalloz* 2002, p.2245
- MATTRET J.-B., « *Budget et comptabilité – Gestion budgétaire »*, *JCl. Collectivités territoriales*, fasc. 1950, juin 2016
- MAUGÜE CH., « Les *variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs »*, *AJDA* 1998 p.694
- MAUGÜE Ch., TERNEYRE Ph., « *La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat* », *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013
- MAY J.-C., « *La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires* » : *LPA* 1987, n°141, p. 18
- MELLERAY F.
  - « *Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds ?* », *Droit Administratif* n°1, janv. 2012, comm. 10
  - « *L'assouplissement du caractère personnel des titres domaniaux »*, *AJDA* 2015, p. 2457
- MELLERAY F., ARRIGHI DE CASANOVA J., EVEILLARD G., FROGER C., « *Dossier : Les 30 ans de la décision Conseil de la concurrence* », *AJDA* 2017, p. 90
- MODERNE F., « *Les effets de la cession d'entreprise sur la mise en jeu de la responsabilité contractuelle des constructeurs », RDI* 2003, p.362
- MONEGER J., « *De la compétence du juge administratif ou du juge commissaire pour apprécier la résiliation d'un contrat de concession en cours dont l'assimilation à un bail d'immeuble est demandée par le liquidateur », RTD Com.* 2017, p.584
- MONSERIE-BON M.-H.
  - *« Entreprise en difficulté : période d'observation », Répertoire de droit des sociétés*, oct. 2014

  - « *Flux et reflux de l'impérialisme du droit des procédures collectives* », *BJE,* nov. 2020, n°06, p. 9

- MONTECLER (DE) M.C., « *Contrat administratif et procédures collectives : les pouvoirs du juge administratif », AJDA* 2017, p. 2444

- MORVAN P., « *L'intérêt des salariés englouti dans la procédure collective* », *Revue Droit de affaires*, Lamy, n°183, supplément juill.-août 2022

- MOUNIER B., GRANJON R., « *Faire appel à une entreprise de substitution en cas de défaillance des cocontractants* », dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics,* Le Moniteur, déc. 2012, p. 47

- MULLER E.,
  - « *Nouvel examen des offres suite à l'exclusion de l'attributaire avant la signature du contrat* », *CMP* 2019, n°5, comm. 156
  - « *Responsabilité du cessionnaire de l'entreprise titulaire du marché* », *CMP* n°10, oct. 2019, comm. 313
  - « *Titres exécutoires émis à l'encontre d'une société en liquidation judiciaire* », *CMP* 2019, n°10, comm. 320
  - « *Action en répétition de l'indu d'une société en redressement contre une commune n'ayant pas déclaré sa créance* », *CMP* 2023, n° 6, comm. 188

- NICINSKI S., « *Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs* », in *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal,* Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 47

- NOËL G., « *La défaillance du maître d'œuvre dans un marché public de travaux* », *Le Moniteur - Contrats Publics*, n°127 p.30

- OLIVIER F.
  - « *Le cessionnaire d'un marché public est responsable des désordres causés par le cédant* », *CMP* n°12, Déc. 2002, comm. 254
  - *« Passation – Accès à la commande publique, candidatures : tout ce qu'il faut fournir, pas moins, pas plus ! »*, *CMP* n°1, janv. 2003, comm. 4

- PASTOR J.M., « *Résiliation d'une concession domaniale dans le cadre d'une procédure collective* », *AJDA* 2017, p.843

- PETIT F., « *Le contrat de concession d'un emplacement du domaine public n'a pas la nature d'un bail d'immeuble utilisé pour l'activité de l'entreprise* », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* 2018, alerte 22

- PEYRICAL J.M, « *Domaine des collectivités territoriales : conventions d'occupation domaniale* », *Encyclopédie des collectivités locales*, nov. 2017

- PIETRI J.-P.,
  - « *Fin des conventions », CMP* n°2, fevr. 2018, comm. 48
  - « *Quand la cession d'une convention d'emplacement concourt à une cession d'établissement* », *CMP* 2018, n°4, comm. 89

- PINTAT P., VERNET M., « *Passation des marchés et droit des entreprises en difficulté : un équilibre à parfaire* », *Le Moniteur - Contrats Publics* 2012, n°127, p. 26

- PINTAT P., CONSTANTINI A., « *Candidature d'une entreprise défaillante dans l'exécution d'un précédent marché : état du droit* », *Le Moniteur - Contrats Publics* 2012, n°127, p.33
- PLESSIX B.,
  - « *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs* », *RFDA*, 2006 p. 12
  - « *Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif* », in CLAMOUR G (dir.), *Contrats et propriété publics*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », t. 36, 2011, p. 29-41.
  - « *Autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs* », *Droit et philosophie*, 2012, n°4
- POUPEAU D.
  - « *Office du juge du référé précontractuel en présence d'un candidat en redressement judiciaire », Dalloz actualité*, avr. 2014
  - *« Quand l'occupant irrégulier est une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective », AJDA* 2015, p. 2415
- POURCEL E., « *Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire… », CMP* n°1, janv. 2017, étude 1
- PRAQUIN N., « *Les faillites au XIXe siècle* », *Revue française de gestion* 2008/8-9 (n°188-189), pp. 359-382.
- REILLE F.,
  - *« Marché public - Entreprise en difficulté et marché public : l'entente plus qu'imparfaite »*, *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales* n°9, mai 2014, repère 165
  - *« Marchés publics : date de naissance de la créance correspondant au solde du décompte général définitif », BJE* janv. 2015, n° 111x7, p. 32
- RENOUARD L., « *Résiliation des marchés, articulations des CCAG et du code de commerce* », dossier « *Entreprises défaillantes et marchés publics* », *Contrats publics* n°127, déc. 2012, p. 41
- REZENTHEL R., « *Cession judiciaire d'activités ou d'entreprises et occupation du domaine public* », *LPA* 1998, n°3 , p. 6
- RICHER L.
  - « *Marchés publics et conventions de délégation de service public : conditions de validité du changement de cocontractant résultant d'une cession de contrat »*, *AJDA* 2000, p.758
  - « *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques* », *AJDA,* 2003, n°19, p. 973
  - « *L'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 sur la cession de contrat – 15 ans après », AJDA* 2014, p. 1925
- RODRIGUEZ K., « *Le trésor face à l'obligation de déclaration des créances* », *JCP G* n°37, sept. 2002, n°161
- ROMAN-SEQUENSE B.,
  - *« Que faire en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise titulaire d'un marché public »*, *CMP* n°6, juin 2014, comm. 185
  - *« Candidature aux marchés publics des entreprises en redressement judiciaire »*, *CMP* n°11, nov. 2014, comm. 314
- RONET-YAGUE D., « *Redressement judiciaire et délivrance de l'attestation de régularité sociale* », *JCP E.* n° 37, sept. 2016, comm. 1472

- RUBELLIN P., *« L'étrange condamnation d'un débiteur à payer un créancier public antérieur »*, *Droit des entreprises en difficulté*, 2011, n°01
- SAIDJ L., ALBERT J.-L., « *Budgets et comptes locaux : recette »*, Chapitre 3 (folio n°7125), *Encyclopédie des collectivités locales*, janv. 2018
- SAINT-ALARY-HOUIN C.
  - « *La date de naissance des créances afférentes à un marché public est celle de l'arrêté des comptes », Revue des procédures collectives* n°4, juill. 2015, comm. 118
  - « *Rapport de synthèse : la hiérarchisation des intérêts dans les procédures collectives* », *BJE*, mai 2016, n°113k4, p. 223
- SAUNIER S., « *L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point* », *RFDA* 2007, p. 609
- SAUVIAT A., « *Émergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé* », *LPA*, 26 oct. 2000, n°214, p. 9
- SAYAG C., DIESBECQ M., « *Commande publique et entreprises en difficulté : gérer la liquidation judiciaire* », *Revue des procédures collectives*, n°2 – mars-avr. 2022, dossier
- SENECHAL M., COUTURIER G., « *Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ?* », *BJE* 2012, n°05, p. 328
- SIRINELLI J., « *La résiliation du contrat administratif par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire* », *AJDA* 2021, p. 248.
- SOULER-COUTEAUX P., « *Transfert d'une convention d'occupation du domaine public dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire* », *CMP* 2020, n°3, comm. 94
- SYMCHOWICZ N.
  - « *Les renonciations de la personne publique à l'application du contrat »*, *AJDA* 1998. p. 770
  - « *Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions »*, *AJDA* 2000, p. 106
  - « *L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs* », in *Mélanges en l'honneur du Pr. Laurent RICHER* ; *A propos des contrats des personnes publiques*, LGDJ, 2013, p. 466
- TEBOUL G., « *L'entreprise en difficulté et les marchés publics* », *Gaz. Pal.*, 2008, n°201, p. 2
- TERNEYRE Ph.
  - « *Exécution technique des marchés publics* », *RDI* 1990, p. 207
  - « *Procédures collectives et marchés publics », Cahier droit des entreprises* n°4, 1992, p. 31.
  - « *Le juge judiciaire a compétence exclusive pour décider de l'admission ou de la non-admission de la créance d'une collectivité publique dans une procédure collective, mais le juge administratif est seul compétent pour fixer le montant de la créance », Recueil Dalloz,* 1992, p. 412
  - *« Dangers et méthodes de redressement des sociétés d'économie mixte locales en difficulté », Petites affiche*s, 25 oct. 1995, n°128, p. 35
  - « *La constitutionnalisation du droit économique* », *in Cinquantième anniversaire de la Constitution française - 1958-2008*, Dalloz, 2010, p. 427
  - « *Admission et garantie des fournitures et des prestations de services », Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux*, Le Moniteur, Fasc. VI.110

- TERNEYRE PH., LLORENS F., « *Marché public. Garantie décennale, Entreprise en liquidation, Compétence de la juridiction administrative », RDI* 1992, p. 510
- TESSON F., « *Occupation du domaine public et code de commerce », JCP A* n°50, 18 déc. 2017, act. 837
- TRICOT D., « *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?* », *Revue des procédures collectives* n°3, mai 2012, dossier 21
- TRUCHET D.
  - « *Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel* », *AJDA* 2005, p. 1767
  - « *La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit* », *LEGICOM* 2017/1 (n°58), Cairn, p. 5-11
- UBAUD-BERGERON M.,
  - « *Modification de la composition d'un groupement d'entreprises en cours de procédure* » *CMP* 2017, n°40
  - *« Entreprises en redressement judiciaire : pas de régularisation de la candidature en cours de procédure ! », CMP* 2020, n°1, p. 1
  - *« Marché de substitution aux frais et risques du cocontractant : précision sur les modalités de contrôle par le titulaire », CMP* 2023*,* n°166, p. 20
- VALENTE F., « *La naissance du Code de commerce napoléonien* », in. *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ? États des lieux et projections*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2008
- VALLANSAN J.
  - « *Plan d'apurement et plan de redressement* », *JCP E.* n°48, 27 nov. 2008, n°2435
  - « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Sort des créanciers* », *JCl. Procédures collectives*, 1er juin 2020
  - « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Déclaration et admission des créances* », *JCl. Procédures collectives*, 31 déc. 2020
- VALLENS J.L.,
  - « *Le juge administratif est compétent pour statuer sur l'existence des créances publiques* », *RTD Com.* 2000, p. 1018
  - « *L'harmonisation : voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux - L'européanisation et l'internationalisation du droit de l'insolvabilité* », *LPA,* 19 oct. 2006, n°209, p. 31
- VIDAL-NAQUET A., « *La constitutionnalisation des branches du droit et "l'impérialisme du droit public"* », in *L'identité de droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2011, p. 89-103
- WEBER Y., « *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs* », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Économica, 1996, p. 315
- WEIL P., « *Le critère du contrat administratif en crise* », in *Mélanges M. Waline* 1974, p. 831
- YOLKA Ph.,
  - « *Protection des propriétés publiques* », Fasc. 60, *JCl. Propriétés publiques*, 2016
  - *Contrat administratif, domaine public et procédures collectives : l'articulation des compétences juridictionnelles*, *AJDA* 2017 p.1173
- ZIMMER W.

- « *Conséquences d'une cession d'une entreprise en redressement judiciaire sur la responsabilité des constructeurs* », *CMP* n°12, déc. 2010, comm. 408
- *« Candidature d'une entreprise placée en redressement judiciaire »*, *CMP* n°5, mai 2014, comm. 135

Conclusions de rapporteurs publics

- BERGEAL C., concl sur CE, 9 juill. 1997, *Société des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes*, n°156784, v. « *Combinaison du contentieux contractuel et du contentieux de l'excès de pouvoir : le cas des résiliations de concession »*, *RFDA* 1998, p.535
- BERGEAL C, concl. sur CE, (7/5 SSR), 14 juin 2000, *Banque Rhône-Alpes*, n°199585, « *La banque, caution d'un titulaire de marché de travaux en liquidation judiciaire, peut-elle opposer au maître d'ouvrage public le fait qu'il n'a pas déclaré ses créances dans les délais prévus ?*», *BJCP* n°13, p.410
- BOULOUIS N., concl. sur CE, (7/2 SSR), 19 mars 2012, *Communauté urbaine de Lyon et autre,* n°346263 et 346275, *« Quel est l'impact de la mise en liquidation judiciaire du mandataire d'un groupement solidaire sur le principe de l'unicité du décompte général ?»*, *BJCP* n°83, p.257
- BOULOUIS N. concl. sur CE, 29 sept. 2010, *Commune de Molsheim,* n°332567, « *En cas de cession judiciaire de l'entreprise titulaire d'un marché public, à quelles obligations du cédant antérieures à la reprise est tenu le cessionnaire ?* », *BJCP* n°73, p. 396.
- DACOSTA B., concl. sur CE, (2/7 SSR), 15 nov. 2012, *Sté Travaux Guil Durance*, n°349840, « *L'action du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur en liquidation judiciaire est-elle recevable si le maître de l'ouvrage n'a pas déclaré sa créance ? Quelle indemnisation du maître de l'ouvrage lorsque la décision de résilier le marché est entachée d'incompétence »*, *BJCP* n°87, p. 103.
- DUPLAT J., concl. sur TC, 23 mai 2005, *SARL SEGI et M. Rambour ès qualités c/ OPLM de la Vendée,* n°3447, « *En cas de redressement judiciaire de l'entreprise titulaire d'un marché, quelle est l'étendue de la compétence du juge administratif sur les créances nées du marché, déclarées au représentant des créanciers et examinées par le juge-commissaire », BJCP* n°43, p. 471.
- GRIMAUD Ph., concl. sur TA Versailles (4ème ch.), 14 nov. 2008, *Me Cosme Rogeau*, n°0605390, « *Le liquidateur d'une entrprise titulaire d'une délégation de service public administratif peut-il engager devant le juge administratif une action en comblement d'insuffisance d'activité à l'encontre de la collectivité publique délégataire », BJCP* n°63, p.129
- PELLISSIER G., concl. sur CE, 6 nov. 2013, *Région Auvergne*, n°361837, *RJEP* 2014. comm. 22
- PELLISSIER G., concl. sur CE, 25 janv. 2019, *Société Dauphin Télécom*, n°421844
- STAHL J.-H., concl. sur CE, 28 févr. 1997, *Cne du Port*, n°167483, *RFDA* 1997 p.1197
- STAHL J.-H. concl. sur CE 26 mars 1999, Sté EDA, n°202257, « *Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif »*, *AJDA* 1999. p. 430

Doctrine administrative

- Rapport du Conseil d'État 1999, « *Réflexions sur l'intérêt général* »
- Rapport du Conseil d'État 2008, « *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes »*
- Dossier thématique du Conseil d'État 2015 « *Le juge administratif et le droit de l'Union européenne* »
- Fiche DAJ, min. économie, *L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics* – fevr. 2015
- Fiche DAJ, min. économie, *Entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public* – juin 2016
- Fiche DAJ, min. économie, *Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution,* janv. 2019
- Fiche DAJ, min. économie, *Les pénalités dans les marchés publics »*, avr. 2019
- Fiche DAJ, min. économie, *Les délais de paiement applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices,* avr. 2019.
- Fiche DAJ, min. économie, *Les garanties financières*, avr. 2019.
- Instruction n°12-005-M0 du 26 janv. 2012, *Marchés publics et procédures collectives*, Direction générale des Finances Publiques.
- Min. Économie et Finances, DAJ, *Recensement économique de la commande publique*, 2021
- Min. Économie et Finances, DAJ, *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises*, mars 2021.
- Rapport du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, *Analyse comparative des systèmes de procédures collectives en Europe*, févr. 2021

Table de jurisprudence

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, 25 juill. 1979, *Loi sur la continuité du service public de la radio et de la télévision*, n°79-105 DC

CC, 23 janv. 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n°86-224 DC

CC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n°2013-672 DC

TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 8 févr. 1873, *Blanco*, n°00012, *Lebon*

TC, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, n°00706, concl. MATTER

TC, 16 juin 1923, *Septfonds*, n°00732, *Lebon*, p. 498, concl. MATTER

TC, 24 juin 1954, *Siret*, *Rec.* 714

TC 10 juill. 1956, *Sté Steeple-chases de France*, *Lebon* p. 587, *AJDA* 1956, II, p. 352.

TC, 8 juill. 1963, *Société entreprise Peyrot*, n°01804, *Lebon* p. 787 ; *AJDA* 1963, p. 463, chron. M. GENTOT et J. FOURRE ; *D.* 1963, jurispr. p. 534, concl. et note P.-L. JOSSE ; *JCP G* 1963, II, 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1963, p. 767, note FABRE et MORIN et p. 776, concl.

TC, 3 mars 1969, *Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés Interlait*, n°01926, *Lebon* p. 682

TC, 9 mars 1970, *Soc. Duvoir, Rec.* 885, concl. BRAIBANT

TC, 20 mai 1982, *Rodier*, *Lebon*, p. 527

TC, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris*, n°02256 ; *Lebon* p. 537 ; *AJDA* 1983. 356, concl. LABETOULLE ; *D.* 1984. 33, note J.-B. AUBY et H.-G. HUBRECHT ; *Rev. adm.* 1983, p. 368, note B. PACTEAU

TC, 7 décembre 1998, *District urbain de l'agglomération rennaise c/ Société des Automobiles Citroën,* n°03123, *Lebon* p. 550 ; *D.* 1999. 179, concl. J. SAINTE-ROSE ; *RJF* 3/1999, p. 358

TC, 23 oct. 2000, *Matois,* n°3208 ; *Lebon*, p. 773 ; *RFDA* 2001, p. 514

TC, 25 mai 2005, *SARL Segi et Me Rambour ès qualités c/ OPHLM de la Vendée*, n°C3447, AJDA 2005 p. 1152 ; CMP 2005, n°200, note ECKERT ; BJCP 2005. 471, concl. DUPLAT.

TC, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes de France*, n°C3506, *Lebon* p. 640 ; *BJCP* 2006. 419, concl. STAHL ; *AJDA* 2006. 2382, chron. LANDAIS et LENICA ; *JCP A.* 2007, 2077, note PLESSIX

TC, 21 mai 2007, *SA CODIAM*, n°C3609 ; *AJDA* 2008. 200, obs. ROBBE ; *Dr. adm.* 2007. comm. 100, obs. MENEMENIS

TC, 17 oct. 2011, *SCEA du Chéneau c/INAPORC*, n°3828-3829, *Lebon*, p. 697 ; *AJDA* 2012, p. 27, chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; *Dr. adm.* 2012, comm. 10, obs. F. MELLERAY ; *JCP G* 2011, 1423, obs. B. PLESSIX

TC, 12 déc. 2011, *Société Green Yellow et autres c/ Electricité de France*, n°C3841 ; *AJDA* 2011. 2503, obs. GRAND ; *AJDA* 2012. 27, chron. GUYOMAR et DOMINO

TC, 14 mai 2012, *Mme Gilles c/ Société d'exploitation Sports et évènements,* n°3836 ; *AJDA* 2012. 1031, obs. GRAND ; *RFDA* 2012. 692, note JANICOT ; *RDI* 2012. 629, note FOULQUIER ; *JCP A* 2012. 2328, obs. GIACUZZO ; *JCP A* 2013. 2125, n°15, chron. CHAMARD-HEIM ; *CMP* 2012. 223, note ECKERT ; *RJEP* 2012. 55, note PAULIAT

TC, 17 juin 2013, *Bergoend*, n°C3911, *Lebon* p. 370 ; *RFDA* 2013. 1041, étude DELVOLVE ; *AJDA* 2013. 1568, chron. DOMINO et BRETONNEAU ; *JCP 2013* n°1057, note BIAGINI-GIRARD ; *JCP A* 2013, n°2301, note DUBREUIL ; *Dr. adm.* 2013, no 86, note GILBERT ; *RJEP* oct. 2013.38, note SEILLER

TC, 16 juin 2014, *Sté. d'exploitation de la Tour Eiffel*, n°3944, *Lebon* p. 462; *BJCP* 2014. 426, concl. ESCAUT ; *CMP* 2014, comm. 220, obs. P. DEVILLERS ; *RJEP* 2014, comm. 52, obs. M. SIRINELLI

TC, 16 juin 2014, *Semavoine c/ Communauté agglomération La Rochelle*, n°3953 ; *AJDA* 2014. 1658, note STRUILLOU ; *JCP A* 2014, act. 529

TC, 3 oct. 2014, *Sté Axa France IARD*, n°3963, *Lebon*, p. 471 ; *CMP* 2014, comm. 322, note G. ECKERT ; *RFDA* 2014, p. 1068, concl. F. DESPORTES ; *AJDA* 2014, p. 2180, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTTE ; *RDP* 2015, p. 869, note A. BASSET ; *Dr. adm.* 2015, comm. 3, note F. BRENET ; *JCP A* 2015, 2010, note H. PAULIAT ; *RFDA* 2015, p. 23, note J. MARTIN

TC, 9 mars 2015, *Rispal c/ Sté ASF*, n°3984, *Lebon*, p. 500 ; *CMP* 2015, comm. 110, note P. DEVILLERS ; *RFDA* 2015, p. 260, concl. N. ESCAUT, note M. CANEDO-PARIS ; *Dr. adm.* 2015, comm. 34, note F. BRENET ; *AJDA* 2015, p. 1204, chron. J. LESSI et O. DUTHEILLET DE LAMOTHE

TC, 24 avr. 2017, *Me. Rogeau c/ SEMMARIS,* n°C4078, *Lebon ; AJDA* 2017. 1173, note YOLKA; *CMP* 2017 comm. 175, note ECKERT; *ibid.* 2018. chron. 4, obs. PIETRI

TC, 13 mars 2023, *Sté du Golf de la vallée*, n°4267, *Lebon*, *CMP* 2023, n°6, comm. 188, obs. E. MULLER

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

CONSEIL D'ÉTAT

CE, 6 mars 1856, *Corduriès*, *Lebon* p.184

CE, 16 mai 1872, *Héritiers Coiret*, *Lebon*, p. 321

CE, 17 mars 1893**,** *Cie des chemins de fer du nord et de l'est, Lebon*, p. 245 ; *S*. 1894, 3, p. 119, concl. J. ROMIEU

CE, 11 juill. 1894, *Ville de Courtenay,* 2è esp., n°479

CE, 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, n°94624, *Lebon* p. 5, *S*. 1902, 3 p. 17, note *Hauriou*

CE, 6 févr. 1903, *Terrier,* n°07496, concl. ROMIEU

CE, 20 janv. 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/Ville de Langres*, req. n°8248, *Lebon* p. 54, concl. ROMIEU

CE, 5 juin 1908, *Delmas c/ Cne de Pornic, Lebon,* p. 633

CE, 13 nov. 1908, *Wuillaume c/ Cne de Troisvilles, Lebon,* p. 914

CE 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, n°17614

CE, 4 mars 1910, *Thérond*, n°29373, *Lebon* 1910, p. 193, concl. PICHAT, D. 1912.3.57

CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n°16178, *Lebon*, p. 218, concl. BLUM L., *D*. 1912.3.49, *S*. 1911.3.1

CE, 31 juill. 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*, n°30701, Lebon p. 909, concl. BLUM, *D*. 1916.3.35, *S*. 1917.3.15 ; *RD publ*. 1914.145, note JEZE

CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, *Lebon*, p. 583; S. 1915. 3. 9, note HAURIOU

CE, 14 nov. 1913, *Cne Trun, Lebon*, p. 1097

CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n°59928, *Lebon*, p. 125

CE, 10 juill. 1918, *Sieur Charbonnier*, n°47171

CE, 5 févr. 1919, *Lévy* ; *Lebon* p. 119

CE, 9 juill. 1920, *Cie française du Congo occidental, Lebon* p. 676

CE, 8 avr. 1921, *Compagnie de la N'Goko-Sangha*, *Lebon* p. 351

CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, n°45681, *Lebon* 573, *RD publ*. 1921. 361, concl. CORNEILLE, note JEZE

CE, 9 juill. 1924, *Sté Le secteur électrique de la vallée d'Auge*, *Lebon* p. 656

CE, 19 févr. 1926, *Sté du Gaz de la Ciotat*, *Lebon* 198

CE, 17 déc. 1926, *Monnot*, *Lebon* p. 1123

CE, 12 nov. 1927, *Vve Mary, Lebon*, p. 1058

CE, 24 juill. 1929, *Oumassi Mohamed*, *Lebon*, p. 830

CE, 10 janv. 1930*, Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon* p. 31

CE, sect., 19 févr. 1932, *Mélon*, *Lebon*, p. 206.

CE, Ass., 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, n°89655, *Lebon* p. 1050, concl. JOSSE

CE, 24 oct. 1934, *Larqué*, *Lebon*, p. 950

CE, 5 juill. 1935, *Ville de Reuilly*, *Lebon*, p. 771

CE, 6 mai 1936, *Boutet*, *Lebon*, p. 505

CE, 30 oct. 1936, *Sibille*, *Lebon*, p. 936

CE, 27 oct. 1937, *Sté Dodin*, n°49005

CE, 21 déc. 1937*, Duguet, Lebon*, p. 13

CE, 28 avr. 1939, *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*, n°04244, 04245 et 04246

CE, 18 mars 1942, *Meziat*, *Lebon*, p. 84

CE, 8 mars 1944, *Cne Balaguères,* Lebon, p. 80

CE, 6 févr. 1946, *Deffarges*, Lebon, p. 41

CE, 25 juin 1948, *Sté du Journal l'Aurore*, n°94511

CE, 1er juill. 1949, *Sté guadeloupéenne de distribution d'énergie électrique, Lebon* p. 764

CE, 5 janv. 1951, *Cne de Lesparrou*, *Lebon*, p. 3

CE, Sect., 20 avr. 1956, *Époux Bertin,* n°98637, *Lebon*, p. 167, concl. LONG, *AJ* 1956.II.272. concl. et 221, chr. FOURNIER ET BRAIBANT ; *RD publ.* 1956.869, concl. LONG, note M. WALINE ; *D.* 1956.433, note DE LAUBADERE ; *RA* 1956.496, note LIET-VEAUX

CE, 26 juin 1957, *Caizergues*, n°35727

CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *Lebon,* p. 246, *AJ* 1958.II.282, concl. KAHN ; *D.* 1958.730, note DE LAUBADERE

CE, 14 nov. 1958, *Bouchereau*, *Lebon*, p. 559

CE, Sect., 13 oct. 1961, *Établissements Campanon-Rey,* n°44689, *Lebon,* p. 567

CE, 8 déc. 1961, *Société Nouvelle compagnie générale des travaux*, n°44994, *Lebon,* p. 701

CE, 5 janv. 1962, *Rietsch*, n°49307, *Lebon,* p. 11

CE, 7 févr. 1962, *Cts des Acres de l'Aigle*, *Lebon*, p. 927

CE, 15 janv. 1965, *Cne la Richardais*, *Lebon* p. 984

CE, 10 déc. 1965, *Sté Grands Travaux de l'Est, n°60850*

CE, 30 nov. 1966, *Favarel,* n°58432

CE, 22 févr. 1967, *Sté du Gaz de Nogent-l'Artaud et extensions*, *Lebon*, p. 87

CE, 1er mars 1968, *Élection municipale de Papeete*, n°71859

CE, Sect., 13 juill. 1968, *Narcy*, n°72002, *Lebon*, p. 401; *AJDA* 1964, p. 91, note A. LAUBADERE ; *RDP* 1963, p. 1186, note WALINE

CE, 30 oct. 1968, *Secrétaire d'État au logement c/ Époux Ryngel*, n°69376

CE, 28 juill. 1969, *Laffitte, Lebon*, p. 709.

CE, 16 oct. 1970, *Trésorier-Payeur Général des Hauts-de-Seine et Receveur Municipal de Rueil-Malmaison c/ Ville de Rueil-Malmaison*, n°72802, 72803, 72813, 72814

CE, 6 nov. 1970, *Morin*, n°59949

CE, 19 mars 1971, *Mergui,* n°79962, *Lebon,* p. 235

CE, 19 nov. 1971, *Sté nationale de construction*, n°73664, *Lebon*, p. 696

CE, 22 mars 1972, *OPHLM de Tours*, *Dr.adm.* mai 1972, comm. n°178

CE, 22 nov. 1972, *Sté Transacier,* n°77490, *Lebon,* p. 744

CE, 19 janv. 1973, *Société d'exploitation de la rivière du Sant*, n°82338, *Lebon,* p. 48 ; *CJEG* 1973.239, concl. ROUGEVIN-BAVILLE, note CARRON ; *AJ* 1973.358, chr. LEGER ET BOYON ; *JCP* 1974.II.17629, note PELLET ; *RA* 1973.633, note AMSELEK

CE, 22 mai 1974, *OPHLM des Alpes-Maritimes*, n°88489

CE, sect., 25 juill. 1975, *Ville de Lourdes*, n°88144, *Lebon*, p. 445

CE 27 oct. 1978, *Ville de Saint Malo*, n°05722, *Lebon*, p. 401

CE, 2 févr. 1979, *Ville Châlons-sur-Marne c/ GIE Publicitor, Lebon*, p. 752.

CE, 15 févr. 1980, *Dame Janot*, *Lebon* p. 92

CE, 30 mai 1980, *Frery, Lebon* p. 256

CE, 17 déc. 1980, *Min. Universités*, *Lebon*, p. 478

CE, 29 mai 1981, *SA Roussey*, n°12315, *Lebon,* p. 813.

CE, 19 fevr. 1982, *Eschman c/ Féd. parisienne du bâtiment et des activités annexes,* n°09792

CE, 12 mai 1982, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône,* n°14735, *Lebon*, p. 175.

CE, ass., 2 juill. 1982, *Huglo*, n°25288, 25323, *Lebon*, 257 ; *AJDA* 1982 p. 657 concl. J. BIENCARELLI et note B. LUKASZEWICZ ; *D* 1983, J, 327, note O. DUGRIP ; *D.* 1983, IR, 270, obs. P. DELVOLVE ; *RA.*,1982, p. 627, note B. PACTEAU

CE, 2 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, n°34027, *RDP* 1984 p. 212

CE, 11 mars 1983, *Reynaud*, *DA*, 1983, n°167

CE, 30 sept. 1983, *Comexp*, n°26611, *Lebon,* p. 393 ; *Gaz. Pal.* 1984. 2. 212.

CE, 7 oct. 1983, *Beauplet*

CE, 9 mars 1984*, J.C. Havé, n*°30624, *AJDA* 1984. 400, note SABLIER et CARO

CE, 10 oct. 1984, *Ville de Toulouse*, n°47875

CE, 5 déc. 1984, *Sté Poutrex*, n°28469, 28471

CE, 26 avr. 1985, *Commune de Larrau* n°31752, *Lebon,* p. 19 ; *AJDA* 1985. 431.

CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et a.*, n°41589, *Lebon,* p. 141 ; *RFDA* 1986. 21, concl. B. GENEVOIS ; *AJDA* 1985. II. 620, note FATOME et MOREAU ; *LPA* 23 oct. 1985, note LLORENS.

CE, 31 mai 1985, *OPHLM de la Haute-Loire*, n°31463

CE, 21 févr. 1986, *Min. Urbanisme, Logement et Transports c/ SECRE*

CE, 3 déc. 1986, *Ville de Béziers*, n°53929, *Lebon*, p. 615 ; *Quot. jur.* 21 mai 1987. 10, obs. F. MODERNE

CE, 2 fév. 1987, *Société TV6*, n°81131, *Lebon* p. 28, *RFDA* 1987. 29, concl. FORNACCIARI

CE, 22 juin 1987, *Ville de Rambouillet*, n°69759, *Dr. adm.* 1987, n°449

CE, 4 déc. 1987, *Commune de Ricamarie*, n°56108

CE, 9 déc. 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres,* n°70836, *Lebon*, p. 403

CE, 20 janv. 1988, *SA Compagnie Francaise du groupe Jossermoz*, n°65580

CE, 20 janv. 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid*, n°56503, *Lebon,* p. 29

CE, 5 févr. 1988, *Ville de Paris*, n°35687, *Lebon,* p. 49 ; *AJDA* 1988. 282, concl. ROBINEAU ; *LPA* 27 juill. 1988. 20, note F. MODERNE

CE, 24 juin 1988, *SA Française de télécommunications*, n°51123

CE, 20 juill. 1988, *Société industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment*, n°48036, *Lebon*, p. 300 ; v. TERNEYRE Ph., note *Dalloz* 1989, comm. 221

CE, 27 janv. 1989, *Société SOPREMA*, n°80975 ; *Dr. adm*. 1989, comm. 97

CE, 10 mars 1989, *Munoz*, n°73146, *Lebon*, p. 675 ; *Dr. adm.* 1989, comm. 336 ; *RDP* 1989, p. 805 ; *GDDAB* n°55, comm. C. CHAMARD-HEIM

CE, 31 mars 1989, *Commune du Chesnay*, n°83583, *Lebon*, p. 788

CE, 2 juin 1989, *Commune de Boissy-Saint-Léger*, n°65631, *Lebon*, p. 782, *D*. 1990, somm. p. 62, obs. Ph. TERNEYRE

CE, 6/2 SSR, 14 mai 1990, *Sté CGE Alsthom*, n°80614, 80840, *Lebon*, p. 124, *D*. 1990, somm. p. 105, note Ph. TERNEYRE

CE, 21 sept. 1990, *Pernot, SA des établissements Billiard,* n°36520, *RDI* 1991 p. 46, obs. LLORENS et TERNEYRE ; *RDP* 1992. 1540

CE, 24 oct. 1990, *Régie immobilière de la Ville de Paris*, n°87327 et 88242 ; *RD imm*. 1991, p. 52

CE, avis, 20 janv. 1992, *Sté Jules Viaux et fils*, n°130250, *Lebon* p. 31 ; *JCP E* 1992, I, 192, n°1, obs. CABRILLAC et PETEL ; *D*. 1992, somm. 251, obs. DERRIDA ; *RJDA* 5/1992, n°505

CE, 19 juin 1992, *M. Tambute et autres*, n°59412, 59454, 59477, 59486 ; *RDI* 1992 p. 511, obs. LLORENS et TERNEYRE

CE, 21 sept. 1992, *Cne de Bagnols-sur-Cèze c. SARL Alpha Ambulances*, n°111555, *Lebon* p. 1105,

CE, 29 janv. 1993, *Synd. Intercommunal des eaux de la Dhuy*, n°122491, *Lebon* p. 19 ; *RFDA* 1993, p. 748, concl. H. LEGAL

CE, 19 nov. 1993, *Scherrer*, n°59586, *Lebon* p. 319 ; *RDI* 1994, p. 422, obs. B. DU MARAIS et C. MOREL ; *AJDA* 1994, p. 252, obs. R. HOSTIOU ; *CJEG* 1994, jur. 227, concl. M. DENIS-LINTON

CE, 17 janv. 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence*, n°138837, 133905, *Lebon* ; *AJDA* 1994. 470, note C. DEVES

CE, 9 févr. 1994, *Sté Biterroise de plâtres et constructions*, n°39689 et 39697 ; *JCP E* 1994 n°38, p. 386 obs. GUIBAL

CE, 13 nov. 1995, *Min. Travail c/ Cadiou,* n°135593, *Lebon*, p. 727

CE, 16 juin 1995*, Gomez V*., n°159289, *Lebon,* p. 787

CE, 29 mai 1996, *Secrétariat d'État à la Mer*, n°146001, *Lebon*, p. 805 ; *LPA* 21 oct. 1996, n°127, p. 11, note MARKUS ; *Gaz. Pal*. 29-30 janv. 1997, panorama, p. 8

CE, 31 juill. 1996, *Sté des téléphériques du Mont-Blanc,* n°126594 ; *Lebon* p. 334 ; *AJDA* 1996. 788, note J.-P. GILLI ; *D*. 1996. 202 ; *RTD civ*. 1997. 443, obs. P.-Y. GAUTIE ; *JCP* 1997, II, 2790, concl. DELARUE

CE, 30 sept. 1996, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n°164114 ; *Lebon* ; *D*. 1998. 229, obs. P. TERNEYRE ; *RDI* 1997. 72, obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE

CE, 28 févr. 1997, *Cne du Port*, n°167483 ; *Lebon,* p. 61 ; concl. STAHL J.-H., *RFDA* 1997 p.1197 ; obs. CHAUVAUX D., GIRARDOT T.-X., *AJDA,* 1997 p. 425

CE, 4 avr. 1997, *Département d'Ille-et-Vilaine*, n°145388 ; *Lebon*, p. 136 ; *RJDA* 1998, n°41 ; *RDI* 1997, p. 434, chron. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE ; *Dr. adm*. 1998, hors-série, comm. 194

CE, 9 juill. 1997, *Société des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes*, n°156784, *Lebon*, p. 939 ; *RFDA* 1998, p. 535, concl. C. BERGEAL

CE, 3 oct. 1997, *SARL Gravolux*, n°160338

CE, 8 déc. 1997, *Sté A2IL*, n°154715, *Lebon*, p. 930 ; *RDI* 1998. 242, obs. LLORENS et TERNEYRE; *D.* 1998. Somm.. 359, obs. TERNEYRE

CE, 22 févr. 1998, *Mme Minier*, n°181230

CE, 15 mars 1999, *Jarnac*, n°190720 ; *RDI* 1999. 398, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX

CE, 17 déc. 1999, *Moine*, n°199598, *Lebon,* p. 425 ; *JCP G* 2001, 10508, note R. PIASTRA

CE, 28 avr. 2000, *Société Peinture Normandie*, n°181604, *Lebon* p. 162 ; *Dr. adm.* 2000, comm. 129 ; *AJDA* 2000. 844, note J.-E. CARO ; *RDI* 2000. 334, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAU

CE, avis, Section des finances, 8 juin 2000, n°364803 ; *AJDA* 2000. 758, note L. RICHER ; *CJEG* 2001. 102, chron. C. MAUGÜE et L. DERUY ; *BJCP* 2001. 94, note E. GLASER ; *CMP* 2000, chron. 1, F. LLORENS ; *GACE*, Dalloz, 3e éd., 2008, n°36, p. 411, comm. C. MAUGÜE.

CE, 14 juin 2000, *Banque Rhône-Alpes,* n°199585, concl. BERGEAL, *BJCP* 2000, p. 410 ; *CMP* 2000, comm. 14, obs. F. LLORENS ; *RJDA* 4/2001, n°475 ; *JCP E* 2000, pan. 1066 ; *RTD com.* 2000, 1018, obs. VALLENS ; *D.* 2001, jurispr. 2117, note ANCEL ; *RD bancaire et fin.* 2001, n°225, obs. CERLES ; RTD com. 2001. 761, obs. A. MARTIN-SERF ; CJEG 2000. 479, concl. C. BERGEAL.

CE, 28 mai 2001, *Territoire des Îles Wallis et Futuna*, n°213623

CE, Ass., 20 juin 2001, *Berton*, n°222600 ; *Lebon* p. 296 ; *AJDA* 2001, p. 648, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *CJEG* 2002, p. 84, concl. S. BOISSARD ; *CJEG* 2002, p. 94, note N. MAGGI-GERMAIN.

CE, 13 nov. 2002, *OPHLM de la Communauté urbaine de Nantes,* n°245303, *Lebon* p. 780 ; *CMP,* 2003, comm. 4, note F. OLIVIER ; AJDA 2003, p. 32, note J.-D. DREYFUS ; *RDI* 2003. 79 ; JCP Adm. 2003, n°1106, note MOREAU ; BJCP 2003. 116, 2e esp., concl. PIVETEAU.

CE, 13 nov. 2002, *Commune du* Mans, n°245354 ; *Lebon*, p. 814 ; *AJDA* 2003, p. 32, note DREYFUS ; *BJCP* 2003/27, p. 120, concl. D. PIVETEAU, note C. MAUGÜE ; *CMP* 2003, comm. 4, note F. OLIVIER

CE, 29 nov. 2002, *Cne de Barcarès*, n°219244, *Lebon*, p. 419 ; *AJDA* 2003. 1016 ; *Coll. Terr.* 2003, n°76, note L. ERSTEIN ; *Dr. adm.* 2003. comm. 36 ; *RFDA* 2003. 173 ; *JCP A* 2003, act. 1253.

CE, avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal du district de l'Hay-les-Roses*, n°249153 ; *Lebon*, p. 433, concl. G. LE CHATELIER ; *AJDA* 2003, p. 280, chron. F. DONNAT et D. CASAS ; *Dr. adm.* 2003, comm. 44, note A. MENEMENIS ; *LPA* 16 juin 2003, n°119, p. 12, note J.-G. MAHINGA ; *Procédures* 2003, comm. 78, obs. S. DEYGAS ; *RDP* 2003, p. 417, obs. Ch. GUETTIER ; *RFDA* 2003, p. 291, concl. G. LE CHATELIER et note B. PACTEAU ; *RRJ* 2003, p. 3151, note J.-Y. CHEROT

CE, 6 févr. 2006, *Département de la Dordogne*, n°259385 ; *JCP G* 2006, II, 10144, note Y. DAGORNE LABBE ; *D.* 2006. IR 527 ; *LPA* 1er déc. 2006, note EVERAERT-DUMONT

CE, 11 oct. 2006, *Prouvoyeur*, n°254236, *Lebon* p. 602 ; *BJCL* 2005. 29, concl. OLLÉON ; *Coll. Terr.* 2004. comm. 243, J. MOREAU ; *JCP A.* 2005, n°199, chron. E. GLASER et F. SENERS

CE, Sect., 22 févr. 2007, *APREI*, n°264541, *Lebon*, p. 92, concl. VEROT ; *JCP A* 2007, 2066, concl. VEROT et note ROUAULT ;*AJDA* 2007, p. 793, chron. LENICA et BOUCHER ; *JCP A* 2007, 2145, note GUGLIELMI et KOUBI ; *LPA* 1er août 2007, p. 16, note FORT.

CE, 13 juill. 2007, *Département de l'Yonne,* n°294099 ; obs. MONTECLER (de) M.-C., *Dalloz actualité*, 25 juill. 2007 ; RIHAL H., *AJDA* 2008, p. 257.

CE, 11 juill. 2008, *Sté Manathan*, n°288269

CE, 11 juill. 2008, *SA des constructions industrielles de la Méditerranée,* n°281070 ; *CMP* 2008, n°194, obs. LLORENS ; *BJCP* 2008. 471

CE, 30 juill. 2008, *OPAC de la ville de Clermont-Ferrand*, n°278770 ; *BJCP* 2008, p. 221 ; *AJDA* 2008. 717

CE, 7 août 2008, *SA Gestion des eaux de Paris*, n°289329, *Lebon* p. 956 ; *Dr. adm*. 2009, n°77, note GLASER ; BJCP 2008, n°62, p. 40 ; *JCP A* 2008, act. 739

CE, 3 oct. 2008, *Établissements Paul Mathis*, n°291919, *Lebon* p. 811 ; *CMP* 2008, comm. 255, note G. ECKERT ; AJDA 2008. 2085

CE, 17 mars 2010, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n°308676, *Lebon* p. 852 ; *AJDA* 2010. 582, obs. J.-M. PASTOR ; *CMP* 2010, comm. 166, note G. ECKERT

CE, 7 juin 2010, *Commune de Mantes-la-Jolie,* n°313638, *Lebon* p. 853 ; *CMP* 2010, comm. 275, G. ECKERT ; *AJDA* 2010. 1176

CE, 29 sept. 2010, *Sté des Ateliers Jean Nouvel,* n°320135

CE, 29 sept. 2010, *Région Aquitaine*, n°332068, *Lebon* p. 853 ; *BJCP* 2010, n°73, p. 401, concl. BOULOUIS ; *AJDA* 2010. 1858 ; CMP 2010. 407, note J.-P. PIETRI ; *JCP A* 2010, act. 714

CE, 29 sept. 2010, *Commune de Molsheim*, n°332567*, Lebon* ; concl. BOULOUIS N., *BJCP* nov. - déc. 2010, p. 73 ; obs. GRAND R., *AJDA* 2010, p. 1854 ; ZIMMER W., *CMP* n°12, déc. 2010, comm. 408.

CE, 27 oct. 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu la Napoule*, n°318617, *Lebon* p. 850 ; *BJCP* 2010, n°73, p. 417, concl. DACOSTA ; *AJDA* 2010. 2076, obs. R. GRAND ; *AJCT* 2011. 33, note G. LE CHATELIER ; *Dr. adm.* 2011, n°3, note F. BRENET ; *RLCT* 2011, n°66, p. 38, note O. GUILLAUMONT ; *RJEP* 2011, p. 18, concl. ; CMP 2011, comm. 7, obs. W. ZIMMER

CE, 10 nov. 2010, *Ministre de la Défense*, n°341132, *Lebon* p. 885 ; *Dr. adm.* 2011, n°8, note CORONAT ; *CMP* 2011, n°27, note LLORENS ; *JCP A* 2010. actu. 857 ; *JCP A* 2011, n°2028 ; *BJCP* 2011. 74 ; *AJCT* 2011. 86, obs. HUL ; *AJDA* 2011. 51, note DREYFUS

CE, 22 nov. 2010, *Sté Atelier Construction Métallique Rochefortaise (ACMR)* c/*Amauger, ès qualité,* n°328189 ; *Lebon* p. 855 ; *AJDA* 2010. 2289 obs. R. GRAND ; BJCP 2011, n°74, p. 18, concl. N. BOULOUIS ; *CMP* 2011, comm. 41, note G. ECKERT

CE, 19 janv. 2011, *Commune de Limoges*, n°323924, *Lebon* p. 923 ; *CMP* 2011, comm. 87, note G. ECKERT ; *JCP A* 2012, n°3, p. 13, chron. CHAMARD-HEIM ; *AJDA* 2011. 136 et 616, note DREYFUS; *Dr. adm.* 2011, n°38, note BRENET; *ACCP* 2011, n°108, p. 12; *JCP A* 2011, n°2101, note VILA; *DGCT* 2012, n°62, obs. DOUENCE

CE, 2 févr. 2011, *Sté Centrale pour l'équipement du territoire,* n°341348

CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n°304806 ; *Lebon*, p. 117, concl. E. CORTOT-BOUCHER ; *Dr. adm.* 2011, comm. 46, note F. BRENET et F. MELLERAY ; *AJDA* 2011, p. 670, chron. A. LALLET ; *BJCP* 2011, p. 670, concl. ; *JCP G* 2011, 658, note M. UBAUD-BERGERON ; *JCP A* 2011, 2171, note F. LINDITCH ; *JCP E* 2011, 1304, note C. PREBISSY-SCHNALL ; *RFDA* 2011, p. 507, concl., note D. POUYAUD ; D. 2011. 954, obs. DE MONTECLER ; *RDI* 2011. 270, obs. BRACONNIER

CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes*, n°334280, *Lebon* p. 205 ; AJDA 2011. 929, obs. GRAND ; *RDI* 2011. 396, obs. S. BRACONNIER ; *RFDA* 2012. 455, chron. H. LABAYLE, F. SUDRE, X. DUPRE DE BOULOUIS ET L. MILANO ; *BJCP* 2011. 285, concl. DACOSTA ; *CMP* 2012, comm. 216, note G. ECKERT ; *Dr. adm.* 2011, comm. 67, note F. BRENET

CE, 8 juin 2011, *M. Dominique A.*, n°330836

CE, 19 mars 2012, *Communauté urbaine de Lyon et autre*, n°346263 et 346275, *Lebon* p. 853 ; concl. BOULOUIS, *BJCP* n°83, p. 257 ; *AJDA* 2012. 625 ; *RDI* 2012. 277, obs. BRACONNIER

CE, 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, n°331805 ; *Lebon*, p. 102 *; JCP A* 2012, act. 245 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 56, note F. MELLERAY ; *AJDA* 2012. 620, obs. S. BRONDEL ; *AJDA* 2012. 1583, note E. MARC ; *RFDA* 2012. 429, concl. C. LANDAIS ; *JCP A* 2012. actu. 245, obs. L. ERSTEIN

CE, 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n°348676 ; *AJDA* 2012. 1259, obs. D. POUPEAU ; *JCP A* 2012. Actu. 451, obs. L. ERSTEIN, et n°2358 et 2359, obs. F. LINDITCH ; *BJCP* 2012, n°84, p. 330, concl. B. DACOSTA ; *CMP* 2012, comm. 246, obs. G. ECKERT

CE, 3 oct. 2012, *Société Déménagements Le Gars*, n°360952, *Lebon* p. 846 ; *AJDA* 2012. 1883 ; *AJCT* 2013. 96, obs. HUL ; *CMP* 2012, n°304, note PIETRI ; *JCP A* 2012, act. 662 ; *JCP A.* 2012, n°2386, concl. DACOSTA ; *BJCP* 2013. 16, concl.

CE, 15 nov. 2012, *Sté Travaux Guil Durance*, n°349840, *Lebon* p. 839 et 851 ; *AJDA* 2012. 2194 ; *RDI* 2013. 215, obs. R. NOGUELLOU ; *JCP A* 2012. actu. 803, obs. L. ERSTEIN ; *AJCT* 2013. 200, obs. S. HUL ; *CMP* 2013, comm. 4, note W. ZIMMER

CE, 19 déc. 2012, *Société AB Trans*, n°350341 ; *AJDA* 2013. 722 ; *CMP* 2013, n°29, G. ECKERT ; *Dr adm.* 2013, n°42, E. COLSON

CE, 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, n°342788, *Lebon* p. 477 ; *RFDA* 2013. 557 ; D. POUPEAU, *AJDA* 2013. 7 ; E. FATOME et Ph. TERNEYRE, *AJDA* 2013. 724 ; X. DOMINO et A. BRETONNEAU, *AJDA* 2013. 457 ; G. EVEILLARD, *Dr. adm.* 2013, n°20 ; *CMP* 2013, comm. 42, note G. ECKERT

CE, 25 sept. 2013, *Sarl Safran Édouard Herriot*, n°348587 ; *Lebon* p. 505, 592 ; *AJDA* 2014. 290, note S. DUROY ; ibid. 2013. 1889 ; *JCP A* 2013. actu. 773, obs. L. ERSTEIN ; *JCP A* 2014, n°2011, note H. DE GAUDEMAR ; *CMP* 2013, comm. 294, note P. DEVILLERS.

CE, 1er oct. 2013, *Sté Espace Habitat Construction*, n°349099 ; *Lebon* p. 695 ; *AJDA* 2013. 1943 ; *AJDA* 2013. 2275, note J.-F. GIACUZZO ; *RDI* 2014. 46, obs. N. FOULQUIER ; *AJCT* 2013. 571, obs. S. HUL ; *CMP* déc. 2013, comm. 322, note P. DEVILLIERS ; *JCP A* 2013, act. 803 ; *JCP A* 2014, 2196

CE, 6 nov. 2013, *Région Auvergne*, n°361837, *Lebon* p. 697 ; *AJDA* 2013. 2234, obs. D. POUPEAU ; *RDI* 2014. 164, obs. A. GALLAND ; *CP-ACCP* 138/2013, p. 14 ; *Mon TP* 17 janv. 2014. 56, suppl. TO p. 14 ; CMP 2014, n°6, note P. REES ; *BJCP* 25/2014, p. 25, concl. G. PELLISSIER ; *JCP A* 2014, n°2270, note M. FAYAT

CE, 19 nov. 2013, *Sté Credemlux International*, n°352615, *Lebon* p. 288 ; *AJDA* 2014. 2008, note VAUTROT-SCHWARTZ ; *BJCP* 2014. 126, note CORTOT-BOUCHER ; *RJEP* 2014, n°720, p. 13, note ECKERT ; *AJDA* 2013. 2286, obs. PASTOR ; *JCP A* 2014, 2273 comm. M. HOUSER ; *CMP* 2014, comm. 20, comm. P. DEVILLERS

CE, 26 mars 2014, *Commune de Chaumont*, n°374387, *Lebon* ; *AJDA* 2014. 712, obs. POUPEAU ; *BJCP* 341, 2014, concl. PELLISSIER ; *ACCP* 143/2014. 11 ; *CMP* 2014, n°135, note ZIMMER ; *AJCT* 2014. 450, obs. S. HUL ; *JCP A* 2014, act. 308, obs. L. ERSTEIN

CE, 8 oct. 2014, *Sté Grenke Location*, n°370644, *Lebon* ; *BJCP* 2015. 3, concl. PELLISSIER ; *AJDA* 2015. 396, note F. MELLERAY ; *D.* 2015. 145, note PUGEAULT ; *RFDA* 2015. 47, note PROS-PHALIPPON ; *AJCA* 2014. 327, obs. DREYFUS ; *AJCT* 2015. 38, obs. DIDRICHE ; *RDI* 2015. 183, obs. FOULQUIER ; *CMP* 2014, n°329, note ECKERT ; *JCP A* 2014. actu. 807 ; *JCP A* 2014, n°2327, note ZIANI ; *Dr. adm.* 2015, n°12, note BRENET ; *JCP E* 2014, n°1623, note SÉE

CE, 30 déc. 2014, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n°381245 ; *Lebon* p. 444, concl. R. KELLER ; *AJDA* 2015. 5 ; *AJDA* 2015. 749, chron. J. LESSI et L. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; RFDA 2015. 67, concl. R. KELLER *; D.* 2015. 81, obs. F. VIALLA ; *Dr. adm.* 2015, n°29, note G. ECKERT ; *JCP A* 2015, n°2103/2A2, chron. cont. adm, O. LE BOT

CE, 15 avr. 2015, *Cne de Saint-Michel-sur-Orge*, n°376229, *Lebon* p. 151 ; *BJCP* 2015-282, concl. DACOSTA, obs. NICINSKI ; *AJDA* 2015-1819, note MARTIN ; *RDI* 2015. 423, obs. H. DE GAUDEMAR ; *AJCT* 2015.

467, obs. E. LANZARONE ; *CMP* 2015. comm. 142, P. DEVILLERS ; *JCP A* 2015. actu. 380, E. LANGELIER ; *LPA* 10 juill. 2015. 4, obs. M.-C. ROUAULT

CE, 7 mai 2015, *Assoc. comédiens et intervenants audiovisuels et Dufournier de Damas,* n°375882, *Lebon* p. 164 ; *D. actu.* 5 juin 2015, obs. INES ; *RJS* 2015, n°581

CE, 1er juin 2015, *Féd. UNSA spectacle et communication*, n°369914, *Lebon* p. 180 ; *JCP A* 2015, n°2305/2C4, chron. cont. adm., O. LE BOT ; *RJS* 2015, n°651

CE, 18 sept. 2015, *Sté Prest'Air*, n°387315, *Lebon* p. 667 ; *AJDA* 2015. 2457, tribune F. MELLERAY ; *AJDA* 2015. 1719 ; AJDA 2016. 157, note C. CHAMARD-HEIM ; *BJCL* 2015. 863, concl. N. ESCAUT ; *Dr. adm.* 2016. comm. 3, note G. EVEILLARD ; *CMP* 2015. comm. 271, note PIETRI ; *GDDAB*, Dalloz, 4e éd., 2022, comm. 6

CE, 7 déc. 2015, *Commune de Bihorel*, n°380419 ; *Lebon* p. 425 ; *AJDA* 2015. 2351 ; *RDI* 2016. 93, obs. H. DE GAUDEMAR ; *AJCT* 2016. 265, obs. S. HUL ; *CMP* 2015, n°34, note P. DEVILLERS

CE, 7 déc. 2015, *Sté Nationale immobilière*, n°375643, *Lebon* p. 667 ; *AJDA* 2016. 1341, note T. ROMBAUTS-CHABROL ; *AJDA* 2015. 2405 ; *RDI* 2016. 153, note N. FOULQUIER ; *AJCT* 2016. 277, obs. N. JOSSELIN et Catherine LOGEAT ; *JCP A* 2016. 2209, note H. PAULIAT ; *BJCP* 2016, p. 149, concl. N. ESCAUT, obs. S. NICINSKI ; *GDDAB*, Dalloz, 3e éd., 2018, comm. 34, obs. C. CHAMARD-HEIM

CE, 9 déc. 2015, *Sté La Perla Romana*, n°391961 ; *Lebon* p. 591, 661 ; *AJDA* 2015. 2415 ; *RDI* 2016. 87, obs. N. FOULQUIER ; *JCP A* 2016. actu. 27, obs. M. TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A* 2018, n°2041, chron. dr. contrats publics, J. MARTIN et G. PELLISSIER, n°6 ; *CMP* 2016, comm. 45, obs. G. ECKERT

CE, 24 févr. 2016, *Département de l'Eure*, n°395194, *Lebon* p. 44 ; *CMP* 2016, n°113, note PIETRI ; *JCP A* 2016, act. 198 ; *JCP A* 2016, n°2073, note COLMANT ; *BJCP* 2016. 235 ; *ACCP* 177/2017. 62, note BRICE

CE, 23 nov. 2016, *Hospices civils de Beaune*, n°392227

CE, 27 janv. 2017, *Société Baudin Châteauneuf Dervaux*, n°397311, *Lebon* ; *CMP* n°4, avr. 2017, comm. 88, UBAUD-BERGERON ; *AJDA* 2017. 205 ; *AJDA* 2017. 1500, note P. BOURDON ; BJCP 2017, n°112, p. 164, concl. G. PELLISSIER

CE, 14 fevr. 2017, *Société Sea Invest*, n°405157 ; *AJ contrat* 2017. 184, obs. DREYFUS; *RTD com.* 2017. 295, obs. LOMBARD; *JCP* 2017, n°911, obs. EVEILLARD; *RJDA* 2017, n°544; *DMF* 2017. 460, obs. BORDEREAUX ; CMP 4/2017, comm. 100 ; *JCP A* 19/2017, 2126, obs. J.-B. VILA ; *LPA* 26 avr. 2017, n°83, p. 6, obs. L. Il.

CE, 9 juin 2017, *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot (SEMCC)*, n°399382, *Lebon* P. 677 ; *AJDA* 2017. 1202 ; *AJDA* 2017. 1963, note G. CLAMOUR ; *BJCP* 2017. 301, concl. HENRARD ; *CMP* 2017, comm. 209, DEVILLERS.

CE, 9 juin 2017, *Société Keller Fondations Spéciales c/ Commune de Montereau-Fault-Yonne*, n°396358 ; *AJDA* 2017. 1197, obs. BIGET ; *RJDA* 2018, n°24. ; *CMP* 2017. 207, note UBAUD-BERGERON ; *BJCP* 2017. 306, concl. HENRARD *; JCP A* 2017, act. 436

CE, Sect., 30 juin 2017, *Syndicat Mixte de Promotion de l'Activité Transmanche (SMPAT)*, n°398445, *Lebon* p. 209, concl. G. PELLISSIER ; *AJDA* 2017. 1359, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *ibid.* 1669, chron. G. ODINET et S. ROUSSEL ; *AJCT* 2017. 455, obs. S. HUL ; *AJ Contrat* 2017. 387, obs. J.-D. DREYFUS ; *RFDA* 2017. 937, concl. G. PELLISSIER ; *RTD com.* 2017. 587, obs. F. LOMBARD ; *JCP A* 2018, n°2015, obs. F. LINDITCH ; *JCP A* 2018, n°2041, chron. dr. contrats publics, J. MARTIN et G. PELLISSIER, n°29 ; *JCP A* 2017, n°2195, note J. MARTIN ; *JCP A* 2017, n°2268, chron. cont. administratif, O. LE BOT, n°1 ; *JCP* 2017, n°1032, note S. HOURSON ; *Dr. adm.* 2017, n°51, note F. BRENET.

CE, 19 juill. 2017, *CH interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n°392707, *Lebon* p. 265 ; *AJDA* 2018. 116, note R. SOUCHE ; *ibid.* 2017. 1527, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *AJCT* 2017. 573, obs. S. HUL ; *AJ contrat* 2017. 441, obs. C.-E. BUCHER ; *RTD com.* 2017. 861, obs. F. LOMBARD ; *JCP A* 2017. actu. 532, obs. L. ERSTEIN ; *JCP A* 2017, n°2222, note J. MARTIN ; *CMP* 2017, n°229, note M. UBAUD-

BERGERON ; *JCP A* 2018, n°2041, chron. dr. contrats publics, J. MARTIN et G. PELLISSIER, n°5. ; concl. PELLISSIER G., *BJCP* 2017, n°115

CE, 8 déc. 2017, *Rogeau /c SEMMARIS*, n°390906, *Lebon* p. 759 ; *CMP* 2018, n°48, note PIETRI ; *BJCP* 2018. 117, concl. VICTOR, obs. S. NICINSKI ; *CMP* 2018, n°48, note PIETRI ; *Act. proc. coll.* 2018, comm. 22, obs. F. PETIT ; *JCP A* 2017, act. 837 ; *AJDA* 2017, p. 1173, note Ph. YOLKA

CE, 20 déc. 2017, *Mme B…C,* n°413558, *Lebon* ; *JCP A* n°1, 8 janv. 2018, act. 39, obs. TOUZEIL-DIVINA

CE, 28 nov. 2018, *Commune de Frette*, n°418827

CE, 25 janv. 2019, *Société Dauphin télécom*, n°421844 ; obs. AGRESTA S., HUL. S, *AJDA* 2019, p. 885 ; DIETENHOEFFER J, *CMP* n°4, mai 2019, comm. 111 ; DREYFUS J.-D., *AJ contrat* 2019, p. 138. ; *Act. pr. coll.* 2019, n°127, obs. LAJOYE ; *JCP A* n°17 2019, 2123, obs. LACARRERE

CE, 27 févr. 2019, *Sté CAPCLIM*, n°414114, *Lebon* ; *AJDA* 2019. 1056, note RICHER ; *CMP* 2019.173, note DIETENHOEFFER ; *AJCT* 2019. 242, obs. DEFIX ; *BJCP* 2019. 206, concl. PELLISSIER, obs. SCHWARTZ ; *JCP A* 2019. actu. 164, obs. ERSTEIN ; *JCP A* 2019, n°2193, note GONZAGUE

CE, 6 mai 2019, *Sté Icade Promotion*, n°420765 ; *Lebon* p. 833 ; *AJDA* 2019. 966, obs. E. MAUPIN ; *AJCT* 2019. 399, obs. S. HUL ; *JCP A* 2019, n°2253, chron. dr. contrats publics, J. MARTIN et G. PELLISSIER, n°16 ; *BJCP* 2019. 271, concl. LE CORRE, obs. S. NICINSKI ; *CMP* 2019, n°226, obs. DEVILLERS ; *JCP A* 2019. actu. 322 et 476, obs. ERSTEIN ; *RDI* 2019, p. 579, obs. I. HASQUENOPH.

CE, 29 mai 2019, *SAS Royal Casino*, n°428040, *Lebon* ; *JA* 2022, n°664, p. 33, étude T. GUILLOIS, J. CHEVALIER ; *AJCT* 2019. 410, obs. M.-C. ROUAULT ; *BJCP* 2019. 350, concl. CORTOT-BOUCHER ; AJDA 2019. 1193, obs. MAUPIN ; ibid. 1919, chron. GLASER ; *JCP A* 2019, 2236, note H. PAULIAT ; *JCP A* 2019, 2332, note M. KARPENSCHIF et J.-L. SAURON

CE, 27 janv. 2020, *Société ALM Allain*, n°425168, *Lebon* ; *AJDA* 2020. 198, obs. J.-M. PASTOR ; *JCP A* 2020. alertes 55, obs. L. ERSTEIN. 823.145 ; *BJCP* 2020. 181, concl. PELLISSIER, obs. R. S. ; *CMP* 2020, comm. 106, note Ph. REES.

CE, 4 nov. 2020, *Commune de Bassuet*, n°434757 ; *AJDA* 2020. 2181 ; *Dr. adm.* n°2, févr. 2021, comm. 8, obs. EVEILLARD ; *JCP A* n°46, 16 nov. 2020, act. 645, obs. ERSTEIN

CE, 11 déc. 2020, *Sté COPRA Méditerranée,* n°427616, *Lebon* ; *BJCP* 2021. 93, concl. ROUSSEL; *CMP* 2020. 56, note SOLER-COUTEAUX ; *AJDA* 2020. 2466 ; JCP A 2020, act. 730

CE, 18 déc. 2020, *CCI d'Ille-et-Vilaine,* n°433386, *Lebon* ; *AJDA* 2021. 1146, note Q. ALLIEZ ; *AJDA* 2021 2526 ; *AJCT* 2021. 197, obs. L. ROULET ; *BJCP* 2021. 134, concl. LE CORRE; *CMP* 2021, comm. 74, HOEPFFNER; *AJDA* 2021

CE, 16 mai 2022, *SHAM*, n°459408 *Lebon* ; *BJCP* 2022. 266, concl. PICHON DE VENDEUIL; *CMP* 2022, comm. 228, HOEPFFNER ; *AJDA* 2022. 1005 ; *JCP A* 2022, act. 362, obs. L. ERSTEIN ; *JCP A* 2022, 2243, note C. VAYSSE ; *JCP A* 2022, 2263, note F. LINDITCH

CE, 5 avr. 2023, *Ministre des armées*, n°463554, *Lebon* ; *AJDA* 2023. 696 ; *CMP* n°6, Juin 2023, comm. 166, obs. UBAUD-BERGERON ; *Dr. adm.* n°6, juin 2023, comm. 26, obs. BRENET

COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

CAA Lyon, 10 oct. 1990, *Roger Autard et autres*, n°89LY01129, *Lebon* p. 469 ; *JCP G.* n°47, 20 nov. 1991, II., p. 21761 ; *RFDA* 1991. 450

CAA Lyon, 9 avr. 1991, *Cne Saint-Gervais*, n°89LY01122 et n°89LY01123

CAA Nantes, 10 juin 1993, *Sté auxiliaire alimentaire*, n°91NT00139, *Lebon*, p. 875

CAA Lyon, 13 juil. 1993, *SAPRR,* n°91LY00405, *Lebon* p. 878 ; *D.* 1994. 226, obs. Ph. TERNEYRE ; *Marchés publ.* 1994, n° 279, p. 19, concl. CHANEL ; *JCP E* 1993, act. 1186 ; *Gaz. Pal.* 1995, p. 21

CAA Marseille, 18 juin 1998, *Sté de développement du Val d'Allos,* n°97MA00677, *Lebon* p. 1030 ; *RFDA* 1999. 1079, obs. J.-Y. CHEROT ; *BJCP* 1999. 171, concl. J.-C. DUCHON-DORIS

CAA Paris, 5 nov. 1998, *Sté Coquelicot Promotion,* BJCP 1998, p. 481

CAA Douai, 31 oct. 2000, *S.A. entreprise Dezellus*, n°97DA01214

CAA Paris, 6 févr. 2001, *Banque Tahiti*, n°97PA02554 ; RDI 2001 p. 374, obs DREYFUS ; *CMP* 2001, comm. 136, note G. ECKERT ; *RFDA*. 2001, p. 939.

CAA Paris, 27 sept. 2001, *Centre hospitalier Paul Guiraud Villejuif*, n°99PA03166 ; *CMP* 2002, comm. 12, note V. HAÏM

CAA Douai, 4 juill. 2002, *Synd. intercommunal d'assainissement de la région de Douai,* n°99DA00001 ; *AJDA* 2003. 47 ; *BJCP* 2003, p. 163

CAA Lyon 18 déc. 2003, *Préfet du Rhône*, n°99LY02245 ; *AJDA* 2004. 1317 ; *CMP* n° 3, mars 2004, comm. 45, obs. G. ECKERT

CAA Marseille, 27 janv. 2004, *Me. Taddei es. qual. liquidateur SARL Baticas*, n°00MA00076

CAA Marseille, 30 mars 2004, *Caisse centrale des Banques Populaires*, n°01MA01057 ; *CMP* 2004, comm. 141 , note G. ECKERT

CAA de Nancy, 26 janv. 2005, *Galand*, n°00NC01239 ; LLORENS F., *CMP* 2006, n°138 ; MODERNE F., *RDI* 2007 p. 175, n°16.

CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, *Banque du bâtiment et des travaux publics*, n°02BX02685

CAA Versailles, 7 mars 2006, *Commune de Draveil c/ Société Via Net Works*, n°04VE01381, *Lebon* p. 592 ; *JT* 2012, no 139, p. 35, note SIMON ; *AJDA* 2006. 1044 , concl. P. BRESSE ; *CMP* 2006, comm. 136, note É. DELACOUR

CAA Versailles, 3ème ch, 15 mai 2007, *Sté STEIN énergie chaudières industrielles,* n°06VE00012 ; *CMP* 2007, comm. 215, obs F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX

CAA Versailles, 3ème ch., 11 déc. 2007, *Commune de Mantes-la-Jolie,* n°05VE02179 ; *CMP* 2008, comm. 36, note E. DELACOUR

CAA Bordeaux, 3 juill. 2008, *SARL J.B.L.,* n°06BX01281 ; *CMP* 2008, comm. 207, note F. LLORENS

CAA Lyon, 3 juill. 2008, n°06LY00772 ; *CMP* 2008 n° 10, p. 247, obs LLORENS

CAA Lyon, 9 oct. 2008, *SA Inéo* , n°05LY01239 ; *CMP* 2008, comm. 286 , note F. LLORENS

CAA Bordeaux, 19 mars 2009, *Société Ateliers Construction Métallique Rochefortaise*, n°07BX01826

CAA Paris, 9 juill. 2009, *Sté ETDE*, n°06PA03765 ; *CMP* 2009, comm. 309, obs. LLORENS

CAA Lyon, 18 févr. 2010, *SA Planche*, n°07LY01299 ; *CMP* 2010. chron. 182, note LLORENS

CAA Paris, 4ème ch., 4 mai 2010, *Office public d'aménagement et de construction de Chelles (OPAC)*, n°08PA03657

CAA Nancy, 31 mai 2010, *SARL Plurial*, n°08NC01369 ; *CMP* 2010, comm. 287, obs. LLORENS

CAA Versailles, 8 juin 2010, *Sté SEE Simeoni*, n°08VE00273 ; *CMP* 2010, comm. 337, obs F. LLORENS

CAA Douai, 15 juin 2010, *Dufour*, n°09DA01456 ; *AJDA* 2010. 1465, chron. LEPERS

CAA Paris, 15 juin 2010, *Centre Hospitalier Sainte-Anne*, n°08PA05801 ; *CMP* 2010, comm. 338 , obs. F. LLORENS

CAA Douai, 12 juill. 2010, *Office public de l'habitat Lille Métropole Habitat*, n°10DA00223

CAA Bordeaux, 13 juill. 2010, *Sté financière Sport et Loisir*, n°09BX02630 ; *CMP* 2010, comm. 333, obs. F. LLORENS

CAA Bordeaux, 9 déc. 2010, *Société Dirickx Espace Protect*, n°10BX00725 ; *CMP* n° 2, févr. 2011, comm. 53, obs. LLORENS

CAA Marseille, 10 janv. 2011, *Société Autocars GRV*, n°08MA05219 ; *AJDA* 2011. 680, concl. S. DELIANCOURT

CAA Marseille, 14 févr. 2011, *Sté Bruyas*, n°07MA04607

CAA Marseille, 7 mars 2011, *Sté Union Matériaux*, n°08MA01391

CAA Nancy, 28 nov. 2013, *Office public d'habitat Metz Habitat Territoire*, n°13NC00967 ; *CMP* 2014, comm. 53, obs. M. UBAUD-BERGERON

CAA Marseille, 24 févr. 2014, *Syndicat mixte du Boréon*, n°11MA01259

CAA Paris, 7ème ch. , 17 mars 2014, *Sté SEE Simeoni*, n°10PA03358

CAA Marseille, 28 avr. 2014, *Société Golf de la Vallée*, n°11MA04535

CAA Bordeaux, 2ème ch., 30 juin 2014, n°13BX01850

CAA Nancy, 30 sept. 2014, *Société ACE BTP*, n°13NC00041

CAA Bordeaux, 24 nov. 2014, n°13BX00511

CAA Bordeaux, 2 déc. 2014, *M. B*, n°13BX00505 ; *CMP* 2015, n° 45 et 56, obs. M. UBAUD-BERGERON ; *CP-ACCP* 151/2015 p. 14

CAA Paris, 9 avr. 2015, *SEMMARIS*, n°13PA01951

CAA Paris, 15 juin 2015, *Port autonome de Nouvelle-Calédonie*, n°14PA01491

CAA Bordeaux, 1er déc. 2016, *Société Entreprise du bâtiment Dus*, n°14BX01718, v. HOEPFFNER H., *CMP* n°2, févr. 2017, comm. 42 ; *AJDA* 2017. 209

CAA Douai, 1er déc. 2016, *Sté Segex*, n°14DA01892 ; UBAUD-BERGERON M., *CMP* 2017, comm. 40

CAA Nantes, 1er févr. 2018, *SARL Ker Hold*, n°16NT01165

CAA Lyon, 8 mars 2018, *Société Routière du Centre*, n°17LY01827 ; *CMP* n°5, 2018, comm. 115, note. HOEPFFNER

CAA Bordeaux, 26 juin 2018, *Malmezat-Prat*, n°16BX01768 ; *CMP* n°10, 2018, comm. 224, note. HOEPFFNER

CAA Marseille, 13 juin 2019, *Eiffage Languedoc-Roussillon*, n°18MA00488

CAA Nancy, 18 juin 2019, *Sté Sibéo Ingéniérie*, n°18NC02354 ; CMP n° 10, oct. 2019, comm. 313, obs. E. MULLER

CAA Douai, 16 juin 2020, *Syndicat intercommunal de valorisation des déchets ménagers du Hainaut Valenciennois,* n°19DA00468

CAA Marseille, 3 juill. 2020, *Préfet du Var*, n°18MA03020 ; obs N. FOULQUIER, *RDI* 2020. 536

CAA Paris, 24 nov. 2020, *Mme D., épouse B.*, n°19PA00701

CAA Douai, 18 mars 2021, *SA Technifrance*, n°18DA02553

CAA de Nantes, 1er juil. 2022, *Société Service conseil IT*, n°21NT03612

CAA Nancy, 13 juill. 2022, *SARL MS Mode*, n°20NC03779

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Paris, 15 mai 1984, *Lebon*

TA Lyon, 9 déc. 1998, *Sté Entreprise Tué,* n°96-756

TA Caen, 21 déc. 1998, *Sté Stereau SA*, n°981834, *Dr. adm*. 1999, comm. 39

TA Melun, 16 oct. 2001, *Préfet du Val-de-Marne c. Cne de Fresnes*

TA Melun, 13 mars 2002, *Centre Hospitalier local Guiraud de Villejuif,* n°991848 ; CMP n°12, 2002, 254, obs. F. OLIVIER

TA Lyon, 24 nov. 2005, *Tête*, n°0401106 ; *AJDA* 2006. 838

TA Dijon, réf., 16 mars 2007, *SARL N S c/ Conseil Général de Saône-et-Loire,* n°0700454

TA Versailles (4ème ch.), 14 nov. 2008, *Me Cosme Rogeau*, n°0605390

TA Montpellier, réf., 14 févr. 2008, *SARL N S*, n°0800369

TA Clermont-Ferrand, 4 avril 2011, *Sté Bénétis SAS*, n°1100529

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

COUR DE CASSATION

Cass. ch. civ., 14 février 1859

Cass. req., 13 juillet 1910, *Journ. Faill.* p 385

Cass. com., 4 juill. 1973, *D.* 1974, p. 425

Cass. ass. plén., 14 févr. 1975, *D.* 1975, jurispr. p. 349 ; *RTD com.* 1975, p. 472.

Cass., 3ème civ., 17 mars 1976, *Gaudin*, n°74-14.267 ; *Bull. civ.* III, n° 126 ; *D.* 1976, somm. 59

Cass. com., 24 oct. 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n°235

Cass. crim., 20 mars 1980, n°79-93.104, *Bull. crim.* n° 97; *D.* 1980, inf. rap. p. 521, note M. PUECH

Cass. com., 7 juillet 1982, *Sté des grands vins des Côtes-du-Rhône et de Provence*, n°81-10.864, Bull. IV, n°263

Cass. com., 19 avril 1985, n°83-15.258 ; *Bull. civ.* IV n°120 ; *Defrénois* 1986. 940, obs. DERRIDA

Cass. com., 8 déc. 1987, *D.* 1988, jur. P. 52, note F. DERRIDA ; *JCP* 1988, II, 20927, note M. JEANTIN.

Cass. 3e civ., 10 mai 1989, *Loyers et copr.*, juill. 1989, p. 11, n°336.

Cass. com., 19 déc. 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, n°327

Cass. com., 23 janv. 1990, n°88-16.172; *Bull. civ.* IV, n°17 ; *D.* 1990. IR 86

Cass. com., 16 oct. 1990, n°89-12.930, *Bull. civ.* IV, n°240 ; *RTD com.* 1991. 462, obs. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1992. II. 300, note LE CORRE; *RD bancaire et bourse* 1991, 73, obs. CAMPANA et CALENDINI ; *JCP E* 1991, I, 73, n° 4, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL

Cass. Soc., 19 avr. 1991, *GARP et autres c/ Cie Air France*

Cass. com., 7 janv. 1992, n°90-14.831 ; *Bull. civ.* IV, n°3 ; *D.* 1992. somm. 278, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1992. 762, obs. J. MESTRE ; *CCC* 1992. comm. 110, obs. LEVENEUR

Cass. com., 4 févr. 1992, n°90-15.977 ; *Bull. civ.* IV, n°54 ; D. 1993. somm. 5, obs. DERRIDA ; *JCP E* 1992, I, 192, n° 3, obs. CABRILLAC et PETEL

Cass. com., 17 mars 1992, n°90-17.364 ; Bull. civ. IV, n°120

Cass. com., 6 janv. 1993, *Ferrera et a. c/Fabre, es qualités d'administrateur judiciaire du CGCAH et a.*, n°91-40.308 ; *Bull civ.* IV, n°30 ; *D.* 1993, jurispr. p. 205, F.-D. ; *LPA*, 1993 n°40, p. 14, F. DERRIDA ; *Bull. DP diff. entr.* n°102, p. 8012 ; *D.* 1993. IR 45 ; *JCP E* 1993, I, 275, n° 4, obs. CABRILLAC et PETEL ; *Defrénois* 1994, p. 564, obs. SENECHAL ; *Rev. proc. coll.* 1993, 85, obs. SOINNE

Cass. soc., 20 janv. 1993, n°88-42.702, *Bull. civ.* 1993, V, n°16 ; *D.* 1994, somm. p. 40, note DERRIDA (F.)

Cass. com., 2 mars 1993, n°90-21.849 ; *Bull. civ.* IV, n°87 ; *D.* 1993. IR 77 ; *Rev. huiss.* 1993. 866, note VIDAL

Cass. com., 5 avr. 1994, n°92-13.989; *Bull. civ.* IV, n°142 ; JCP E 1994, I, 397, n° 20, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *RD bancaire et bourse* 1995, 84, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *D.* 1995, somm. p. 215, obs. A. HONORAT ; *RJDA* 10/1994, n° 1070 ; *RTD com.* 1995. 196, obs. A. MARTIN-SERF .

Cass. com., 6 déc. 1994, n°91-17.926

Cass. com., 9 mai 1995, n°93-11.724 ; *Bull. civ.* IV, n°130 ; *JCP E* 1995, II, 702, rapp. J.-P. RÉMERY ; *JCP E* 1995, I, 487, n° 14, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1996, 322, note LOISEAU ; *RD bancaire et bourse* 1995, 221,

obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *RTD civ.* 1996. 163, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1996. 66, obs. C. CHAMPAUD ; *RTD com.* 1996. 342, obs. A. MARTIN-SERF

Cass. com., 23 mai 1995, n°93-16.930 ; *Bull. civ.* IV, n°150 ; *D.* 1995, p. 413, note F. DERRIDA ; *JCP E* 1995, I, 513, § 7, obs. M. CABRILLAC.

Cass. com., 6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication Média Service*, n°94-13347 ; *Bull. civ.* IV, n°125 ; *AJDA* 1996. 1033, note BAZEX ; *RFDA* 1996. 1161, note SEILLER ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 821, note P. LE CANNU

Cass. com. 14 mai 1996, n°94-11.469 ; *Dr. sociétés* 1996, n°168, obs. CHAPUT

Cass. com., 11 juin 1996, n°94-12.125, *BRDA* 1996, n°15/16, p. 7 ; *RJDA* 1996, n° 12, n° 1533

Cass. com., 3 déc. 1996, n°94-20.669, *Bull.* 1996, IV, n°302 p. 257 ; *RJDA* 1997, n°411

Cass. com. 17 déc. 1996, *D.* 1997. 387, note MONSERIE

Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n°117

Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n°118

Cass. civ., 13 nov. 1997, *RJDA* 1998, p. 456

Cass. com., 6 janv. 1998, *Sté européenne d'impression c/Cecico location*, n°95-15.407, *Bull. civ.* IV, n°7 ; *JCP G* 1998, IV, p. 1380 ; *JCP E* 1998. I. 654, note M. C. ; *D. Affaires* 1998. 256, n°104, note A. L. ; *RTD civ.* 1998. 368, obs. MESTRE

Cass. com., 28 avr. 1998, *Épx Cochepin c/ Mme Cochepin-Lefebvre et autres*, *RD rur.* 1998, p. 320, obs. C. PITAUD et D. ROCHARD

Cass. com., 27 oct. 1998, n°95-21.286 ; *Bull. civ.* IV, n°263 ; *AJDI* 1999. 696, obs. Ch.-H. GALLET ; *RPC* 1999, p. 157, obs. M. H. MONSERIE; *Loyers et copr.* 1999, comm. 127, note Ph.-H. BRAULT et C. MUTELET ; *D. Affaires* 1999, p. 33, obs. A. L

Cass. com., 13 avr. 1999, n°97-11.383 ; *Bull. civ.* IV, n°87; *D.* 2000. 257, note LIPINSKI ; *JCP E* 1999, p. 1533, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *Defrénois* 1999, 870, note SENECHAL ; *D. affaires* 1999, 801, obs. A.L. ; *RTD com.* 1999, 964, obs. SAINT-ALARY-HOUIN ; *RTD com.* 2000, 177, obs. MARTIN-SERF
Cass. com. 22 juin 1999, n°96-12.746 *; Rev. pr. coll.* 2000, p. 45, obs. DELEVEUVILLE.

Cass. com., 26 oct. 1999, n°96-19.156 ; *JCP E* 2000, p. 563, note F. DELFOUR ; *D.* 1999, act. jurispr. p. 67, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2000, jurispr. p. 383, note A. PELISSIER; *ibid.* somm. 328, obs. HONORAT ; *Act. proc. coll.* 1999, n° 257, obs. B. SAINTOURENS ; *RJDA* 1999. 1094, n°1359 ; *RTD com.* 2000. 452, obs. SAINT-ALARY-HOUIN; *RTD civ.* 2000. 835, obs. MESTRE et FAGES ; *Dr. et patr.* 1/2000. 100, obs. MONSERIE-BON; *JCP E* 2000, no 4, p. 127, obs. CABRILLAC et PETEL

Cass. com., 26 oct. 1999, n°97-14.430 ; *RJDA* 1/2000, n° 66

Cass. com. 1er févr. 2000, n°97-15.263, *Bull. civ.* IV, n° 23 ; *JCP G* 2000, IV, 1514 ; *D. affaires* 2000, p. 144, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2000. 444, obs. LAUDE ; *RDI* 2000. 193, obs. GROSLIERE et SAINT-ALARY-HOUIN .

Cass. com., 20 juin 2000, n°97-18.204, *Bull.* 2000, IV, n°130, p. 118 ; *RTD com.* 2000. 1007, obs. A. LAUDE ; D. 2000. 343, obs. P. PISONI ; *JCP E* 2000, pan. 1403

Cass. com., 12 juin 2001, *Trésorerie de Mont-de-Marsan c/ Sté Informatique Midi-Pyrénées*, n°98-17.691, *Bull. civ.* 2000, IV, n°116 ; *D.* 2001. AJ 2199, obs. A. LIENHARD

Cass. com., 16 oct. 2001, n°98-20.973

Cass. com., 22 janv. 2002, n°99-20.003 ; *Act. proc. coll.* 2002, n°102

Cass. com., 19 mars 2002, n°99-14.783; *RJDA* 8-9/2002, n° 908

Cass. com., 28 mai 2002, n°99-12.275 ; *Bull. civ.* IV, n°94; *D.* 2002. AJ 2124, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2002, no 172, obs. J. VALLANSAN et C. GOLHEN ; *JCP E* 2003, chron. 231, p. 269, n°10, obs. P. PÉTEL ; *RTD com.* 2002. 726, obs. A. MARTIN-SERF ; *RPC* 2003, p. 146, n°4, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *LPA* 19 déc. 2002, p. 18, obs. J. L. COURTIER

Cass. com, 28 mai 2002, n°99-15.040; *Dr. sociétés* 2002, comm. 218, note J.-P. LEGROS ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 15, obs. C. LEBEL

Cass. civ., 23 nov. 2022, n°22-16.959, 22-17.834

Cass. com., 18 févr. 2003, n°00-12.666 ; *Bull. civ.* IV, n°23 ; *D.* 2003. AJ 1095 ; *Act. proc. coll.* 2003, n°84, obs. VALLANSAN; *RDBF* 2003, n°75, obs. F.-X. LUCAS ;

Cass. com., 29 avr. 2003, *SCI L'Orée des Bois c/ Cne de Taninges*, n°00-14.142 ; *Bull. civ.* IV, n°66 ; *RTD com.* 2003. 819, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 2003. 1117, note REMERY ; *D.* 2003. 1365 ; *Dr. adm.* 2003, n°153 ; *AJDA* 2003. 684 et 1021 ;

Cass. com., 24 sept. 2003, n°00-21.863 ; *RDC* 2004. 263, obs. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2003. 700 s. spéc. p. 703, obs. MESTRE et FAGES ;

Cass. com., 19 mai 2004, n°01-13.542, *Bull. civ.* IV, n°100 ; *D.* 2004. AJ 1668, obs. LIENHARD ; *AJDI* 2005. 31, note LE CORRE ; *Act. proc. coll.* 2004-12, n°146, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *Rev. proc. coll.* 2004. 228, n°8, obs. ROUSSEL GALLE ; *JCP E* 2004. chron. 1292, § 13, obs. PETEL ; *LPA* 6 août 2004, n°157

Cass. com., 16 juin 2004, *Directeur général des douanes de Provence,* n°01-13.781 ; *Rev. proc. coll.* 2005. 128, obs. GORRIAS ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 224, n° 4, obs. Ph. ROUSSEL GALLE

Cass. com., 21 sept. 2004, n°02-16.825 ; *D.* 2005. Pan. 297, obs. LE CORRE ;

Cass. com., 28 sept. 2004, n°02-21446 ; *RD banc. fin.* 2005, n° 58, obs. F.-X. LUCAS ; JCP E 2005, 1676, § 16

Cass. com., 4 janv. 2005, n°02-10.886 ; *Bull. civ.* II, n° 273 ; *RJDA* 2005, n°597

Cass. com., 1er mars 2005, n°02-16.769 ; *Bull. civ.* IV, n°39, *D.* 2005. pan. 2016, obs. F.-X. LUCAS ; *D.* 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD

Cass. com., 1er mars 2005, n°03-18.774 ; *JCP E* 2005. 952, note SCHOLASTIQUE ; *Gaz. Pal.* 6-7 juill. 2005, p. 37, obs. BONHOMME ; *RTD com.* 2005. 841, obs. MARTIN-SERF

Cass. com., 15 mars 2005, n°02-19.129 ; *Bull. civ.* IV, n° 62 ; *D.* 2005. 1025, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005. 843, obs. A. MARTIN-SERF ; *BRDA* sept. 2005, p. 8 ; *RJDA* 2005, n° 1274

Cass. com., 19 avr. 2005, n°03-13.787 ; *Gaz. Pal.* 2005. 36, n°5, obs. BONHOMME.

Cass. com., 10 mai 2005, n°04-11.222 ; *D.* 2005, p. 1475, obs. LIENHARD

Cass. com., 26 sept 2006, n°05-16.942 ; *Act. proc. coll.* 2006, comm. 206

Cass. com., 2 oct. 2007, n°05-20.324, 05-20.938 ; *Bull. civ.* IV, n°210 ; *D.* 2007. AJ 2611, obs. A. LIENHARD

Cass. com., 10 juin 2008, n°07-17.043 ; *D.* 2008. AJ 1764, obs. LIENHARD; *APC* 2008, n°202, obs. DELATTRE; *JCP E* 2008. 2062, n°3, obs. CABRILLAC et PETEL; *RPC* 2008, n°119, obs. LEBEL; *RTD com.* 2008. 871, obs. VALLENS ; LE CORRE, *Gaz. Pal.* 27-29 juill. 2008, p. 20

Cass. com., 28 avr. 2009, n°08-14756 ; *Gaz. Pal.* 28 juill. 2009, n°209, p. 28, obs. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2009. AJ 1353 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 124, obs. J.-P. LEGROS

Cass. civ. 1ère, 30 avril 2009, n°08-11.093 ; *Bull. civ.* I, n°82 ; *D.* 2009. 2400, note ANDREU ; *RTD civ.* 2009. 531, obs. FAGES ; *JCP* 2009. 73, note ANSAULT ; *JCP* 2009. 228, n°3, obs. BILLIAU ; *JCP* 2009. 574, n° 25, obs. BARTEZ ; *Defrénois* 2009. 1289, obs. LIBCHABER.

Cass. civ., 6 mai 2009, n°08-10.281 ; *Bull. civ.* I, n°86, *APC* 2009-12, n°192, obs. T. MASTRULLO ; *RPC* 2010-1, p. 29, note O. STAES ; *D.* 2009. 2959, note CLAY ; *RTD com.* 2010. 208, obs. VALLENS ; *RTD com.* 2009. 546, obs. LOQUIN ; *JCP G* 2009, I, 462, n° 7, obs. J. BÉGUIN ; *JCP G* 2009, II, 534, note G. BOLARD ; *Rev. arb.* 2010, p. 299, note D. COHEN

Cass. 1re civ. 4 juin 2009, *FS-P+B,* n°08-14.481 ; *Bull. civ* I, n°113 ; *D.* 2009. AJ 1694, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2009. 2137, note F. LABARTHE ; *JCP E* 2009. 1904, note B. DULOUM ; *RTD civ.* 2009. 530, obs. B. FAGES ; *Contrats* 2009, p. 1330, note T. GENICON ; *D.* 2010. Pan. 226, obs. S. AMRANI-MEKKI

Cass. com., 5 oct. 2009, n°08-14.756 ; *Gaz. proc. coll.* 28 juill. 2009, p. 28, n°1, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2009. 1353 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 124, note J.-P. LEGROS ;

Cass. com., 30 mars 2010, 09-11.805

Cass. com., 5 oct. 2010, 09-16.752 ; *JCP E* 2011, 1003, obs. Ch. LEBEL.

Cass. com., 3 nov. 2010, n°09-69.533 ; *Bull. civ.* IV, n°67 ; *D.* 2010. actu. 2644, obs. LIENHARD; *RTD com.* 2011. 638, obs. MARTIN-SERF; *JCP E* 2011. 1002, note LEBEL; *Leden* 1/2011. 2, obs. PARACHKÉVOVA; *Gaz. Pal.* 7-8 janv. 2011, p. 35, obs. ROUSSEL GALLE; *RPC* 2011, no 76, obs. DUMONT-LEFRAND; *LPA* 29 avr. 2011, obs. ZATTARA-GROS; *RJDA* 2011, n°438; *LPA* 26 juill. 2011, note BÉNILSI

Cass. com., 3 mai 2011, n°10-17.011 ; *Bull. civ.* IV, n° ; *D.* 2011. ctu. 1343, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2012. 619, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 2011. 1598, note J.-P. LEGROS ; *BJE* nov. 2011, p. 332, n°149, obs. L. SAUTONIE-LAGUIONIE ; *Bull. Joly* 2012. 56, note P. LE CANNU ; *RJDA* 2011, no 722 ; *Gaz. Pal.* 8-9 juill. 2011, p. 31, note Ph. ROUSSEL GALLE

Cass. com. 28 juin 2011, n°10-19.463 ; *Bull. civ.* IV, n°110 ; *D.* 2011. actu. 1813, obs. LIENHARD ; *JCP E* 2011, 1713, note Ch. LEBEL ; *Gaz. Pal.* 7-8 oct. 2011, p. 24, obs. F. KENDÉRIAN.

Cass. com. 21 févr. 2012, n°11-18.027 ; *Bull. civ.* IV, n°44 ; *D.* 2012. actu. 678, obs. LIENHARD ; *LEDEN* avr. 2012. 3, obs. MOUIAL-BASSILANA ; *RPC* 2012. comm. 187, note M. MENJUCQ ; *Procédures* 2012, no 145, note PERROT ; *JCP* 2012, 945, note G. LOISEAU

Cass. com., 13 mars 2012, n°11-15.438 ; *Bull. civ.* 2012, IV, n° 53 ; *JCP E* 2012, 1325, note LE CORRE ; *JCP E* 2012, 1508, § 8, obs. crit. PETEL ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 105, obs. VALLANSAN ; *BJS* 2012, p. 495, note MONSERIE-BON ; *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2012, p. 18, obs. S. CABRILLAC ; *BJE* 2012, p. 147, obs. CAMENSULI-FEUILLARD ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 112, obs. LISANTI; D. 2012. ACTU. 807, OBS. LIENHARD ; D. 2012. 1460, NOTE MARMOZ ; *D.* 2012. pan. 2201, obs. LE CORRE ; *Rev. sociétés* 2012. 394, obs. HENRY ; *RDBF* 2012, n°91, obs. PIEDELIEVRE ;

Cass. com., 15 mai 2012, n°11-18.972

Cass. soc., 12 sept. 2012, *F-D, M.M. c/ L. de G. ès qual.et a.,* n°11-20.108 ; *Gaz. Pal.* 12-13 oct. 2012, p. 34, note C. GAILHBAUD

Cass. com., 16 oct. 2012, n°10-25.387 ; *Act. proc. coll.* 2012, alerte 271

Cass. com., 18 déc. 2012, n°11-17.872, *Bull. civ.* IV, n° 232 ; *D.* 2013. 78, obs. A. LIENHARD ; *Gaz. Pal.* 4 mai 2013, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *LEDEN* févr. 2013, p. 2, obs. P.-H. AUDRAS

Cass. com., 9 avr. 2013, n°12-14.356

Cass. civ., 24 avr. 2013, n°12-18.180 ; *Bull. civ.* I, n°89 ; *Dr. adm.* 2013, n° 57, note M. DISTEL ; *AJCT* 2013. 426, obs. R. GRAND ; *AJDA* 2013. 1630, note J.-D. DREYFUS ; *JCP A* 2014, n °2013, note O. RENARD-PAYEN ; *CMP* 2013, comm. 177 , obs. M. UBAUD-BERGERON

Cass. com., 4 juin 2013, *Crédit mutuel de Cherbourg Napoléon*, n°12-17.203 ; *Bull. civ.* IV, n°93 ; *JCP E* 2013, 1434, n° 8, obs. Ph. PÉTEL ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 57, note Ch. LEBEL ; *D.* 2013, p. 1470, obs. A. LIENHARD ; *Gaz. Pal.* 29 sept. 2013, p. 18, obs. Ch. BIDAN ; *Rev. sociétés* 2013, p. 523, note L.-C. HENRY ; *D.* 2013. actu. 1470 ; *JCP E* 2013. 1662, n°16, obs. SALGUEIRO; *APC* 2013, no 163, obs. JAZOTTES; *RJDA* 2013, n°818; *BJE* 2013. 278, note BENILSI

Cass. com., 18 juin 2013, *SA Flowers System/Sté Malapert*, n°12-14.836 ; *Bull. civ.* IV, n°102 ; *AJDA* 2013. 1307 ; *D.* 2013. 1616, obs. LIENHARD ; *APC* 2013. comm. 193, obs. F. KENDÉRIAN ; *JCP E* 2013, 1434, n° 7 , obs. Ph. PÉTEL

Cass. com. 14 janv. 2014, *Me Emmanuel Malfaisan*, n°12-22.909 ; *Bull. civ.* 2013, IV, n° 102 ; *JCP E* 2013, 1434, n° 7 , obs. Ph. PETEL ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 158 , note Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. sociétés* 2014, p. 200, obs. L.-C. HENRY ; *Gaz. Pal.* 29 juin 2014, p. 23, note F. KENDERIAN

Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-25.455 ; Bull. civ. V, n° 90 ; *RJS* 2014, n°507 ; *AJDA* 2014.709 obs. DE MONTECLER ; *D.* 2014. 831 ;

Cass. com., 23 sept. 2014, n°13-17.016 ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 118 , obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *BJE* janv. 2015, p. 32, note F. REILLE

Cass. 3e civ., 17 déc. 2014, *FS-P+B*, n°13-23.350 ; *Bull. civ.* III, n°167 ; *Act. proc. coll.* 2015, comm. 28 ; *BPIM* 2015/02, n°131

Cass. com., 27 janv. 2015, n°13-18.656, *Bull. civ.* IV, n°10 ; *D.* 2015. 318 ; *RDC* 2015, p. 482, note LIBCHABER ; *RTD civ.* 2015, p. 392, obs. BARBIER ; *RTD com.* 2015. 372, obs. MARTIN-SERF

Cass. com., 16 juin 2015, n°14-13.970 ; *Bull. civ.* IV, n°106 ; *D.* 2015. actu. 1366 ; *Dr. sociétés* 2015, n°157, obs. J.-P. LEGROS ; *Procédures* 2015, n°302, obs. ROLLAND ; *Bull. Joly* 2015. 374, note SAUTONIE-LAGUIONIE ; *JCP* 2016, 100, n° 3, obs. Ph. PETEL ; *JCP E* 2015, 1422, n° 2, obs. Ph. PÉTEL ; *RJDA* 10/2015, n° 679 ; *Act. proc. coll.* 2015, comm. 200, obs. O. STAES

Cass. com., 12 janv. 2016, *F-D*, n°14-21.393 et 14-22.240 ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2016, p. 60, note G. BERTHELOT

Cass. com., 9 févr. 2016, n°14-23.219 ; *Bull. civ.* IV, n° 26 ; *D.* 2016. 423, obs. A. LIENHARD ; *RPC* 2016, n°3, comm. p. 36, n°85, obs. J.-J. FRAIMOUT ; *Gaz. Pal.* 12 avr. 2016, n°14, p. 70, obs. E. LE CORRE-BROLY ; *RTD civ.* 2016. 369, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2016. 1280, note T. STÉFANIA ; *RJDA* 5/2016, n°379 ; *RJ com.* 2016. 259, obs. F. MACORIG-VENIER ; *RTD com.* 2016. 554, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP G* 2016, 553, obs. Ph. SIMLER ; *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 67, obs. D. LEGEAIS ; *RD bancaire et fin.* 2016, comm. 88, obs. C. HOUIN-BRESSAND ; *Act. proc. coll.* 2018, alerte 143, obs. Ph. ROUSSEL GALLE, M. THIBERGE et B. THULLIER ; *LEDEN* mars 2016, p. 4, obs. P. RUBELLIN ; *BJE* 2016, p. 175, note F. REILLE ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 23, p. 33, note M.-P. DUMONT-LEFRAND

Cass. com., 18 févr. 2016, n°14-29.223 ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 103, note GJIDARA-DECAIX, et comm. 132, note SAINTOURENS ; comm. 132 (?) , note B. DELPECH

Cass. com., 5 avr. 2016, n°14-21.664 ; *Bull. civ.* IV, n°58 ; *JCP E* 2016, act. 349 ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2016, p. 58 , note C. BIDAN ; Act. proc. coll. 2016, comm. 105 ; *LEDEN* 6/2016. 2, obs. RUBELLIN; *BJE* 2016. 263, note LAROCHE; *RJDA* 2016, n°463 ; *D.* 2016. pan. 1898, obs. F.-X. LUCAS ; *D.* 2016. 1894, obs. P.-M. LE CORRE

Cass. civ., 7 avr. 2016, n°15-12.371

Cass. civ. 2ème, 16 juin 2016, *URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ SAS Horizon,* n°15-20.231 ; *Bull. civ.* 2016, II, n° 154 ; DI MARTINO M., *RPC* n°1, janvier 2017, prat.1 ; PETIT F., *RPC* n°5, sept. 2016, étude 14 ; RONET-YAGUE D., *JCP E.* n°37, 15 sept. 2016, 1472 ; *RJS* 2016, n°648 ; *JCP S* 2016, no 1324, note FIN-LANGER ; *RPC* 2016, no 193, obs. TAQUET

Cass. com., 15 nov. 2016, n°14-27.045 ; *Bull. civ.* IV, n°141 ; *JCP E* 2017, 1164, n° 9, obs. PÉTEL ; 1235, note STEFANIA ; *Act. proc. coll.* 2017-1, comm. 1, obs. ROUSSEL GALLE ; *Gaz. Pal.* 10 janv. 2017, p. 66, obs. KENDERIAN ; *RGDA* 2017, n° 1, p. 40, note M. ASSELAIN ; *Resp. civ. et assur.* 2017, étude 4, F. LEDUC

Cass. com., 6 déc. 2016, *SEMMARIS*, n°15-13.466 ; JCP N 2018, 52 ; RTD com. 2017, p. 584, obs. Monéger ; *JCP N* 2018, 52 ; *Gaz. Pal.* 10 oct. 2017, p. 64 , obs. KENDERIAN ; *LEDEN* 10/2017. 3, obs. STAES

Cass. civ., 14 déc. 2016, n°15-20.408, 15-21.632

Cass. com., 22 févr. 2017, *Société Lyonnaise de banque*, n°15-15.942 ; *Bull. civ.* IV, n°27 ; *D.* 2017. 452, et 1941, obs. P.-M. LE CORRE ; *AJ contrat* 2017. 234, obs. E. MOUIAL BASSILANA ; *RTD civ.* 2017. 645, obs. H. BARBIER ; *RTD com.* 2017. 692, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 2017, 1460, n° 14, obs. TERHANI ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 24, p. 55, obs. LE CORRE

Cass. civ., 26 avr. 2017, n°16-10.500 ; *JCP A* 2018, n° 2061, obs. B. POLDERMAN

Cass. com., 4 mai 2017, n°15-27.899 ; *Bull. civ.* IV, n°62 ; *Dalloz actualité*, 1 juin 2017, obs. X. DELPECH ; *D.* 2017. 976 ; ibid. 1941, obs. P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS ; ibid. 2018. 371, obs. M. MEKKI ; *AJ contrat* 2017. 347, obs. A. LECOURT ; *RTD com.* 2017. 441, obs. J.-L. VALLENS ; *Act. proc. coll.* 2018, alerte 146, note G. BLANC ; *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 105 , note G. BERTHELOT ; *JCP E* 2017, 1460, n° 6 , obs. TEHRANI

Cass. com. 28 juin 2017, n°16-10.591 ; Bull. civ. IV, n° 91 ; *D.* 2017. 1356, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2017. 1941, obs. P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS ; *D.* 2017. 1996, obs. P. CROCQ ; *AJ contrat* 2017. 397, obs. A. LECOURT ; *RTD civ.* 2017. 707, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2017. 993, obs. A. MARTIN-SERF ; J*CP E* 2017, 1656 , obs. C. LEBEL ; *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 102 , obs. F. MACORIG-VENIER ; *LEDB* sept. 2017, n° 110u7, p. 7, obs. M. MIGNOT.

Cass. com., 20 sept. 2017, *Sté EDF*, n°15-28.812 ; ECKERT G., *CMP* n°12, déc. 2017, comm. 274; *JCP G* 2017, chron. 1239, n° 25, obs. Ph. DELEBECQUE

Cass. com., 20 sept. 2017, *FS-P+B+I*, n°16-14.065; *Bull. civ.* IV, n° 122 ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 64, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *JCP E* 2018, 1000, note B. BRIGNON ; *RD bancaire et fin.* 2017, comm. 264, note C. HOUIN-BRESSAND ; *RTD civ.* 2017, p. 854, note H. BARBIER ; *D.* 2018, p. 371, note M. MEKKI ; *RTD civ.* 2017. 854, obs. H. BARBIER ;

Cass., 3e civ., 21 déc 2017, n°16-20.675 ; *JCP E* 2018, 1176, note C. LEBEL ; *BJE* mai 2018, n° 115x0, p. 198, obs. J. THERON ; *GPL* 17 avr. 2018, n° 321j0, p. 68, obs. G. BERTHELOT ; *LEDEN* mars 2018, n° 111k4, p. 5, obs. M. HOUSSIN ; *D.* 2018. actu. 5, obs. LIENHARD ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 2018, n°15, p. 63, obs. C. BIDAN ; *APC* 2018, n°39, obs. MAUGER-VIELPEAU

Cass. civ., 31 janv. 2018, n°16-27.873

Cass. com., 28 février 2018, n°16-19.422 ; *D.* 2018. 987, note BALLOT-SQUIRAWSKI; *Rev. sociétés* 2018. 408, obs. HENRY; *JCP E* 2018. 1250, note ZINTY; *ibid.* 1429, no 1, obs. TEHRANI; *LEDEN* 4/2018. 6, obs. MINET; *APC* 2018, no 98, obs. CAGNOLI; *BJE* 2018. 193, avis LE MESLE; *Dr. sociétés* 2018, n°111, note LEGROS; *RJDA* 2018, no 521; *Gaz. Pal.* 10 juill. 2018, p. 59, obs. VOINOT; *RPC* 2018, no 135, obs. SAINTOURENS; *ibid.* 2019, no 32, obs. REILLE; *Dr. et pr.* 2018, no 7, suppl., p. 10, obs. ROUSSEL GALLE ; *Act. proc. coll.* 2018, comm. 98, obs. P. CAGNOLI ; *JCP E* 2018, 1250, note S. ZINTY ; *Rev. sociétés* 2018, p. 408, obs. L.-C. HENRY

Cass. civ., 27 juin 2018, n°17-21.850 ; *D.* 2018. 1388 ; *D. actu.* 12 juill. 2018, obs. KILGUS

Cass. com., 19 sept. 2018, n°17-13.210 ; *Gaz. Pal.* 15 janv. 2019, p. 70 , obs. D. BOUSTANI ; *BJE* janv. 2019, p. 21, note M. HOUSSIN ; *RTD com.* 2019, p. 213 , obs. A. MARTIN-SERF ; *LEDEN* 2018-10, p. 3, obs. F. MÉLIN ; *Cah. entr. diff* ., p. 7, obs. F. REILLE

Cass. civ., 14 nov. 2018, n°17-28.464 ; *JCP A* 2018, act. 873, note L. ERSTEIN ; *Dr. adm.* 2019, alerte 13 ; *AJDA* 2019, p. 671

Cass. com., 19 déc. 2018, n°17-15.883 ; D. 2019. 4 ; *Rev. proc. coll.* 2019. comm. 139, note N. BORGA ; *Gaz. Pal.* 9 juill. 2019, p. 67, note P.-M. LE CORRE ; *RPC* 2019. comm. 63, note P CAGNOLI ; *APC* 2019. 1, note O. STAES ; *RD bancaire* et fin. 2019, comm. 58, obs. C. HOUIN-BRESSAND ; *LEDEN* févr. 2019, n° 112f0, p. 3, obs. P. RUBELLIN

Cass. civ., 22 mai 2019, n°18-15.356 ; AJDA 2019. 2195, note M. AMILHAT ; D. 2019. 1231 ; AJ contrat 2019. 348, obs. J.-D. DREYFUS ; *JCP A* 2019, act. 377 , note L. ERSTEIN

Cass. soc., 5 juin 2019, n°17-17.477

Cass. com. 23 oct. 2019, n°18-14.823 ; D. 2019. actu. 2086 ; *RTD com.* 2020. 466, obs. MARTIN-SERF ; *APC* 2019, no 262, obs. PETIT; *LEDEN* 12/2019. 4, obs. LAFAURIE ; *Gaz. Pal.* 14 janv. 2020, n° 2, p. 78 , obs. D. BOUSTANI

Cass. com., 22 janv. 2020, n°18-21647; *D.* 2020. 212 ; *D.* 2020. 1685, R. DAMMANN et A. ALLE ; *D.* 2020. 1857, obs. F.-X. LUCAS et P. CAGNOLI ; *D.* 2020. 1917, obs. J.-J. ANSAULT et C. GIJSBERS ; *RTD civ.* 2020. 164, obs. C. GIJSBERS ; *JCP E* 2020, 1204 , obs. Ph. PETEL ; *JCP E* 2020, 1119 , note C. FAVRE-ROCHEX ; *RTD civ.* 2020, p. 164 ; *RD bancaire et fin.* 2020, comm. 33 , obs. D. LEGEAIS

Cass. com., 1er juill. 2020, n°19-11.658 ; *LPC* n° 16, oct. 2020, alerte 213

Cass. com., 1er juill. 2020, n°18-25.487; *D.* 2020. actu. 1458; *Rev. sociétés* 2020. 510, obs. REILLE; *RTD com.* 2020. 953, obs. MARTIN-SERF; *APC* 2020, no 200, obs. FIN-LANGER; *Gaz. Pal.* 13 oct. 2020, p. 64, obs. BOUSTANI-AUFAN; *BJE* 9-10/2020. 31, note LAFAURIE ; *RJDA* 2020, no 583; *RPC* 2020, no 154, obs. SAINT-ALARY-HOUIN; *RDBF* 2020, no 112, obs. HOUIN-BRESSAND ; *JCP E* 2020, pan. 1311 ; *RD banc. et fin.* 2020, comm. 112, obs. C. HOUIN-BRESSAND ; *D.* 2020, Act. p. 1458

Cass. com., 7 oct. 2020, n°19-14.807 ; *D.* 2021. 276, note LLEDO; *APC* 2020, no 239, obs. FIN-LANGER ; *LEDEN* 11/2020. 6, obs. MARAUD ; *BJE* 1-2/2021. 15, note FAVARIO; *RJDA* 2021, no 35 ; *RPC* 2021, no 9, obs. VALLANSAN et LELOUP-THOMAS ; *Gaz. Pal.* 12 janv. 2021, p. 67, note Ch. BIDAN

Cass. com., 9 déc. 2020, n°19-17.462

Cass. com., 8 sept. 2021, n°20-12.340, 20-12.341, 20-15.313 ; *BRDA* 19/21, inf. 7; *RJDA* 2022, n°97 ; *Rev. proc. coll.* 2021, comm. 152, note Ch. LEBEL ; *Act. proc. coll.* 2021, alerte 203

Cass. civ, 12 oct. 2022, n°20-16.111 ; *AJDI* 2022. 858

COURS D'APPEL

CA Toulouse, 28 janv. 1974 ; *JCP, éd. Cl*, 1974.11496, note J. A

CA Paris, 11 juill. 1986 ; *D.* 1987. 55, note FABIANI*; Gaz. Pal.* 1988. 1. 87, note BEY; *RTD com.* 1987. 539, obs. MESTRE

CA Douai, 8 mars 1990 ; *D.* 1990. IR 87

CA Paris, 24 mars 1992 ; *RPC* 1993. 98, obs. SOINNE.

CA Paris, 15 déc. 1992, *Assoc. des Franchisés de la Chaîne Confortel Louisiane et Relais Confortel c/ Sociétés Confortel et Corextel* ; *JCP G* 1994, II, 22205

CA Paris, 4 oct. 1996 ; *D. Affaires* 1996, p. 1395

CA Paris, 22 nov. 1996, *Sté Locaplus c/ Girard ès qualités* ; JurisData n°1996-023174 ; *Rev. Jur. dr. aff.* 1997, n°418

CA Versailles, 23 juin 1988, *Richardot ET Omnisports SARL c/ Sporteus SA* ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. 112

CA Grenoble, 13 nov. 2001, *Rev. Huiss.* 2002, p.121

CA Douai, 29 sept. 2005 ; JurisData n°2005-299114.

CA Lyon, 31 mai 2006 ; *Rev. proc. coll.* 2006. 253, obs. ROUSSEL GALLE; *Gaz. Pal.* 6-7 oct. 2006, p. 5, note LEBEL ; *RTD com.* 2006. 675, obs. VALLENS ; *RJ com.* 2007. 71, obs. SORTAIS

CA Douai, 2ème ch., 8 fevr. 2007, n°04/03181 ; *Dalloz* 2007, n°732 ; LIENHARD A

CA Paris, 30 janvier 2008, n°05/21137

CA Bordeaux, 25 juin 2008, n°08/00332 ; VALLANSAN J., « *Plan d'apurement et plan de redressement* », *JCP E.* n°48, 27 nov. 2008, n°2435

CA Paris, 22 sept. 2011, n°10/11758

CA Bastia, ch. civ., 20 juin 2012, n°11/00984

CA Lyon, 3ème ch., 13 mars 2014, n°12/04930

CA Aix-en-Provence, 23 avril 2015, *URSSAF Provence-Alpes-Côte d'Azur c/ SAS Horizon*, n°14/00132

CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 16 déc. 2015, *CPAM des Yvelines*, n°15/13755

CA Rennes, 3e ch. com., 2 février 2016, n°13/08324

JURISPRUDENCE EUROPEENNE

CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/Republik Osterreich [Bund.]*, aff. C-454/06 ; *CMP* 2008, repère 9, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *CMP*. 2008, comm. 186, note W. ZIMMER ; *Dr. adm*. 2008, comm. 132, note R. NOGUELLOU ; *AJDA* 2008, p. 2008, note J.-D. DREYFUS ; *RDI* 2008, p. 501, obs. R. NOGUELLOU ; *RFDA* 2011, p. 98, note H. HOEPFFNER.

CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08 ; *AJDA* 2010, p. 946, note M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *CMP* 2010, n°222, note W. ZIMMER ; *RDI*, p. 385, note R. NOGUELLOU ; *DA*, n°109, note R. NOGUELLOU ; *BJCP*, 2010/71, p. 259

CJUE, 3 févr. 2022, *Advania Sverige et Kammarkollegiet contre Dustin Sverige AB*, n°C-461/20, *CMP* 2022, comm. 110, note E. MULLER

Index

Les numéros indiqués sont ceux des paragraphes

A

Administrateur (judiciaire) – 79, 90, 152, 163, 381, 409 s., 439, 454, 622, 627 s., **632**, 673 s., 680 s., 702 s.

Administration et disposition (actes) – 79, **90 s.**, 152, 163

Admission de la cession – 230 s.

Alerte – 18, 61

Apurement du passif – 116, 388, 564, 745 s., 776, 803, 814 s.

Arrêt des poursuites – 63, 68, 126, **869 s.**, 1003

Autonomie de la volonté – 11, 44 s., 289

Autorisation administrative – 239, 253

AOT (unilatérales ou contractuelles) – 81, **176**, 235, **239**, 300 s., **309**, 385, 431 s., 510, 952 s., 1009

B

Baux – 309, 385, 433, 735,

Bloc de compétence – 432, **847 s.**

Bonne administration de la justice – **921**, 976, 981, 989

C

Cadre budgétaire – 494, **495**, 802

Caution – 447, 511, 560, **561 s.**

Cession du contrat administratif – 229 - 267

Cession judiciaire – 268 - 290

Cessation d'activité – **115**, **383**, 413, 456

Cessation des paiements – 66, 85, 99, 122 s., 143, 158 s., 190, 396 s., 770, 772, 1006

Compensation (dettes et créances) – 521, 539 s., **546 s.**, 560, 995 s.

Compétence juridictionnelle – 847 s.

Comptable public – 497 s., 551 s., 576

Conciliation (procédure) – 19, 63, 84 s., 374 s.

Connexité (v. Compensation)

Consensualisme – 11, 45

Contrat administratif (généralités) – 10, 11, 12

Contrats cessibles – 280 s.

Contrats en cours – 279, 302, 409, 433, 670 s., 680, 700, 813

Contrats publics – 9

Créances : établissement – 886, 1007 s.

Créances : admission – 555 s., 874 s., 888 s.

Créances publiques – 549 s., 583 s., 801 s., 1007 s.

D

Déclaration de créances – 519, 547, 551, 587

Décompte (commande publique) – **506**, 533, **539 s.**, 1007 s.

Délais d'exécution – 437, 508

Délais de jugement – 199, 902, 967 s., 976 s., 982, 1022 s.

Dessaisissement – 90, **163**, 381, 439

Difficulté sérieuse – 971 s.

Donneur d'ordres – 330 s.

Dualisme – 32 s., 1013 s.

E

Égalité entre les créanciers – 573, 589, 746
Entreprises à capitaux publics – 461 s.
Exécution technique – 364 s.
Exécution financière – 484, 504 s.
Exclusion (commande publique) – 105 s., 130 s., 685
Exorbitance administrative/publique – 29, 402 s., 466, 610 s., 654 s., 710 s., 755 s., 820 s.
Exorbitance commerciale – 637 s., 645 s., 653 s.

F

Force obligatoire – 358 s.

G

Garanties – 404, **448**, 468, 511, 543, 561 s.
Groupement (commande publique) – 108, 141, 334 s., 428 s.

H

Habilitation (à présenter une offre) – **130 s.**, 203 s.
Historique – 16, 654 s., 850 s., 863

I

Insolvabilité – 15
Interdiction des paiements – 382, 521, 1004 s.
Intérêt général & continuité du service public – 31, 231, 459 s., 473, 577 s., 740, **755 s.**, 792 s.
Intuitus personae – **233 s.**, 288
Inventaire – 68, 126, **515**

J

Juge-commissaire – 623, 706, 865, 874 s., 879 s.
Jugement d'ouverture – 67, 101, 123 s., 621
Jurisprudence établie – 986 s.

L

Libéralités – 498, 552
Liberté contractuelle – 47 s., 289
Licenciements économiques – 390, 442
Liquidateur (judiciaire) – 102, **633 s.**,
Liquidation judiciaire – **98 s.**, 160, 175, 414, 447, 633 s., 770

M

Mandat *ad hoc* – 62, 85 s., 374 s.
Mandataire (judiciaire) – 554, 627 s., **631**
Modification unilatérale – 694 s., 750 s., 775

N

Nullités de la période suspecte – **395 s.**, 401 s., 524

O

Objectifs des procédures collectives – 169 s., 181 s., 453 s., **729 s.**, 738 s., 782 s.
Option sur les contrats en cours – **409 s.**, 421 s., 431 s., 473, 673, 680 s., 794 s.
Organes de la procédure collective – 125, **619 s., 626 s.**

P

Paiement des contrats – 505 s., 532
Paralysie de clauses – 374, 384, 671
Pénalités contractuelles – 378, 443, 509, 540, 691 s., 749, 789,
Période d'observation – 68, 126, 132 s., 163, 181 s., 199 s., 380 s., 771, 965
Période suspecte (v. Nullités de la période suspecte)
Plan de sauvegarde et de redressement – 69, 127, 138, 147, 194 s.
Plan de cession – **270 s.**, 314
Poursuite de l'activité – 88 s., 181 s., 388, 454 s.
Pouvoirs exorbitants (v. Exorbitance publique)
Prepack cession – 63
Privilège du préalable – 618 s.
Publicité et mise en concurrence – 81, 238, 255 s., 316 s., 425 s., 474

Q

Question préjudicielle – 967 s., 985 s., 1022 s.

R

Recouvrement – 500 s., 516, 576 s.
Redevances – **510**, 1007 s.
Redressement judiciaire – 121 s., 156 s.
Référé préjudiciel – 1002 s.
Refus de cession – 249 s., 295 s.
Régularité fiscale et sociale – **143 s.**, 189 s.
Remise en concurrence – 246 s., 263 s., **316 s.**, 425, 475
Renouvellement (période d'observation) – 201
Réserves (levée des) – **447**, 543 s., 561
Résiliation par le juge-commissaire – 672, 674 s., 706, 895 s.
Résiliation unilatérale dans l'intérêt général – 312 s., 678, 686, 949
Résiliation unilatérale pour faute – 244, 377, 660, **685, 686 s., 688**
Résiliation par l'Administrateur (v. Option)
Revendication des meubles – 486, 520, **951 s.**

S

Sanctions contractuelles (voir Pénalités contractuelles)
Sauvegarde – 65 s., 85 s., 88 s.
Séparation des ordonnateurs et comptables – 490, 496
Service fait – 497, **499**, 500, 506,
Sous-traitance – 330 s., 438
Substitution du cocontractant – 205, 262 s., 335 s., 425, 474

T

Théorie de l'acte clair (v. Difficulté sérieuse)
Théorie générale du contrat administratif – 8, 10, 607, 656 s., 849 s.
Théorie générale du contrat – 11, 44, 358
Tribunal de la procédure – 864

U

Unité du droit – 32 s., 1013 s.

Table des matières

Introduction générale 1

§1. Le périmètre de l'étude 3
A) L'objet principal de la recherche : le contrat administratif 3
B) Un facteur de perturbation : le droit des entreprises en difficulté 7
§2. L'intérêt de l'étude 14
A) Mobiliser les travaux existants 14
B) Confronter les antagonismes 16
§3. La démarche scientifique 20

PARTIE 1

UN CONTRAT ADMINISTRATIF MOINS CONTRACTUEL 23

TITRE 1ER

LA RESTRICTION DU CHOIX DU COCONTRACTANT 27

Chapitre 1

L'accès limité des entreprises en difficulté aux contrats administratifs 29

Section 1 : La liberté d'accès aux contrats administratifs des entreprises entrées volontairement en procédure de traitement de leurs difficultés 33
§1. L'établissement de la liberté d'accès des entreprises soumises à une procédure volontaire de traitement des leurs difficultés aux contrats administratifs 33
A) Les caractéristiques de ces procédures 33
1) Les procédures préventives 33
2) La procédure de sauvegarde 35
B) Le régime d'accès de ces entreprises à la commande publique 37

C) Le régime d'accès aux autres contrats administratifs 38
§2. Un régime équilibré au regard des caractéristiques de ces procédures 41
A) Des procédures préventives et volontaires 41
B) Un débiteur armé pour la poursuite de l'activité 43
Section 2 : L'interdiction d'accès au contrat administratif des entreprises en liquidation judiciaire 47
§1. L'établissement de l'interdiction d'accès des entreprises placées en liquidation judiciaire aux contrats administratifs 47
A) Les caractéristiques de la procédure 47
B) Le régime d'accès aux contrats de la commande publique 49
C) Le régime d'accès aux autres contrats administratifs 50
§2. Un régime équilibré au regard des caractéristiques de la procédure de liquidation judiciaire 51
Section 3 : Le régime juridique imparfait d'accès au contrat administratif des entreprises placées en redressement judiciaire 53
§1. Des limitations à la candidature des entreprises en redressement judiciaire 53
A) L'étendue des restrictions en matière de redressement judiciaire 53
1) Les caractéristiques de la procédure 53
2) Le régime d'accès aux contrats de la commande publique 56
3) Le régime d'accès aux autres contrats administratifs 66
B) Un régime juridique en quête d'équilibre au regard de la nature de la procédure 68
1) Une procédure toujours imposée 68
2) Une gestion généralement encadrée 70
§2. Des limitations excessives à la candidature des entreprises en redressement judiciaire 72
A) L'instauration d'un compromis imparfait 72
1) Un compromis surprotecteur de l'Administration contractante 72
a) La protection excessive de l'action administrative 73
b) Une protection inefficace de l'action administrative 74
2) Un compromis en contradiction avec l'objectif de redressement économique 76
B) Le rééquilibrage de ce compromis 80
1) Des progrès récents 80

a) La délivrance des attestations de régularité sociale et fiscale pendant la période d'observation 81
b) L'absence de prise en compte de la durée du plan de redressement 82
2) Des évolutions attendues 84
a) L'amélioration possible du sort des entreprises en période d'observation dans l'accès à la commande publique 84
b) L'instauration difficile de principes applicables à l'ensemble des contrats administratifs 87

Conclusion du chapitre 1 91

Chapitre 2

La cession judiciaire des contrats administratifs 93

Section 1 : La confrontation de principes antagoniques 97
§1. Le droit commun de la cession des contrats administratifs 97
A) La nécessité d'une autorisation de l'Administration 97
1) Le principe de nécessité de l'autorisation de l'Administration 97
a) Les justifications du principe 98
b) L'établissement du principe 102
2) L'encadrement des conditions d'un éventuel refus 105
B) La limitation accrue de la cessibilité des contrats de la commande publique 108
1) L'apport de la jurisprudence européenne 108
2) L'apport de la réforme du droit de la commande publique 110
§2. La cession judiciaire des contrats dans le cadre des procédures collectives 114
A) Le cadre de la cession judiciaire des contrats 114
1) L'inscription de la cession judiciaire des contrats dans un plan de cession 114
2) Les contrats concernés par la cession judiciaire 116
B) La mise en œuvre d'une procédure exorbitante 119

Section 2 : La nécessaire conciliation de principes antagoniques 123
§1. Le régime de la cession judiciaire des contrats administratifs 123
A) L'impossibilité pour l'Administration contractante de refuser la cession du contrat 123
1) La résolution d'un enjeu prégnant de la conciliation 123
2) Une primauté partielle du droit des entreprises en difficulté 128

B) L'absence dérogatoire de remise en concurrence des contrats de la commande publique 133
1) La résolution d'un enjeu majeur de la conciliation 133
2) Une prise en compte aboutie du droit des entreprises en difficulté 135
§2. L'appréciation de la justesse de la conciliation 137
A) Illustration de la complexité des enjeux de la conciliation 137
1) La situation du sous-traitant en cas de cession judiciaire du donneur d'ordre 137
2) La cession judiciaire du co-traitant d'un groupements d'opérateurs économiques 140
B) Des carences dans le droit positif 143
1) L'ébauche d'une conciliation globale 143
2) La nécessité d'affermir la conciliation 144
Conclusion du chapitre 2 147
CONCLUSION DU TITRE 1 149

TITRE 2

LA PERTURBATION DES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS

151

Chapitre 1

La perturbation de l'exécution technique

153

Section 1 : Les facteurs de la perturbation de l'exécution technique des contrats administratifs 157

§1. Des entraves à l'exécution technique par la mise en œuvre du droit des entreprises en difficulté 157

A) Des entraves nées de l'ouverture d'une procédure 157

1) Des entraves nées de l'ouverture d'une procédure préventive 158

2) Des entraves nées de l'ouverture d'une procédure collective 160

B) Des entraves nées de l'exécution d'un plan 164

§2. L'interruption de l'exécution technique par le droit des entreprises en difficulté 167

A) L'hypothèse d'une nullité du contrat administratif 167

1) La nullité des actes conclus pendant la période suspecte 167

2) La nullité d'un contrat administratif conclu pendant la période suspecte 169

B) La cessation de l'exécution technique du contrat administratif 172

1) La résiliation individuelle des contrats 172

2) La résiliation collective des contrats 173

Section 2 : Le traitement de la perturbation de l'exécution technique des contrats administratifs 177

§1. Des enjeux pour l'exécution technique des contrats administratifs 177

A) La nécessité pour l'Administration de s'assurer du sort du contrat administratif 177

B) La nécessité de maîtriser la poursuite de l'exécution technique 186

C) L'influence des procédures collectives sur le terme du contrat administratif 192

§2. L'appréciation de la justesse de l'articulation des régimes juridiques 194

A) La complexité de la conciliation 195

1) La préservation les objectifs du droit des entreprises en difficulté 195

2) La relégation des divers intérêts publics attachés à l'exécution technique 197
B) Des carences dans le droit positif 198
1) Le constat d'insuffisances dans la coordination de deux droits contradictoires 199
2) La nécessité d'une meilleure conciliation du régime de l'exécution technique des contrats administratifs 200

Conclusion du chapitre 1 205

Chapitre 2

La perturbation de l'exécution financière 207

Section 1 : Des règles financières incompatibles 211
§1. Un régime financier du contrat administratif protecteur des deniers publics 211
A) L'application de règles comptables publiques 211
B) Des modalités d'exécution financière spécifiques aux contrats administratifs 216
§2. Un régime financier de l'entreprise en difficulté étranger à l'intérêt public 220
A) Le régime juridique du recouvrement des créances détenues par l'entreprise en difficulté 221
B) Le régime juridique du recouvrement des créances des tiers sur l'entreprise en difficulté 222

Section 2 : La difficile conciliation des règles financières 227
§1. L'exécution financière du contrat administratif conclu avec une entreprise en difficulté 227
A) Le régime des créances contractuelles détenues sur l'Administration 227
1) Le paiement du contrat selon des modalités classiques 227
2) Les faibles conséquences de la procédure collective sur le paiement du contrat 229
B) Le régime des créances contractuelles détenues par l'Administration 235
§2. La nécessaire conciliation des régimes financiers 246
A) Illustration de la complexité de la conciliation 246
1) La préservation de l'objet du droit des entreprises en difficulté 246
2) La relégation des intérêts publics attachés aux modalités d'exécution financière d'un contrat administratif 248

B) Une ignorance réciproque des deux régimes juridiques 250
1) L'absence de toute logique conciliatrice 250
2) La nécessité de rééquilibrer la conciliation des droits financiers 252

Conclusion du chapitre 2 256

CONCLUSION DU TITRE 2 258

CONCLUSION DE LA PARTIE I 260

PARTIE 2

UN CONTRAT ADMINISTRATIF MOINS ADMINISTRATIF 261

TITRE 1

L'ALTERATION DE L'EXORBITANCE 265

Chapitre 1

Le conflit de double exorbitance 267

Section 1 : L'apparition d'une exorbitance propre aux procédures collectives 269

§1. Des traits spécifiques de l'exorbitance des procédures collectives 269

A) Une spécificité organique majeure 269

1) Des organes spécifiquement mandatés par le juge 270

2) Des organes de la procédure collective spécialisés 273

B) Un régime exorbitant de nature spécifique 278

§2. Des traits communs à l'exorbitance publique dans les procédures collectives 281

A) Des prérogatives analogues 281

B) Un encadrement comparable de l'exorbitance 284

Section 2 : L'altération corrélative des pouvoirs exorbitants de l'Administration 289

§1. Des pouvoirs exorbitants concurrencés par la procédure collective 289

A) La neutralisation partielle du pouvoir de résiliation unilatérale 290

1) Des procédures concurrentes à la résiliation unilatérale administrative 290

2) La préservation de facultés de résiliation du contrat à l'initiative de l'Administration 296

B) La neutralisation de l'effectivité des autres pouvoirs exorbitants 302

§2. Une altération mesurée des régimes exorbitants 306

A) L'absence d'altération directe des règles exorbitantes de la procédure collective 306

B) L'altération modérée des pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante 309

Conclusion du chapitre 1 313

Chapitre 2

La neutralisation des objectifs des deux régimes exorbitants 315

Section 1 : Une neutralisation réciproque 317
§1. La neutralisation des objectifs de la procédure collective 317
A) Des objectifs juridiquement garantis 317
1) La prééminence des objectifs des procédures collectives 318
2) La primauté reconnue des règles de la procédure collective à l'égard des cocontractants publics 320
B) Des objectifs factuellement compromis 322
1) Des atteintes à la pérennité de l'emploi et de l'activité économique 322
2) Une complexification de l'apurement du passif 325
§2. La neutralisation des objectifs de l'exorbitance publique 331
A) Des pouvoirs juridiquement préservés 331
1) La prééminence de l'intérêt général épargnée 331
2) Des pouvoirs exorbitants préservés 334
B) Des objectifs toutefois ébranlés 335
1) L'intérêt général et la continuité du service public confrontés à l'indigence financière du cocontractant 335
2) L'intérêt général confronté à la logique de la procédure collective 338

Section 2 : La nécessaire conciliation des régimes exorbitants 341
§1. Des éléments de conciliation envisageables 341
A) Pour une meilleure prise en compte de la spécificité de l'entreprise en difficulté 341
1) La nécessaire prise en compte des objectifs de la procédure collective 342
2) La nécessaire prise en compte de la fragilité du cocontractant en difficulté 343
B) Pour une meilleure prise en compte de la spécificité du cocontractant public 345
1) La prise en compte de l'intérêt général et du principe de continuité du service public véhiculés par le contrat administratif 345

2) La nécessité d'une prise en compte de la spécificité des créances contractuelles publiques 348
§2. La nécessité d'une législation conciliatrice 350
A) La justification d'une intervention législative au regard du droit positif 350
1) La nécessité d'une intervention législative au regard du droit public 350
2) La nécessité d'une intervention législative au regard du droit privé 353
B) La nécessité d'une traduction large de l'évolution législative 355
Conclusion du chapitre 2 361
CONCLUSION DU TITRE 1 363

TITRE 2

LA CONFUSION DU TRAITEMENT CONTENTIEUX 365

Chapitre 1

La difficile répartition des compétences 367

Section 1 : La rencontre de blocs de compétence juridictionnelle 369
§1. La construction historique de la compétence du juge administratif en matière de contrats administratifs 370
§2. Le sens de la compétence exclusive du juge judiciaire en matière de procédures collectives 372

Section 2 : Les points saillants du conflit de compétence 381
§1. La compétence du juge administratif trompeusement écartée par les principes du droit des entreprises en difficulté 381
A) Le principe d'interdiction des actions en justice des créanciers 381
B) L'exclusivité de la compétence du juge-commissaire dans l'admission des créances durant la procédure collective 382
C) La compétence du juge-commissaire en matière de résiliations prononcées dans le cadre d'une procédure collective 384
§2. La construction d'un régime de répartition complexe du contentieux des créances contractuelles publiques 386
§3. La construction d'un régime de répartition complexe du contentieux pour statuer sur le sort du contrat administratif 389

Section 3 : L'excessive complexité de la répartition des compétences 395
§1. Une répartition critiquée pour sa complexité 395
A) Des critiques générales apportées à la répartition du contentieux 395
B) Des critiques spécifiques apportées au régime de la répartition du contentieux de la résiliation 398
§2. Les clés d'une simplification de la répartition 401

Conclusion du chapitre 1 407

Chapitre 2

La complexification du contrôle des juges 409

Section 1 : L'établissement de la complexité 411
§1. Des difficultés de traitement du contentieux pour les deux ordres de juridiction 411
A) Des difficultés communes de traitement du contentieux 411
B) Des difficultés spécifiques de traitement du contentieux 415
1) Des difficultés pour le juge judiciaire, confronté au droit public 415
2) Des difficultés pour le juge administratif, liées au déroulement de la procédure collective 417
§2. L'usage dilatoire des questions préjudicielles 420
A) Le recours obligatoire aux questions préjudicielles 420
1) Le cadre du recours au questions préjudicielles 420
2) Les modalités du recours aux questions préjudicielles 423
B) La complexification du contentieux liée à la question préjudicielle 425

Section 2 : Pour une simplification du contrôle des juges 429
§1. La nécessaire limitation du recours aux questions préjudicielles 429
A) L'opportunité partielle de statuer au vu d'une jurisprudence établie 429
B) La nécessité d'établir le champ de la jurisprudence établie en matière de contrats administratifs et de procédures collectives 433
1) L'étendue de la jurisprudence établie reconnue comme telle 433
2) L'étendue potentielle de la jurisprudence établie 436
§2. La création d'une voie juridictionnelle d'urgence 441
A) La chimère de la fin du dualisme juridictionnel 442
B) L'impasse de la juridiction paritaire 445
C) L'opportunité d'un *référé préjudiciel* 446

Conclusion du chapitre 2 449

CONCLUSION DU TITRE 2 451

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 453

Conclusion générale 455

Bibliographie 459

Index 505

Table des matières 509

Le droit administratif et le droit des entreprises en difficulté sont caractérisés par leur exorbitance par rapport au droit commun -civil ou commercial-, en particulier en matière contractuelle. Ainsi le droit des contrats administratifs admet, par définition, que l'Administration contractante puisse user de pouvoirs dérogatoires du droit commun, dans un objectif d'intérêt général ou pour préserver la continuité du service public. De même, le droit des entreprises en difficulté permet aux organes de la procédure collective de mettre en œuvre des mesures contraignantes pour l'entreprise contractante en difficulté, y-compris contre la volonté de l'Administration. La nécessité de préserver l'activité économique d'une entreprise et les emplois qu'elle véhicule, comme l'objectif moins prioritaire de rétablir les droits des créanciers, peuvent conduire à une remise en cause des droits de tout cocontractant du débiteur, y-compris ceux de l'Administration elle-même. L'ouverture de la procédure collective à l'égard du cocontractant de l'Administration se traduit par la confrontation de logiques et principes antagonistes ; elle ouvre un champ d'incertitudes théoriques et pratiques considérables. L'objectif de la présente thèse est donc d'étudier ce conflit de double exorbitance, qui se manifeste spécifiquement lorsque, dans le cadre d'un contrat administratif, le cocontractant de l'Administration est placé en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. La rencontre du droit des entreprises en difficulté avec le droit des contrats administratif entraîne la marginalisation partielle des solutions de droit administratif avec notamment une forme de primauté des règles imposées par les organes de la procédure collective sur les facultés de l'Administration contractante. Il convient d'accepter les entorses aux solutions traditionnelles en droit administratif, inhérentes aux impératifs de préservation des emplois, de redressement économique et de paiement des créanciers de l'entreprise en difficulté, tout en dénonçant le manque de clarté, la complexité, voire même le déséquilibre qui se manifestent parfois dans le cadre de cette conciliation.

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR