

Cessions et nantissements de créances issus d'un accord-cadre

- Les accords-cadres permettent de séparer la procédure de choix du (des) prestataire(s) et l'attribution des commandes effectuées lors de la survenance du besoin, et ainsi de planifier et d'optimiser l'achat public.
- Dès lors, les obligations qui découlent du seul accord-cadre ne suffisent pas à déterminer précisément – donc à garantir – un montant minimum de commandes, sauf dans le cas de l'accord-cadre mono-attributaire.
- Partant, la cession ou le nantissement d'une créance issue d'un simple accord-cadre ne peut être valablement envisagé.

Auteurs

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

Mots clés

Accord-cadre • Accord-cadre mono-attributaire • Marché subséquent • Cession de créance • Nantissement de créance

Les collectivités publiques qui recourent à des accords-cadres dans les conditions de l'article 76 du code des marchés publics peuvent être confrontées au souhait de leurs cocontractants de procéder à la cession ou au nantissement des créances issues du contrat. Ce faisant, les titulaires des accords-cadres entendent bénéficier d'un instrument de préfinancement bancaire qui facilitera l'octroi par les banques des crédits nécessaires au financement de leur activité.

On peut alors légitimement s'interroger sur les conditions dans lesquelles de telles garanties peuvent être constituées sur un accord-cadre, au regard des spécificités de ces contrats et des dispositions du code des marchés publics consacrées aux cessions et nantissements des créances résultant des marchés. Un état des lieux est donc nécessaire, maintenant que le régime des accords-cadres est largement connu et utilisé par les praticiens.

I. Principes gouvernant les accords-cadres

A) Le cadre

Les accords-cadres, définis à l'article 1^{er}-I du code des marchés publics, fixent le cadre dans lequel les marchés subséquents auront vocation à être attribués.

L'article 76-II du code, relatif au régime des accords-cadres, dispose ainsi que «les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre».

L'article 76-I précise par ailleurs que «dans ces accords-cadres le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum».

Il convient alors de préciser que, si l'accord-cadre est conclu sans minimum ou sans minimum ni maximum, l'engagement de maintenir un certain niveau de commande ne présente aucun caractère contractuel⁽¹⁾. Le titulaire de l'accord-cadre n'est alors pas en mesure de revendiquer un niveau particulier de commande de la part de la collectivité.

B) Accord-cadre mono-attributaire et accord-cadre multi-attributaire

Dans l'hypothèse d'un accord-cadre mono-attributaire fixant un montant minimum, la solution dégagée en matière de marchés à bon de commande paraît en revanche devoir être transposée. En conséquence, le pouvoir adjudicateur est tenu de conclure des marchés fondés sur l'accord-cadre à hauteur du montant minimum, sauf à indemniser le titulaire.

Ce principe ne saurait toutefois être appliqué pour un accord-cadre multi-attributaire fixant un minimum puisque les titulaires de l'accord-cadre sont remis en concurrence pour chaque marché subséquent. Aucun ne saurait donc se voir garanti un montant minimum de commandes.

Il ressort de ces éléments que les accords-cadres ne constituent que des avant-contrats dont les composantes n'auront vocation à être mises en œuvre que dans le cadre des marchés subséquents. Dès lors, le seul accord-cadre ne suffit pas à déterminer un ensemble d'obligations réciproques à la charge des parties. Les obligations découlant d'un accord-cadre ne sauraient être mises en œuvre en dehors des marchés subséquents, sauf le cas particulier d'un contrat mono-attributaire fixant un montant minimum et dès lors que ce minimum n'est pas atteint au terme du contrat.

II. Principes gouvernant la cession et le nantissement de créances

A) Un régime de droit privé

La cession et le nantissement de créances civiles font l'objet de régimes de droit commun définis respectivement aux articles 1689 et suivants et 2355 et suivants du code civil. La cession et le nantissement de créances professionnelles, pour leur part, sont régis par les dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-29-1 du code monétaire et financier, issues des dispositions de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite loi Dailly.

L'article L. 313-23 du code monétaire et financier dispose ainsi que « tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle ».

Enfin, les articles 106 à 110 du code des marchés publics sont consacrés à la cession ou au nantissement des créances

résultant de marchés publics et définissent des principes destinés à protéger les intérêts des parties.

Ainsi le pouvoir adjudicateur doit-il remettre au titulaire du marché, pour lui permettre de céder ou nantir sa créance, « une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée par lui, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir des créances résultant du marché » ou « un certificat de cessibilité » qui sera ensuite remis par l'organisme bénéficiaire du nantissement au comptable assignataire, en tant que pièce justificative pour le paiement (art. 106). Une telle 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. Le bénéficiaire de la cession ou du nantissement doit également le notifier ou signifier au comptable public assignataire, pour encaisser ensuite le montant de la créance (art. 107). Il dispose également auprès du pouvoir adjudicateur d'un droit d'information sur les conditions d'exécution du marché dont résulte la créance cédée ou nantie (art. 109).

B) La combinaison du droit privé et du code des marchés publics

Les principes posés par le code des marchés publics n'ont pas pour objet d'établir un troisième régime de cession ou nantissement mais plutôt de définir les conditions d'application des deux régimes existants dans le cadre des marchés publics. Les dispositions des articles 106 à 110 doivent donc être combinées à celles précitées du code civil ou du code monétaire et financier. De surcroît, il ressort d'une pratique constante que les cessions et nantissements de créances relatives à des marchés publics s'effectuent essentiellement en application des dispositions du code monétaire et financier, en raison du formalisme simplifié qui y est défini.

Dès lors, le nantissement d'une créance issue d'un marché public et conforme au dispositif Dailly peut être défini comme le contrat par lequel le titulaire du marché donne en gage la créance qui résulte de l'exécution du marché pour faciliter le financement de son activité par un établissement bancaire. De même, la cession de créance peut être définie comme le contrat par lequel un professionnel cède à un établissement de crédit une créance qu'il détient à l'encontre d'un débiteur cédé afin de garantir l'établissement de crédit cessionnaire du remboursement des avances que celui-ci lui a consenties.

La différence entre cession et nantissement de créance réside donc dans le transfert d'un patrimoine à un autre qu'opère la cession sur la créance visée. La cession et le nantissement de créance mettent ainsi en relation trois personnes : le titulaire du marché, 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 la collectivité publique dans le cadre d'un marché public.

Le champ d'application du code des marchés publics et les caractéristiques respectives des cessions/nantissements de créance et accords-cadres fragilisent la cession ou le nantissement de créances sur un accord-cadre.

(1) S. Braconnier, Précis du droit des marchés publics, Éditions du Moniteur, 3^e éd. 2009, p.229 — CAA Paris 17 octobre 2006, Sté Générale de brochure-reliure, n° 03PA04576.

III. Limites résultant du champ d'application des dispositions du code des marchés publics

A) L'exclusion des accords-cadres

Les articles 106 à 110 du code des marchés publics ne s'appliquent pas aux « accords-cadres » passés en application de l'article 76 du code des marchés publics. On rappellera à ce stade que les dispositions de l'article 1^{er} du code des marchés publics distinguent la définition des « accords-cadres » de celle des « marchés publics », définis comme « les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». En conséquence, un « accord-cadre » ne saurait être assimilé à un « marché public ».

Or les articles 106 à 110 du code des marchés publics, qui constituent une sous-section intitulée « cession ou nantissement des créances résultant des marchés », ne visent que les « marchés publics ». Ainsi, sont seuls évoqués dans le corps du dispositif la cession et le nantissement de créances issues des « marchés publics » et de leurs diverses formes ou modalités d'exécution particulières.

Sont notamment abordés les cas particuliers du « marché à bons de commande » et du « marché à tranches » (art. 106 al.8) ou encore d'un « marché exécuté par un groupement conjoint » ou par un « groupement solidaire » (art. 106 al. 9 et 10). L'hypothèse d'une sous-traitance est également envisagée (art. 107 al. 4).

En revanche, les « accords-cadres » ne sont jamais mentionnés et il n'est jamais fait référence à l'éventualité d'une cession de créance ou du nantissement d'un simple « accord-cadre ». Un auteur, relevant que l'article 106 du code des marchés publics ne vise que les marchés publics alors que les accords-cadres ne peuvent être qualifiés comme tels, a pu souligner l'impossibilité de procéder à une cession de créance dans le cadre d'un simple « accord-cadre ». Cette cession « ne peut ainsi être honorée que sur la base de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité du marché passé sur le fondement de ces accords »⁽²⁾.

Au vu de ces éléments, la cession ou le nantissement d'une créance issue d'un accord-cadre ne saurait être envisagé dans le cadre des articles 106 et suivants du code des marchés publics, que l'accord-cadre précise un montant maximum et un montant minimum, un montant maximum ou un montant minimum.

Relevons toutefois que la cession ou le nantissement des créances issues des marchés subséquents de l'accord-cadre, qui constituent autant de marchés publics à part entière, ne paraît poser aucune difficulté. Il peut alors être procédé conformément aux articles 106 à 110 du code des marchés publics. Il revient alors au pouvoir adjudicateur de remettre au titulaire du marché subséquent un exemplaire unique du marché ou un certificat de cessibilité. Ce document est ensuite transmis au cessionnaire de la créance pour servir de pièce justificative de paiement auprès du pouvoir adjudicateur. Il revient par ailleurs au cessionnaire de notifier la cession au comptable public de la collectivité débitrice, qui ne peut alors plus payer entre les mains du cédant et ne peut se libérer valablement de sa créance qu'auprès du cessionnaire.

(2) P. de Géry, *Droit des marchés publics*, V. 320, « Cession ou nantissement de créance-Loi Daily », Éditions du Moniteur.

B) Un retour au code civil ou au code monétaire et financier

Le dispositif issu des articles 106 à 110 du code des marchés publics n'étant pas applicable aux accords-cadres, une cession ou un nantissement de créance opéré sur les bases du seul code civil ou code monétaire et financier pourraient être envisagés. Des réserves peuvent toutefois être formulées, à titre préalable, dès lors que les accords-cadres sont soumis aux dispositions du code des marchés publics, conformément à son article 1^{er}, et que leur régime doit donc obéir aux principes qu'il pose.

Ainsi, le silence du code sur la cession ou le nantissement des créances issues des accords-cadres, alors qu'ils sont expressément prévus pour l'ensemble des marchés publics, pourrait être assimilé à une impossibilité pure et simple de l'envisager. La valeur législative des dispositions du code des marchés publics, en tant qu'elles s'appliquent aux collectivités territoriales, pourrait être également invoquée à l'appui de ce raisonnement. En effet, les dispositions du décret-loi du 12 novembre 1938, toujours en vigueur, ont habilité le pouvoir réglementaire à intervenir en matière de marchés et à modifier ainsi des dispositions relevant, en application des dispositions de la Constitution de 1958 relatives à la libre administration des collectivités territoriales, du domaine législatif⁽³⁾.

Dès lors, il pourrait être soutenu que, la loi spéciale dérogeant à la loi générale, le silence du code des marchés public interdit le nantissement d'un accord-cadre, même si le code civil et le code monétaire et financier ne formulent aucune interdiction spécifique.

On soulignera encore que les auteurs qui abordent la question de la cession ou du nantissement de la créance issue d'un accord-cadre ne paraissent pas l'envisager en dehors de la seule question du champ d'application des articles 106 et suivants du code, et soulignent par ailleurs la possibilité de céder et nantir les créances résultant des marchés subséquents⁽⁴⁾.

Mais à supposer que puisse être admis dans son principe le nantissement de l'accord-cadre en dehors du code des marchés publics, d'autres considérations paraissent, en pratique, l'empêcher et expliquer le silence du code des marchés publics.

IV. Difficultés résultant des caractéristiques des cessions et nantissement de créances et de l'accord-cadre

Soulignons tout d'abord que la cession ou le nantissement d'une créance suppose naturellement, et en tout premier lieu, l'existence même d'une créance. Trois personnes distinctes seront, ensuite seulement, mises en relations autour de cette créance : le cédant, titulaire de la créance, le cessionnaire, qui bénéficiera de la garantie formée par la cession ou le nantissement et le cédé, qui doit être le débiteur d'une créance du cédant. Rappelons également qu'un accord-cadre comporte des obligations qui ne sont pas opérationnelles par elle-même et qui n'ont

(3) CE ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n°238039.

(4) P. de Géry, préc. ; N. Charrel et M. Crahès, « L'accord-cadre : un outil innovant ? Quelles clauses prévoir ? », CP-ACCP, n°66, mai 2007, p.56.

vocation à être mises en œuvre que dans le cadre des marchés subséquents.

Le titulaire d'un accord-cadre ne peut donc, en principe, s'appuyer sur son seul contenu, en l'absence de marché subséquent, pour revendiquer la moindre créance à l'égard du pouvoir adjudicateur. En conséquence, une partie de la doctrine a pu souligner que « les dispositions permettant la cession ou le nantissement d'une créance ne peuvent être appliquées à l'accord-cadre lui-même, mais uniquement aux marchés subséquents du fait de la spécificité de l'accord-cadre »⁽⁵⁾. Plus précisément, « ceci est spécifique à l'accord-cadre qui en lui-même ne génère aucune prestation ni aucune commande et ne peut donc être soumis à cession de créance ou nantissement »⁽⁶⁾.

Une seule exception paraît toutefois envisageable, pour le cas d'un accord-cadre mono-attributaire faisant état d'un montant minimum. Le titulaire de l'accord-cadre pourrait, en théorie et sous réserve des limites que nous évoquons, s'appuyer sur le seul accord-cadre pour revendiquer, en l'absence de marché subséquent attribué à hauteur du minimum garanti, une indemnisation.

Au vu de tous ces éléments, l'éventualité d'une cession ou d'un nantissement de créance sur un accord-cadre apparaît difficilement envisageable, en l'absence de créance certaine à l'encontre du pouvoir adjudicateur. Précisons par ailleurs que, comme énoncé à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier, la créance qui fait l'objet d'une cession ou d'un nantissement doit être « liquide et exigible », ce qui implique qu'elle fasse l'objet d'une évaluation en argent et qu'elle ne soit affectée d'aucun terme suspensif.

En l'absence de créance liquide et exigible, la mise en place d'un nantissement ou d'une cession de créance ne saurait être envisagée. Ainsi, la cour administrative d'appel de Paris, se prononçant sur une cession de créance établie en application des dispositions du code monétaire et financier, a pu se fonder sur la circonstance qu'en l'espèce « les droits et obligations définitifs des parties n'[étaient] pas déterminés » pour en déduire qu'il n'existait aucune créance certaine sur la personne publique et que, par conséquent, l'établissement financier cessionnaire ne pouvait valablement faire valoir la garantie dont il croyait bénéficier⁽⁷⁾.

Dès lors, en l'absence d'engagement financier résultant de l'accord-cadre, aucune créance certaine ne peut être établie et justifier la cession ou le nantissement d'une créance issue de l'accord-cadre. Une difficulté similaire peut être identifiée en matière de marchés à bons de commande, dont le régime se rapproche, par certains aspects, de celui des accords-cadres. Pour ces marchés, en l'absence de montant minimum et maximum, l'exemplaire unique ne pourra, en pratique, être délivré que pour chaque bon de commande, le marché lui-même ne comportant aucun engagement financier.

L'ensemble de ces éléments est de nature à établir l'impossibilité pour l'accord-cadre de faire l'objet d'une cession ou d'un nantissement de créance dès lors qu'il ne comporte aucun engagement financier du pouvoir adjudicateur.

Enfin, une dernière difficulté pourrait résulter de l'attitude des comptables publics. En effet, les dispositions du code des marchés publics définissent la procédure qui doit être suivie par les cessionnaires pour obtenir de la collectivité publique débitrice le versement de la créance correspondante. Elles définissent ainsi clairement le rôle du pouvoir adjudicateur et du comptable public.

Ces dispositions ne visent que les marchés publics, mais pas les accords-cadres, qui sont eux-mêmes soumis au code des marchés publics. Dès lors, en l'absence de dispositions du code précisant les modalités de cession ou nantissement des créances issues d'accords-cadres, le cessionnaire pourrait se heurter au refus du comptable public de lui verser la créance visée.

Rappelons ainsi que la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit avait modifié les dispositions, de l'article 1^{er} de la loi Dailly du 2 janvier 1981 pour lever toute ambiguïté sur l'application de cette loi aux personnes morales de droit public. Ces modifications visaient à mettre un terme à l'opposition de certains comptables publics qui, au motif que le code des marchés publics ne faisait état que du nantissement, refusaient d'appliquer le dispositif de cession de créance aux marchés publics. Ainsi, en l'absence de précisions figurant au code des marchés publics, il ne saurait être exclu que le comptable public auquel serait soumis la cession ou le nantissement d'une créance résultant d'un accord-cadre s'oppose à tout versement au profit du cessionnaire.

Le comptable public pourrait notamment faire valoir qu'en l'absence de procédure d'exemplaire unique ou de certificat de cessibilité comparable à celle qui est prévue à l'article 106, il n'existe aucun moyen de s'assurer que la créance correspondant n'a pas fait l'objet de plusieurs cessions ou nantissements.

Conclusion

La cession ou le nantissement d'une créance issue d'un simple accord-cadre ne peut être valablement envisagé que dans le cadre d'un accord-cadre mono-attributaire et dans l'hypothèse où un montant minimum aurait été fixé. Par conséquent le simple accord-cadre ne paraît pas constituer, pour les entreprises qui traitent avec les pouvoirs adjudicateurs, un outil adéquat de préfinancement de leurs activités.

Le seul moyen de pallier cette lacune consisterait, pour les collectivités publiques, à généraliser le recours à des accords-cadres mono-attributaire avec montant minimum. Nul doute que le dispositif de l'accord-cadre, dont l'intérêt réside pour l'essentiel dans la possibilité de remettre en concurrence plusieurs prestataires, perdrait alors une grande part de sa substance. ■

(5) N. Charrel et M. Crahès, *préc.*

(6) M. Crahès, « L'accord-cadre en matière de travaux », JCP A, n° 3, 15 janvier 2007, p. 2009.

(7) CAA Paris 20 novembre 2007, *Crédit Lyonnais*, n° 06PA02988.