

Le droit du sous-traitant au nantissement ou à la cession de sa créance

■ Le nantissement ou la cession de créance du sous-traitant est autorisé sous réserve du respect par l'entrepreneur principal et par le maître d'ouvrage des conditions posées par le code des marchés publics, qui garantissent l'effectivité de ce droit.

Auteur

Thomas Rouveyran et Gabriel Thonnard du Temple, Avocats à la Cour, Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Marché public • Sous-traitance • Nantissement • Cession de créance • Mise en œuvre • Procédure Daily • Garantie • Créance effective • Sous-traitant/cédant • Acceptation • Agrément • Conditions de paiement

Le sous-traitant régulier d'un marché public est naturellement confronté, dans l'exercice de son activité, aux impératifs de financement que rencontre tout entrepreneur. Il peut donc souhaiter recourir à des instruments de préfinancement bancaire qui faciliteront l'octroi par les banques des crédits nécessaires à ce financement. Dans cette optique, la créance détenue sur la collectivité publique maître d'ouvrage, avec qui le sous-traitant n'entretient aucun lien contractuel mais qui résulte de cette qualité de sous-traitant et du droit au paiement direct qui en découle, revêt un intérêt certain.

Le sous-traitant peut ainsi souhaiter nantir cette créance au bénéfice d'un établissement bancaire, en la lui donnant en gage, ou la lui céder. Dans ce dernier cas, la créance intègre le patrimoine de l'établissement cessionnaire, qui disposera alors d'une garantie plus importante.

Le droit du sous-traitant au nantissement ou à la cession **(I)** nécessite dans tous les cas l'existence d'une créance effective **(II)**. Le maître d'ouvrage dispose, quant à lui, d'une liberté limitée **(III)**.

I. Le droit établi du sous-traitant au nantissement et à la cession de la créance

A) Un principe constant

Le principe d'un droit du sous-traitant régulier à procéder au nantissement ou à la cession de sa créance est incontestable⁽¹⁾. L'article 117 du code des marchés publics dispose ainsi que « le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance. La copie de l'original du marché ou du

(1) S. Braconnier, *Précis du droit des marchés publics*, Le Moniteur, 3^e éd., 2009, p. 210.

certificat de cessibilité prévu à l'article 106 ou, le cas échéant, de l'acte spécial prévu à l'article 114 désignant un sous-traitant admis au paiement direct, est remise à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct».

Ces dispositions ne font que confirmer un principe déjà acquis dans le cadre des codes antérieurs à 2006 et reconnu par la doctrine⁽²⁾.

Il revient ainsi au sous-traitant de faire application des articles 106 à 110 du code des marchés publics, consacrés aux «cession ou nantissement des créances résultant des marchés». La mise en œuvre de ces dispositions doit alors être associée à l'application du régime de droit commun des cession et nantissement de créances défini aux articles 1689 et 2355 et suivants du code civil, ou du régime défini aux articles L. 313-23 à L. 313-29-1 du code monétaire et financier (CMF) issus de la loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite «loi Dailly», applicable aux seules créances professionnelles, au choix du sous-traitant⁽³⁾.

B) Une procédure connue

La procédure Dailly est, en pratique, largement privilégiée par les intéressés pour sa simplicité. Le nantissement et la cession sont en effet réalisés par la simple remise à l'établissement financier d'un bordereau comportant, à peine de nullité, certaines mentions parmi lesquelles «la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement»⁽⁴⁾. Le bordereau est signé par le cédant et daté par le cessionnaire. À cette date, l'opération prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers⁽⁵⁾.

Par ailleurs, le cessionnaire peut à tout moment interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie, pris en la personne du comptable public, de payer entre les mains du cédant en lui notifiant le nantissement ou la cession. Le débiteur ne peut alors se libérer valablement qu'auprès de l'établissement de crédit⁽⁶⁾.

Enfin, le cessionnaire peut demander au débiteur de s'engager à le payer directement, par un «acte d'acceptation de la cession ou nantissement». En cas d'acceptation, «le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur des rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur»⁽⁷⁾.

Parallèlement, le sous-traitant remet à l'établissement financier la copie de l'original du marché constituant un exemplaire unique, un certificat de cessibilité ou l'acte spécial le désignant comme sous-traitant admis au paiement direct, préalablement transmis par le maître d'ouvrage. L'établissement financier adresse alors le document au comptable assignataire comme pièce justificative pour le paiement⁽⁸⁾. Cette formalité doit permettre d'éviter qu'une entreprise ne cède ou nantisse plusieurs fois la même créance. À défaut d'accomplissement, le cessionnaire ne peut obtenir le paiement de sa créance.

(2) F. Moderne, *La sous-traitance des marchés publics*, Dalloz, 1995, § 445s.

(3) *Concl. N. Boulouis sur CE, 9 mai 2005, Sté Schüco International*, n°266060, BJCP, n°41 p.292.

(4) Art. L.313-23 du code monétaire et financier.

(5) Art. L.313-25 du code monétaire et financier.

(6) Art. L.313-28 du code monétaire et financier.

(7) Art. L.313-29 du code monétaire et financier.

(8) Art. 106 du code des marchés publics.

Le bénéficiaire de la cession ou du nantissement doit également le notifier ou signifier au comptable public assignataire, et lui interdire ainsi de payer entre les mains du cédant. Le débiteur ne peut alors se libérer valablement qu'auprès du cessionnaire⁽⁹⁾.

La cession ou le nantissement de la créance met ainsi en relation trois personnes: le sous-traitant (le cédant) qui, en garantie des avances que lui accorde un établissement de crédit (le cessionnaire), lui cède la créance qu'il détient sur un tiers débiteur de la créance (le cédé), soit le maître d'ouvrage dans le cadre d'un marché public.

II. La nécessité d'une créance effective

Le droit du sous-traitant au nantissement ou à la cession de sa créance reste évidemment conditionné par l'existence effective de sa créance.

À cet égard, le respect des conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement, qui permettent de garantir le sous-traitant contre d'éventuels nantissements ou cessions concurrents opérés par l'entrepreneur principal, revêt une importance particulière.

A) L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement

Les conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement sont définies à l'article 114 du code des marchés publics qui distingue trois cas de figure.

1. À l'occasion du dépôt de l'offre et de la conclusion du marché.

Le titulaire du marché peut tout d'abord formuler une demande de sous-traitance à l'occasion du dépôt de l'offre et de la conclusion du marché. Le titulaire et les sous-traitants reçoivent alors du pouvoir adjudicateur un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité, indiquant pour chacun le montant maximal de la créance qu'ils sont autorisés à céder.

En application des dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, le titulaire du marché ne peut nantir ou céder qu'une créance correspondant à la part du marché qu'il exécute personnellement. Le montant des prestations réalisées par les sous-traitants est ainsi logiquement déduit du montant que le titulaire est autorisé à céder.

Dans le cadre des cessions ou nantissements de créance consentis, les exemplaires uniques ou certificats de cessibilité peuvent ensuite être remis aux établissements financiers, en même temps que les bordereaux Dailly.

2. Après le dépôt de l'offre, en cours d'exécution du marché.

La demande de sous-traitance peut également être formulée après le dépôt de l'offre, en cours d'exécution du marché. Là encore, le titulaire ne peut nantir ou céder que la part du marché qu'il exécute personnellement. Il est alors tenu d'attester «qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, dans les conditions prévues à l'article 116».

Il doit alors produire, à l'appui de la demande, l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré. Si la créance a déjà été cédée ou nantie, il doit produire

(9) Art. 107 du code des marchés publics.

une attestation ou une mainlevée du cessionnaire justifiant, le cas échéant après réduction du montant cédé ou nanti, que ce montant ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée.

L'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement peuvent alors être constatés par un acte spécial signé des deux parties. L'exemplaire unique, modifié à la mesure de la réduction de sa créance, est ensuite restitué au titulaire du marché.

3. En modifiant les prestations sous-traitées.

Enfin, l'entrepreneur principal peut envisager de modifier les prestations sous-traitées en augmentant la part du marché confiée à un sous-traitant bénéficiant du paiement direct. Les prestations visées représenteraient alors un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial.

Là encore, le titulaire du marché doit demander la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou encore justifier que le montant de la créance déjà cédé ou nanti ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée.

Ajoutons que toutes les modifications dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants nécessitent l'exécution de formalités similaires.

B) Une garantie protégée

Conformément à l'article 114 du code des marchés publics, un pouvoir adjudicateur ne peut, en l'absence de modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité, ou de justificatif du cessionnaire de la créance de l'entrepreneur principal, valablement accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement. À défaut, la sanction applicable s'avère rigoureuse pour les parties.

En application d'une jurisprudence constante, le pouvoir adjudicateur qui a agréé un sous-traitant sans obtenir du titulaire la remise de son exemplaire unique ne peut opposer au cessionnaire du titulaire du marché le fait qu'il se serait libéré de sa dette en payant directement le sous-traitant⁽¹⁰⁾. Il est alors tenu de faire droit à la demande du cessionnaire en procédant à un second versement, au profit de ce dernier.

Par ailleurs, la méconnaissance de ce dispositif s'avère particulièrement dommageable pour le sous-traitant. Le juge administratif considère en effet qu'en l'absence de réduction de la créance déjà nantie ou cédée par le titulaire du marché, le sous-traitant accepté ne peut prétendre au bénéfice du paiement direct⁽¹¹⁾.

Or, ce droit au paiement direct du sous-traitant, qui justifie la créance détenue sur le maître d'ouvrage, constitue non seulement une garantie de paiement des prestations exécutées, mais aussi le fondement sur lequel le sous-traitant s'appuie pour nantir ou céder cette créance.

Par conséquent, dès lors que le cédant d'une créance ne peut céder plus de droit qu'il n'en a lui-même, l'établissement

financier cessionnaire d'un sous-traitant ne peut que se heurter à l'inexistence de la créance cédée si les conditions de l'agrément du sous-traitant tenant à la réduction des créances nanties par l'entrepreneur principal n'ont pas été respectées.

Il ne peut alors, en l'absence de créance initiale, faire valoir sa situation de cessionnaire et le droit du sous-traitant au nantissement de sa créance.

Ainsi, les dispositions de l'article 114 du code des marchés publics, si elles ne visent pas directement et expressément le droit du sous-traitant au nantissement ou à la cession de sa créance, contribuent néanmoins largement à garantir l'effectivité de ce droit.

En imposant la modification des exemplaires uniques ou des attestations de disponibilité du titulaire du marché ou même la production de document attestant l'absence d'obstacle au paiement direct du sous-traitant, ces dispositions permettent de prévenir la cession ou le nantissement de créances concurrentes et de garantir la disponibilité de la créance transférée au sous-traitant.

Le sous-traitant, qui se voit remettre un exemplaire unique ou une attestation de disponibilité conformément aux dispositions de l'article 117 du code des marchés publics, peut alors faire valoir sa créance auprès d'un établissement financier.

III. La marge de manœuvre réduite du maître d'ouvrage

Il convient enfin de souligner que le maître d'ouvrage confronté au nantissement ou à la cession de créance opérée par un sous-traitant dispose d'une marge de manœuvre limitée à l'égard du cessionnaire.

En l'absence de lien contractuel avec le sous-traitant, le maître d'ouvrage ne peut opposer aux demandes de paiement du sous-traitant validées par l'entrepreneur principal aucune exception tirée des conditions d'exécution du marché, telle que des malfaçons.

Le même principe doit naturellement être transposé au cessionnaire de la créance, si bien que les factures émises par le sous-traitant et visées par le titulaire doivent être payées entre les mains du cessionnaire⁽¹²⁾. Il appartient seulement au maître d'ouvrage de vérifier le montant de la créance qui lui est opposée. Il est en droit de déduire de ce montant les sommes correspondant à des prestations inexécutées⁽¹³⁾.

Certains auteurs ont pu déplorer cette situation, en soulignant sa contradiction avec le principe selon lequel un paiement ne peut intervenir en l'absence de service fait et l'interdiction faite aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas⁽¹⁴⁾. En ce sens, la contractualisation des relations du maître d'ouvrage et du sous-traitant a pu être suggérée pour pallier cette lacune⁽¹⁵⁾. Cette voie n'a toutefois pas encore été empruntée et, en l'état actuel du droit, il n'existe toujours aucun

(12) CAA Bordeaux, 1^{er} juin 1993, *Ville de Toulouse c. SBCIC*, n°91BX00568.

(13) CE, 29 juin 2005, *Sté des Établissements Cabrol Frères*, n°265952.

(14) CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n°79962.

(15) F. Sabiani, *La cession de la créance du sous-traitant, Droit et ville*, 2004, p.96 s.

(10) CAA Lyon, 19 juin 1997, *Sté National Westminster Bank*, n°94LY00774; CE, 6 décembre 1999, *Ville de Marseille*, n°189407.

(11) CE, 2 juin 1989, *SA Phinélec*, n°67152; CAA Lyon, 11 mai 2006, *Sté Qualia c/ OPHLM D'Auxerre*, n°01LY00279.

lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant⁽¹⁶⁾. Ajoutons par ailleurs que la marge de manœuvre du maître d'ouvrage est nulle lorsque, à la demande du cessionnaire d'un sous-traitant, il a accepté inconditionnellement le nantissement ou la cession Dailly en application de l'article L. 313-29 du CMF. En effet, cette acceptation crée à sa charge une obligation de paiement distincte de la créance initiale du cessionnaire. Par conséquent, le maître d'ouvrage ne peut opposer au cessionnaire aucune exception tirée de ses rapports avec l'entreprise sous-traitante cédante, telle l'inexécution des travaux⁽¹⁷⁾. Dès lors, il ne peut qu'être recommandé aux collectivités publiques de ne procéder qu'avec mesure à de telles acceptations, qui paraissent elles aussi contraires à la règle du service fait et à l'interdiction faite aux personnes publiques de payer des sommes indues⁽¹⁸⁾.

In fine, si le principe d'un droit du sous-traitant d'un marché public au nantissement ou à la cession de sa créance ne souffre aucune discussion, sa mise en œuvre reste subordonnée à l'absence de cession ou nantissement concurrent par l'entrepreneur principal. Cette absence de concurrence est garantie par la réduction des créances cédées ou nanties et par la modification des exemplaires uniques ou certificats de cessibilité remis au titulaire du marché. Dès lors, tout sous-traitant pressenti doit s'assurer du respect, par l'entrepreneur principal et par le maître d'ouvrage, des dispositifs prévus par le code des marchés publics. Ils permettent en effet de garantir l'effectivité de ce droit. Pour leur part, les maîtres d'ouvrage publics, pour lesquels le nantissement ou la cession de créance du sous-traitant n'est pas sans incidence, ne sauraient se désintéresser complètement des conditions dans lesquelles les entrepreneurs exécutent et financent les marchés qu'ils attribuent.■

(16) Instruction n° 10-027-MO du 2 novembre 2010 de la DGFP relative aux marchés publics et à la sous-traitance, p. 5.

(17) CAA Paris, 19 juin 2007, OPAC de PARIS, n° 01PA02198.

(18) P. de Géry, *Cession ou nantissement de créance – Loi Dailly*, Droit des marchés publics, Éditions du Moniteur, V. 320, 2009, p. 9.