



Département des
infrastructures (DINF)

Secrétariat général

Place de la Riponne 10
1014 Lausanne

Avis de droit - Marchés publics

Lausanne, le 16 novembre 2007

Appréciation d'un soumissionnaire en sursis concordataire.

La question se pose de savoir comment appréhender, dans le cadre d'une procédure de marchés publics, le cas d'un soumissionnaire en sursis concordataire, que le sursis ait été octroyé avant ou après l'adjudication.

En premier lieu, il convient de rappeler que le sursis concordataire est un délai légal, d'une durée de quatre à six mois¹, octroyé par le juge - sur requête du débiteur ou d'un créancier en mesure de requérir la faillite - pendant lequel les démarches nécessaires à l'élaboration d'un concordat pourront être accomplies officiellement, dans des conditions déterminées par la loi (articles 293 à 304 LP). En résumant à l'extrême, on peut dire que l'élaboration d'un concordat permet aux entreprises en proie à des difficultés de paiement de régler, tout en continuant l'exploitation, leurs problèmes financiers avec leurs créanciers, de manière à ce que tous les intéressés se trouvent dans une situation meilleure que dans le cas d'une faillite². Le but du débiteur est d'obtenir un arrangement avec ses créanciers qui lui permet, dans certains cas, de continuer son activité. La procédure concordataire présente l'avantage d'être très souple et de permettre ainsi une réalisation des actifs du débiteur plus profitable. Il existe plusieurs types de concordat (concordat moratoire, concordat-dividende, concordat par abandon de tout ou partie de l'actif du débiteur, concordat par abandon de tout ou partie de l'actif du débiteur avec un dividende minimum). Dans le concordat par abandon d'actifs (proche de la faillite dans la mesure où il aboutit aussi à une liquidation totale ou partielle du patrimoine du débiteur), les créanciers se contentent du produit de réalisation des actifs et font abandon du solde de leur créance. Cette manière de faire permet au débiteur d'échapper aux actes de défaut de biens et aux actions en responsabilité. En revanche, dans le concordat-dividende, les créanciers se contentent d'un certain dividende, abandonnent le solde et permettent ainsi à l'entreprise de repartir sur des bases saines. Cette solution est appropriée lorsque l'entreprise, pour des raisons conjoncturelles ou structurelles, se trouve confrontée à un surendettement momentané.

1 Prolongeable jusqu'à douze mois et, dans les cas particulièrement complexes, jusqu'à vingt-quatre mois au maximum (art. 295 al. 4 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)).

2 La Vie Economique, 2004, p. 60.

La requête de sursis concordataire constitue une reconnaissance d'insolvabilité au sens de l'article 83 alinéa 1^{er} CO³ (P.-R. Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4^{ème} éd., Payot, 2005, n. 3094). L'octroi du sursis concordataire est communiqué sans délai à l'office des poursuites et au registre foncier (art. 296 al. 1^{er} LP), aucune communication au Registre du commerce n'est en revanche prévue. Pendant la durée du sursis concordataire et quel que soit le type de concordat proposé, le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire nommé par le juge du concordat (art. 295 al. 1^{er} et 298 al. 1^{er} LP), il n'a toutefois plus, sauf autorisation du juge du concordat, le pouvoir d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé⁴, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit (art. 298 al. 2 LP). Aucune poursuite ne peut être exercée contre lui⁵, les délais de prescription ou de péremption cessent de courir. Par ailleurs, le sursis arrête à l'égard du débiteur le cours des intérêts de toute créance qui n'est pas garantie par gage, si le concordat ne prévoit pas de disposition contraire (art. 297 al. 1 à 3 LP). A la fin du sursis, les créanciers sont consultés et le concordat sera homologué par le juge si le débiteur obtient l'accord de la majorité de ses créanciers⁶. Lorsque le concordat n'est pas homologué ou que le sursis est révoqué, tout débiteur doit être immédiatement déclaré en faillite, si un créancier le requiert dans les vingt jours suivant la publication (art. 309 LP).

La législation vaudoise sur les marchés publics ne régit expressément que la situation dans laquelle un soumissionnaire tombe en faillite avant ou après l'adjudication, puisque le règlement d'application de la loi vaudoise sur les marchés publics prévoit qu'une offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire fait l'objet d'une procédure de faillite (art. 32 let. g RLMP-VD) et que l'adjudication peut être révoquée aux mêmes conditions que celles prévues pour l'exclusion de l'offre (art. 40 RLMP-VD)⁷. Ces dispositions légales ne peuvent toutefois pas être appliquées, par analogie, à un soumissionnaire en sursis concordataire. En effet, le caractère "automatique" de l'exclusion de l'offre ou de la révocation de l'adjudication en cas de faillite n'est manifestement pas adapté à la diversité des situations pouvant se présenter en matière de procédure concordataire (cf. les considérations ci-dessus). Dès lors, il convient de traiter le soumissionnaire au bénéfice d'un sursis concordataire de la même façon que celui faisant l'objet de poursuites susceptibles d'entraîner son insolvabilité : l'adjudicateur ne peut prononcer l'exclusion du soumissionnaire ou la révocation de l'adjudication qu'après avoir constaté que le soumissionnaire ne satisfaisait effectivement pas ou plus aux critères d'aptitude exigés pour le marché en question⁸ (notamment s'agissant de sa capacité financière) ou lorsque l'un des autres motifs d'exclusion cités à l'article 32 du RLMP-VD est réalisé.

Il est rappelé à ce stade que l'aptitude du soumissionnaire doit non seulement exister à la date du dépôt de l'offre, mais qu'elle doit aussi subsister jusqu'à la date de l'adjudication du marché, et au-delà jusqu'au terme prévu pour l'exécution du marché. Le pouvoir adjudicateur a, en tout temps, la faculté de procéder à des vérifications complémentaires et de rendre, à l'égard d'un soumissionnaire qui ne satisferait plus aux critères d'aptitude, une décision d'exclusion ou une décision de révocation de l'adjudication. Cette règle implique la prise en compte de faits nouveaux postérieurs à

3 L'article 83 CO a la teneur suivante : "*Si, dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse, la partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été garantie* (al. 1^{er}). *Elle peut se départir du contrat si cette garantie ne lui est pas fournie, à sa requête, dans un délai convenable* (al. 2)".

4 On entend par "actif immobilisé", les biens qui se trouvent en permanence dans le patrimoine du débiteur affecté à son entreprise et qui servent à produire d'autres biens ou services (P.-R. Gilliéron, op. cit., n. 3121).

5 Sauf exceptions citées à l'article 297 al. 2 LP.

6 Détail du calcul des majorités à l'article 305 LP.

7 Idem s'agissant de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (§27 lit. f directives AIMP), de la législation fédérale (art. 11 lit. f LMP) et internationale (art. VIII let. h AMP).

8 Art. 32 lit. a et 40 RLMP-VD.

la date de dépôt des offres ou à celle de l'adjudication lorsqu'ils sont propres à remettre en cause l'aptitude du soumissionnaire, respectivement de l'adjudicataire⁹.

Compte tenu de ce qui précède, on peut conclure que lorsque l'adjudicateur est informé du fait qu'un soumissionnaire se trouve en sursis concordataire, il doit exiger de ce dernier des explications documentées sur sa situation financière, s'assurer qu'il satisfait toujours aux critères d'aptitude demandés pour l'exécution du marché en question et, cas échéant, exiger la fourniture de garanties¹⁰. S'il apparaît vraisemblable que le soumissionnaire ne sera pas en mesure d'exécuter le marché en question ou si les garanties demandées ne sont pas fournies, l'adjudicateur pourra exclure l'offre du soumissionnaire ou révoquer l'adjudication sur la base des articles 32 alinéa 1er lit. a et 40 RLMP-VD, en invoquant le fait que le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés. L'adjudicateur prenant une telle décision devra toutefois - comme pour toute décision administrative - être attentif au respect du principe de la proportionnalité.

Si l'adjudicateur estime, dans un cas d'espèce, qu'une exclusion ou une révocation n'est pas justifiée, il devra surveiller, jusqu'au terme de l'exécution du marché, l'évolution de la situation financière du soumissionnaire et la bonne utilisation des montants qui lui sont versés (paiement des fournisseurs, des sous-traitants, etc.).

Autorité cantonale de surveillance en
matière de marchés publics

9 JAAC 68.10, décision CRM du 1^{er} septembre 2003. Voir aussi note de Denis Esseiva pour les n° S25 et S26, in DC 2/2001, p. 70-71; Arrêt TA VD du 17 juillet 2001, n° GE.2000.0155.

10 S'agissant de l'exigence de garanties, on rappellera que la publication de l'appel d'offres doit contenir la mention que des garanties d'exécution ou de bonne fin pourront être exigées, dans les cas où elles ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres (art. 13 al. 1er lit. m RLMP).