

La cession de créances attachées à un contrat public

Si le régime juridique de la cession de créances « publiques » est principalement fixé par le droit privé (Code civil, Code monétaire et financier), des adaptations liées aux spécificités du droit public sont néanmoins nécessaires.

La cession de créances est une opération juridique aujourd'hui bien connue du droit public des affaires. Limité au départ au seul marché public, le dispositif est, depuis, sollicité dans les contrats de partenariat mais également dans les concessions de service public. Le sujet suscite, en droit, une question simple : comment un outil produit par le droit privé peut-il être appliqué à une créance « publique », une créance due par une personne publique dans le cadre de l'exécution d'un contrat qui a pour objet la satisfaction d'une utilité publique ? La réponse ne surprendra pas : le régime juridique de la cession de créances est fixé par le droit privé, mais doit fatalement s'adapter aux exigences du droit public.

Le régime de la cession de créances « publiques »

La définition de la cession de créances, la nature des créances « publiques » qui peuvent être cédées et les effets que la cession produit sur les créances sont, pour l'essentiel, fixés par le droit privé.

La définition de la cession de créances « publiques »

La cession de créances se définit comme un acte par la voie duquel le créancier cocontractant d'une personne publique (le cédant) transfère à un établissement de crédit (le cessionnaire) les créances qu'il détient sur la personne publique (le débiteur cédé). Et le fondement de cette opération juridique repose effectivement sur le droit privé, lequel distingue lui-même essentiellement deux catégories de cessions de créances. La cession de créances de droit commun, dont le régime est maintenant fixé aux articles 1321 et suivants du Code civil, est la plus ancienne ; mais elle demeure aujourd'hui très peu mobilisée en pratique, parce que le dispositif est jugé relativement complexe et onéreux, notamment en considération de ce que la cession doit être signifiée par huissier de justice au comptable public. C'est la cession de créances *Dailly* qui a les faveurs de chacun ; et c'est donc de cet outil dont il sera principalement ici question. Le régime de la cession *Dailly* est fixé aux articles L. 313-23 et suivants

Auteur

Alexandre Vandepoorter
Avocat associé, Seban et associés

Mots clés

Acceptation • Cession Dailly • Définition • Indemnités
• Jurisdiction compétente • Service public

du Code monétaire et financier, et couvre explicitement les créances détenues sur une personne publique : « tout crédit qu'un établissement de crédit ou qu'une société de financement 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 ou de cette société, 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 ». Contrairement à la cession de créances de droit commun, le formalisme qui entoure la cession *Dailly* est donc plus souple : la cession s'opère par simple bordereau, et au-delà elle peut être notifiée au comptable public par simple lettre recommandée avec accusé de réception, voire en mains propres.

Naturellement, comme il advient de toute cession de créances, la validité de la cession de créances « publiques » est subordonnée au respect du formalisme fixé par le Code monétaire et financier : la notification de la cession de créances, dont la preuve incombe au cessionnaire, doit être effectuée auprès du comptable assignataire de la personne publique concernée, et non pas auprès de l'ordonnateur⁽¹⁾ ; à défaut, l'établissement bancaire ne peut prétendre au paiement de sa créance par le comptable public⁽²⁾.

La nature des créances « publiques »

Dans le cadre d'une cession *Dailly*, la nature des créances est très ouverte. L'article L. 313-23 indique en effet que « peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés ». Parce que le montant et l'exigibilité de la créance peuvent donc ne pas être encore déterminés au jour de la cession, les créances « publiques » qui sont susceptibles d'être cédées peuvent avoir un objet très différent.

Dans le cadre d'un marché public, la créance correspond à tout ou partie du prix dont la personne publique doit s'acquitter en contrepartie des travaux, fournitures ou services que l'entreprise a réalisés, livrés ou satisfaits. L'enjeu de la cession de créances est alors clair : si le titulaire d'un marché souffre d'un besoin de trésorerie – qu'une avance ou un découvert bancaire ne permet pas de satisfaire (pleinement) – et souhaite solliciter en conséquence un établissement bancaire pour obtenir le prêt nécessaire à l'exécution du marché public, la cession

des créances qu'il détient sur la personne publique peut faciliter, sinon même permettre le crédit : la banque disposera alors de l'assurance que son débiteur est une personne publique, une personne dont la solvabilité est en principe nettement plus assurée que celle d'une entreprise.

La cession de créances peut toutefois revêtir un tout autre enjeu, dans le cadre des contrats publics, qui mettent cette fois à la charge du titulaire le (pré)financement d'un équipement public. C'est vrai à tout le moins des marchés de partenariat. On sait en effet que le partenaire doit « porter » le financement de la construction des ouvrages pendant une longue durée, puisqu'il ne sera remboursé qu'au fur et à mesure de la (longue) durée du contrat : il sera rémunéré par les « loyers » versés par la personne publique à compter de la mise à disposition de l'ouvrage qu'il avait la charge de construire. Ces loyers sont alors autant de créances qu'il peut céder à un établissement bancaire. Et l'enjeu est alors ici, non pas de pourvoir à un besoin de trésorerie, mais d'apporter aux banques une garantie qui – parce qu'elle serait la plus belle – permette au titulaire du contrat d'obtenir un crédit à des conditions de prêts plus optimales. Parce que la créance est alors due par une personne publique, elle sera en effet le plus souvent jugée moins exposée aux risques ; si bien que les banques proposeront des taux et des marges équivalentes ou presque à ceux qu'elles auraient proposés si elles avaient directement prêté à la personne publique ou, en tout état de cause, inférieurs à ceux qu'elles auraient sinon proposés si le titulaire du contrat (ses actionnaires) avait lui-même donné sa garantie. En définitive, le coût global du contrat pour la personne publique s'en trouvera d'autant diminué, puisqu'au travers des « loyers » qu'elle verse, elle « paie » aussi les frais financiers attachés au prêt contracté par le partenaire. De ce point de vue, la cession de créances devient un outil juridique sur lequel s'appuie un mode spécifique de financement des contrats de partenariat⁽³⁾. Et on sait que, dans la pratique, la cession de créances est un dispositif sollicité dans la majeure partie des contrats de partenariat. Du reste, la cession de créances peut également porter sur les indemnités dues au partenaire en cas de résiliation du contrat de partenariat par la personne publique, indemnités dont le mode de calcul est fixé dans le contrat mais dont le montant exact n'est – par définition – pas connu à l'avance.

La cession de créances peut également porter sur les indemnités « transactionnelles » qui seraient dues en cas de nullité du contrat public ; indemnités dont le mode de calcul est en pratique consigné dans un accord autonome : on sait que, lorsqu'un contrat de partenariat prévoit une obligation de poursuivre l'exécution du contrat malgré l'existence d'un recours, il faut apporter des garanties aux banques pour qu'elles acceptent un tirage sur la dette, malgré l'existence du recours et

(1) CAA Bordeaux 15 novembre 2007, Compagnie générale d'affacturation, req. n° 05BX00069 ; CAA Nantes 27 décembre 2002, Caisse régionale de crédit maritime mutuel du Morbihan et de la Loire Atlantique, req. n° 99NT00933.

(2) Cass. com. 4 décembre 2001, Banque française de crédit coopératif, n° 99-12.115.

(3) Sur ce sujet, Ph. Mallaë et J. Dabreteau, « Contrats de partenariat – La cession de créances », *Le Moniteur Hebdo*, 7 janvier 2009 ; X. Matharan et Th. Sermot, « Réflexions sur le mécanisme de la cession de créance dans les contrats publics », *Banque et droit*, n° 156, juillet-août 2014, p. 14.

malgré l'incertitude qui pèse ainsi sur le projet. Les prêteurs veulent être assurés qu'en cas de disparition du contrat à la suite de son annulation par un juge, il existera bien un acte contractuel qui pose l'obligation, pour la personne publique, de rembourser le capital prêté et les frais financiers qui lui sont attachés^[4]. L'accord autonome – qui est peut-être bien une forme de transaction anticipée – remplit cet office^[5]. Et la cession de créances qui est attachée à cet accord autonome est alors un outil qui permet aussi, incidemment, d'assurer la poursuite de l'exécution d'un contrat public malgré l'existence d'un recours.

Dans le cadre d'une concession de service public, l'intérêt d'une cession de créances est en revanche nettement plus limité. La cession ne peut en effet logiquement pas porter sur le « principal », puisque ce n'est pas la personne publique qui paie le concessionnaire pour les investissements réalisés, mais – si l'on peut dire – les usagers du service public dans le cadre de l'exploitation des équipements construits. Il n'est donc pas de créances « publiques » pour l'essentiel. Mais il reste toutefois une petite place à la cession de créances : à l'instar de ce qu'il advient des indemnités dues en cas de nullité d'un marché de partenariat, la pratique offre de plus en plus d'exemples dans lesquels le délégataire de service public s'appuie sur une logique de financement de projet pour porter l'investissement, et ne peut donc disposer de sa dette bancaire pour exécuter le contrat que si, en cas de recours contre la délégation de service public, un accord autonome est conclu. Et il est alors une cession des créances attachées à l'accord autonome, créances qui correspondent aux indemnités dues en cas d'annulation de la convention de délégation de service public.

Les effets de la cession

Par opposition à ce qu'il advient des effets produits par d'autres outils de même objet, tels que le nantissement d'une créance ou la délégation (imparfaite) de créances, la cession de créances procède à un plein transfert de propriété de la créance cédée, entre le cédant et le cessionnaire. Du point de vue de la personne publique dont la dette est « cédée », les effets de cette cession *Dailly* sont très élastiques. La cession lui est opposable comme à tous les tiers. Mais ce n'est que si cette cession a été notifiée au comptable public que la créance doit être payée directement à l'établissement bancaire et non pas (ou plus) à son cocontractant. L'effet est alors déjà important : si le comptable public adresse un paiement au titulaire du contrat public, le paiement n'aura pas d'effet libératoire et sera ainsi sans incidence sur l'obligation d'acquitter la créance auprès des établissements bancaires^[6]. Pour autant, s'il devient le titulaire exclusif

de la créance, l'établissement bancaire n'a toutefois pas plus de droits que le titulaire du contrat. Il est acquis, en effet, que le cédant ne peut pas transmettre plus de droits qu'il n'en détient^[7]. La personne publique peut donc déduire, au titre d'une créance cédée, les pénalités que le contrat met à la charge du cocontractant^[8]. Et elle peut également refuser de verser à la banque tout ou partie du montant initial de la créance, au titre de l'exception d'inexécution ou de la compensation, lorsque les prestations qui correspondent à la créance n'ont pas été satisfaites ou ont été mal satisfaites par l'entrepreneur.

Il en va toutefois autrement lorsque, sur demande de la banque, la personne publique accepte la cession de créances. L'article L. 313-29 du Code monétaire et financier indique en effet que, dans ce cas, « le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit ou à la société de financement les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit ou la société de financement, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ». L'acceptation de la cession de créances a donc pour effet de créer une nouvelle obligation à la charge de la personne publique, celle de payer intégralement à la banque un montant précis, un montant qui ne peut, cette fois, plus être minoré par l'effet du jeu de l'exception d'inexécution ou d'une compensation. Et c'est pour cette raison que l'acceptation de la cession de créances doit non seulement être signée, non pas par le comptable mais par le représentant de la personne publique^[9], mais aussi et surtout être préalablement approuvée par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concernée^[10]. L'effet de l'acceptation de la cession de créances est donc très important puisque la personne publique sera tenue de payer une créance qu'elle aurait, sinon, pu minorer en considération des fautes du cocontractant. Et c'est naturellement en particulier pour cette raison que la cession de créances pose un sujet du point de vue des exigences du droit public.

L'adaptation de la cession de créances aux exigences du droit public

L'adaptation repose sur les conditions d'acceptation de la cession de créances, sur la part de la créance qui peut être cédée et – façon de parler – sur le juge compétent pour connaître de l'acte d'acceptation.

[4] A. Vandepoorter, « L'accord autonome attaché au financement d'un contrat public », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 156, juillet-août 2015.

[5] S. Braconnier, « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2013, p. 529.

[6] CE 19 mars 2001, Région PACA, req. n° 207626.

[7] CE 21 juin 1999, Banque populaire Bretagne Atlantique, req. n° 151917 ; CE 22 juillet 2009, OPAC de la Sarthe, req. n° 300313.

[8] CAA Paris 28 avril 1992, Banque française commerciale Antilles-Guyane, req. n° 90PA00015.

[9] CAA Bordeaux 28 décembre 1995, SIGAS, req. n° 94BX01066.

[10] CE 25 juin 2003, Caisse centrale de crédit mutuel du Nord de la France, req. n° 240679.

Les conditions d'acceptation de la cession de créances « publiques »

Au premier regard, la cession de créances « publiques » froisse des principes de droit public essentiels : le principe du service fait, qui veut qu'une personne publique ne peut être tenue par une obligation de payer une prestation que si cette prestation a effectivement été réalisée ; et le principe d'interdiction des libéralités, qui veut qu'une personne publique ne peut être tenue de payer une somme qu'elle ne doit pas. L'incompatibilité n'est toutefois qu'apparente. On le disait, la cession d'une créance n'interdit pas à la personne publique d'opposer l'exception d'inexécution ou de procéder à une compensation pour arrêter le montant définitif de la créance ; si bien que la créance cédée peut ne correspondre qu'à ce qui est en définitive effectivement dû par la personne publique.

Le sujet se pose avec une acuité, en revanche, plus certaine lorsque la cession fait l'objet d'une acceptation. Dans ce cas, la personne publique ne peut alors plus exercer le principe de l'exception d'inexécution ou effectuer une compensation ; si bien qu'elle est, cette fois, tenue par une créance irrévocable et inconditionnelle, indépendamment de la réalité du (bon) travail effectué par l'entreprise titulaire du contrat. Ici aussi, il est toutefois possible de neutraliser le problème. À tout le moins, on sait que la Cour de cassation a admis qu'un acte d'acceptation de cession de créances puisse renfermer une clause selon laquelle le principe de l'exception d'inexécution pouvait toujours être exercé par le débiteur tant que l'ouvrage attaché à la créance n'avait pas été livré : « attendu qu'après avoir relevé que l'exigibilité de la créance cédée était subordonnée à la livraison d'un objet déterminé et que l'établissement ayant donné son acceptation à la cession ne s'était engagé à payer le cessionnaire que sous la même condition, la cour d'appel a, à bon droit, retenu que l'exception d'inexécution était, alors, opposable dans les rapports entre l'établissement acceptant et le cessionnaire ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches »⁽¹¹⁾. Il est donc *a priori* possible d'adapter l'acceptation de la cession de créances au principe du service fait. Du reste, on sait que le Conseil d'État a incidemment admis qu'une personne publique puisse accepter une cession de créances *Dailly*⁽¹²⁾. Sans doute parce que ces considérations n'étaient toutefois pas de nature à écarter les craintes des banques et des acheteurs publics, le législateur a finalement introduit, pour les contrats de partenariat, un dispositif spécifiquement orienté sur le sujet : l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier indique que « lorsque tout ou partie de la rémunération due en vertu d'un contrat de partenariat (...) au titre des coûts d'investissement (...), est cédée en application des articles L. 313-23 à L. 313-29 du présent code, le contrat peut prévoir que cette cession fait l'objet de l'acceptation prévue à l'article L. 313-29 » ; mais il précise

toutefois que « l'acceptation prévue à l'article L. 313-29 est subordonnée à la constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ». La cession de créances peut donc faire l'objet d'une acceptation et donner, dans certaines circonstances, un caractère irrévocable et inconditionnel à une créance « publique ». Mais alors une autre difficulté apparaît.

La part de la créance cédée et acceptée

Si l'acceptation d'une cession de créances a pour effet de sécuriser pleinement les créances en les protégeant des aléas attachés à la réalité du (bon) travail effectué par l'entreprise qui les a cédées, le risque que le contrat mettait à la charge du titulaire est en quelque sorte neutralisé. Il l'est à tout le moins si l'essentiel de la « rémunération » due au titulaire du contrat a fait l'objet d'une cession de créances acceptée. Si les pénalités ou le jeu de l'exception d'inexécution ne peuvent plus affecter sa rémunération, l'entreprise n'est plus en effet sous la « menace » d'une sanction en cas de manquement à ses obligations. Et c'est naturellement embarrassant. C'est vrai en particulier dans le cadre des marchés de partenariat, dont la logique est celle d'un partage de risques entre la personne publique et l'entrepreneur, et dont le financement repose bien souvent sur une acceptation de cession de créances. Il est vrai que l'embarras demeure tout relatif, si l'acceptation – et donc le caractère irrévocable et inconditionnel de la créance – est subordonnée à la condition que les ouvrages ont été réalisés conformément à ce qui avait été convenu. Mais cette circonstance ne neutralise pas tous les sujets sur lesquels le titulaire d'un contrat de partenariat demeure en risque (retard dans la livraison des ouvrages, levée des réserves...). Naturellement, pour maintenir le titulaire du marché de partenariat en risque, il est toujours possible d'adapter le dispositif en limitant la part des créances qui peuvent être cédées. Et c'est ce que le législateur a finalement fait autoritairement, à tout le moins concernant les créances attachées au contrat de partenariat. L'article L. 313-29-2 du Code monétaire et financier indique que « l'engagement global de la personne publique au titre de cette ou ces acceptations ne peut dépasser 80 % de la rémunération due au titre des coûts d'investissement et des coûts de financement ».

Les juridictions compétentes pour connaître de la cession de créances

S'il est ainsi des principes de droit public qui « adaptent » le régime d'une cession de créances « publiques », se pose fatalement la question de savoir si la validité et/ou l'application de l'acte de cession de créances relève des juridictions administratives ou des juridictions judiciaires. Les solutions proposées par la jurisprudence appellent la nuance. Récemment, la Cour de cassation a jugé qu'une délégation de créances « publiques » relevait des juridictions judiciaires, et ce au motif que l'acte par lequel une société titulaire « d'un marché public délègue le pouvoir adjudicateur pour le paiement de la créance due à son fournisseur est, eu égard à son objet purement financier,

(11) Cass. com. 2 juin 1992, Société marseillaise de crédit, req. n° 90-18.821.

(12) CE 25 juin 2003, Caisse centrale de crédit mutuel du Nord de la France, req. n° 240679.

l'accessoire du contrat de fourniture et revêt, par suite, un caractère de droit privé »^[13]. Le raisonnement – qui serait sans doute applicable par analogie à la cession de créances – suscite apparemment la réserve, à tout le moins lorsque la cession ou la délégation de créances apparaît comme un outil indispensable à la signature d'un contrat public et donc à la satisfaction de l'utilité publique qu'il porte. C'est ce que pensait la cour d'appel : « pour déclarer les juridictions judiciaires incompétentes pour connaître du litige et renvoyer les parties à mieux se pourvoir, l'arrêt, après avoir relevé que le délégué s'était obligé à payer au délégataire les créances du délégant sur la base des décomptes mensuels correspondant aux chantiers, retient qu'en acceptant de signer les délégations de créances litigieuses, l'OPH a poursuivi l'objectif d'assurer l'exécution d'une mission de service public, en aménageant les rapports le liant à son cocontractant originaire au stade du règlement des marchés publics de travaux, de sorte que ces délégations ne constituent qu'une modalité d'exécution des stipulations contractuelles relatives au paiement desdits marchés, dont elles sont indissociables ». Mais la Cour de cassation a donc toutefois écarté cette façon de voir, il est vrai sans surprise. Sa décision s'inscrit probablement dans la continuité des arrêts qui ont pu être rendus sur les conventions tripartites couplées à des contrats de crédit-bail conclus par des délégataires de service public pour financer les investissements concernés : « la convention tripartite constitue, eu égard à son objet, l'accessoire du contrat de crédit-bail dont elle est indissociable ; qu'elle a, dès lors, également la nature d'un contrat de droit privé »^[14]. Bien

que la cession ait pour objet une créance qui est étroitement liée à l'exécution d'un contrat de droit public et qui est la contrepartie de la réalisation d'un ouvrage public, il faudrait donc comprendre qu'elle demeure un acte de droit privé parce qu'elle est surtout, non pas l'accessoire du contrat public, mais l'accessoire du contrat de crédit qu'elle suscite, contrat de droit privé dont elle doit logiquement suivre le sort. L'explication peut se comprendre dans la mesure où, on le disait, la cession de créances n'a pas pour effet de modifier la nature de la créance, mais uniquement de modifier l'identité du créancier auprès duquel la personne publique devra acquitter sa dette.

Mais il n'est alors pas absurde de tenir un autre raisonnement lorsque la cession a fait l'objet d'une acceptation, puisque – on le disait – l'acceptation fait naître une nouvelle obligation directement à la charge de la personne publique, si bien qu'elle ne peut sans doute plus être analysée comme un simple accessoire à un contrat de crédit dont la personne publique serait étrangère. Et on sait que les juridictions administratives se sont reconnues compétentes pour connaître de la validité d'un acte d'acceptation de cession de créances attachées à un marché public^[15] ou à un accord autonome^[16].

Ces quelques lignes, qui n'épuisent évidemment pas le sujet, témoignent de ce que le droit public des affaires – contrairement peut-être à une idée reçue – accueille volontiers des produits du droit commun.

[13] Cass. 1^{re} civ. 18 février 2015, Société SNE, n° 14-10.030.

[14] CAA, Versailles 14 septembre 2006, Société Unifergie, req. n° 04VE03502 ; Cass. 1^{re} civ. 28 mai 2008, Commune de Draveil, n° 07-17.648.

[15] CE 25 juin 2003, Caisse centrale de crédit mutuel du Nord de la France, req. n° 240679.

[16] CAA Bordeaux 17 juin 2014, Rouveyre, req. n° 13BX00564 ; TA Bordeaux 19 décembre 2012, Rouveyre, req. n° 1105079.