



La cession Dailly en Droit public des affaires, ou "Retour vers le futur"

Actualité législative publié le 23/02/2023, vu 4840 fois, Auteur : [Droit public des affaires by Florent Cedziollo](#)

Présentation pratique de l'intérêt de la Cession Dailly en Droit public des affaires

La cession Dailly en Droit public des affaires, ou retour vers le futur

Keynes disait « *à long terme nous sommes tous morts* ». C'est un peu ce que souligne la cession Dailly qui peut permettre au titulaire du contrat de la commande publique d'obtenir des liquidités, ou bien être utilisée comme une sûreté, et ainsi diminuer la durée de rentrée du « cash » pour l'entreprise.

C'est un truisme que d'affirmer que la problématique de la liquidité des entreprises est fondamentale en matière de gestion financière, tant celles-ci ont besoin de fonds « *pour faire tourner la machine* ». La cession Dailly permet ainsi de diminuer le délai entre le décaissement des fonds nécessaires pour réaliser l'objet du contrat, et la date d'encaissement du cash qui en est la contrepartie. De façon plus scientifique, il est possible d'affirmer qu'elle permet de diminuer le « besoin en fonds de roulement » (BFR). En effet, elle est l'un des principaux modes de financement à court terme, rangé parmi les crédits bancaires fondés sur des créances commerciales. Il s'agit d'un élément hors bilan qu'il faut intégrer en son sein, parmi les créances cédées (EENE).

En effet, de façon générale, le titulaire d'un marché ou son sous-traitant (accepté et dont les conditions de paiement sont agréés (article R. 2193-2 et R. 2193-4 du Code de la commande publique)) peut céder la créance qu'il détient sur un pouvoir adjudicateur à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités ou des fournitures (l'article L. 2191-8 du code de la commande publique dispose que « *le titulaire d'un marché peut céder la créance qu'il détient sur l'acheteur à un établissement de crédit ou à un autre cessionnaire* »). Il s'agit tout simplement d'une cession de créance, qui se définit de façon générique comme « *un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire* » (C. civ., art. 1321). Parmi les formes plus complexes de Cession de créance, se trouve la cession Dailly, dont le régime se situe aux articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, et qui vise explicitement les créances détenues sur les personnes publiques : « *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* ». En résumé, l'avantage de la Cession Dailly par rapport

aux cessions de créances de droit commun, est le faible formalisme qui la régit : 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.

La Dailly a un rôle encore plus important lorsqu'il est question de montages contractuels complexes, notamment en matière de financement de projet. Dans ce cas là, le titulaire du contrat public, constitué auparavant en tant que groupement momentané d'entreprises (article R. 2142-19 du code de la commande publique), va créer une Special purpose vehicle (SPV), dont l'un des principes est son caractère « *self liquidating* ». Pour reprendre Maître Delelis, « *la décision des prêteurs est fondée uniquement sur les performances futures du projet* » (Concession - Cession Dailly acceptée et risque d'exploitation du concessionnaire - Etude par Philippe DELELIS, Contrats et Marchés publics n° 6, Juin 2016, étude 4). Cette SPV, permet également un cloisonnement des risques en limitant les recours contre les sponsors. Elle ne dispose ainsi que de très peu de liquidités, surtout durant les phases de conception-réalisation, et au début de l'exploitation, et la Dailly permet d'obtenir des liquidités, et ainsi éviter de recourir à des nouveaux emprunts bancaires.

En effet, la SPV dispose d'une créance sur la personne publique, mais une personne publique ne peut payer qu'après service fait (D. n° 2012-1246, 7 nov. 2012, art. 33, relatif à la gestion budgétaire et comptable publique). Ainsi, le titulaire dispose dès la signature du marché d'une créance, mais pas des liquidités afférentes. La cession Dailly permet de ce fait d'obtenir ces liquidités en cédant cette créance, créance d'autant plus sûre, que comme on le sait les personnes publiques sont de bon payeurs. Cette cession peut également permettre d'obtenir des sûretés comme on le verra.

La SPV va ainsi céder la créance qu'elle détient sur un pouvoir adjudicateur à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités ou des fournitures. La mise en œuvre des dispositions du code de la commande publique doit être associée à l'application des régimes de cession de créance prévus par le code civil ou le code monétaire et financier (Article R. 2191-55 du Code de la commande publique et l'article R. 313-17 du Code monétaire et financier)

On le verra, la cession permet d'avoir beaucoup de souplesse, elle peut être contractuelle ou non, par exemple il est possible de céder une créance sur des subventions publiques (*TA Strasbourg, 28 sept. 1993 : JCP E 1994, pan. 4. – CAA Nancy, 27 janv. 2000, n° 95NC01689, Banque Franco-Yougoslave*) ! Le juge administratif a ainsi pu juger à propos d'une créance résultant d'un crédit de TVA qu'elle pouvait faire l'objet d'une cession Dailly (CE, 24 sept. 2003, n° 233084, min. Fin. c/ Sté Banca Intesa).

Cette cession est une convention bipartite : il suffit de l'accord du cédant et du cessionnaire, mais qui a des effets tripartites.

Le mécanisme est cependant fortement limité : outre les conditions de forme très strictes de la cession Dailly, la technique ne peut être utilisée qu'à l'occasion d'un crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, à propos d'une créance que le bénéficiaire du crédit peut détenir sur un tiers, personne morale ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle et au profit de cet établissement de crédit seulement.

D'ailleurs (et sans rappeler de mauvais souvenirs aux candidats à l'examen d'accès au CRFPA de 2021), lorsque la cession ne répond pas aux conditions posées par le Code monétaire et financier, la jurisprudence admet que la cession Dailly puisse être requalifiée en cession de droit commun, du moins si les conditions d'une telle cession sont remplies (Com. 9 avril 1991).

Ainsi, les enjeux liés au respect des conditions pour recourir à la cession Dailly en matière de commande publique sont fondamentaux, dans la mesure où en dépend la sécurité juridique et financière du projet. Cet article permet de revenir rapidement, et de manière pratique, dessus.

Plan :

I-La cession Dailly des marchés publics : conditions et mise en oeuvre

A-Formes de Dailly : la Dailly acceptée ou non

1.)Notion et effets de la Dailly acceptée

2.)Mise en oeuvre

a.)Compétence

b.)Demande de la part du cessionnaire

c.) Absence d'effet de l'irrégularité de la notification de la cession de créances

B-Conditions du recours à la cession Dailly

1.)Fond

2.)Forme

3.)Montant pouvant être cédé

a.)Sous-traitance

b.)Marchés publics à risque

i.)Marchés de partenariat

ii.)De façon plus générale

4.)Procédure

C-Régime

1.)Une prise d'effets conditionnée

2.)Un régime favorable au cessionnaire

D-Contentieux

II-La cession Dailly et les concessions : un intérêt limité

I-La cession Dailly des marchés publics : conditions et mise en oeuvre

A-Formes de Dailly : la Dailly acceptée ou non

1.) Notion et effets de la Dailly acceptée

Il existe deux formes de cession Dailly (article L. 313-19 du code monétaire et financier) : celle acceptée et celle non-acceptée. L'article L. 313-29 du Code monétaire et financier dispose que : « *Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé : "Acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle". Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit ou à la société de financement ou du FIA mentionné à l'article L. 313-23 les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit ou la société de financement ou le FIA mentionné à l'article L. 313-23, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur* ». La Dailly acceptée a été « transposée » en droit public (CAA Paris, 26 sept. 1991, n° 89PA00403, *Ét. publ. du Parc de la Villette* ; CE, 25 juin 2003, n° 240679, Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France).

Ainsi que le met en exergue le Professeur Eckert : « *En droit commercial, l'acceptation formelle de la cession de créances a pour conséquence de faire naître une obligation nouvelle par laquelle le débiteur cédé s'engage à payer intégralement le cessionnaire sans lui opposer d'exception tirée de ses rapports avec l'entreprise cédante. Une telle acceptation renforce la position de l'établissement de crédit cessionnaire dès lors que celui-ci se voit reconnaître une créance cambiaire dont le montant est certain et non plus simplement une créance future dont le montant peut être affecté par les conditions d'exécution du marché* ».

Par voie de conséquence, l'acceptation de la Dailly a pour effet de créer ex nihilo une nouvelle obligation liant directement la personne publique et le cessionnaire, ce qui sécurise son paiement. C'est ce que rappellent les articles L. 313-29-1 et L. 313-29-2 du code monétaire et financier.

Malgré l'existence de jurisprudences assez réticentes aux effets de cette acceptation (voir en particulier TA Strasbourg, 28 sept. 1993, BPGD c/ Opéra du Rhin : « *l'acceptation n'avait pu avoir pour effet de transformer en droits acquis au bénéfice du cessionnaire les droits seulement éventuels initialement détenus par le cédant sur le débiteur et qui ne sont pas réalisés* », ou comme le souligne le Professeur Eckert, la CAA de Bordeaux a jugé que les dispositions du Code monétaire et financier relatives à l'acceptation de la cession de créances « *ne sauraient avoir pour effet de conférer au cessionnaire à l'égard du maître de l'ouvrage plus de droits que n'en a le cédant* » (CAA Bordeaux, 9 juill. 2001, n° 97BX01935, Caisse d'Épargne Provence-Alpes-Corse), les codifications de l'acceptation dans le Code monétaire et financier, et dans le code de la commande publique, sont de nature à rassurer les entreprises.

Il est également possible de s'interroger sur la possibilité d'effectuer une acceptation conditionnelle. Celle-ci a été admise par le Rapporteur public Le Chatelier sous l'arrêt CE, 25 juin 2003, n° 2040679, Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France. Elle permet dès lors à la personne publique de recourir à l'exception d'inexécution, en cas de méconnaissance par le titulaire du contrat de ses obligations mentionnées dans les conditions de l'acceptation.

2.) Mise en oeuvre

a.) Compétence

Dans les conditions de mise en oeuvre de l'acceptation, se pose d'abord la question de la compétence. Conformément aux droits applicables, l'organe délibérant doit autoriser la décision d'acceptation, afin que l'exécutif puisse apposer la signature (CE, 25 juin 2003, n° 240679, Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France). À défaut, l'acceptation de la cession de créances est entachée de nullité. Ainsi, l'ordonnateur est l'unique compétent pour donner l'acceptation de la personne publique (concl. G. Le Chatelier sur CE, 25 juin 2003, n° 240679, Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France : JurisData n° 2003-065579). Il en résulte que l'acceptation signée par le comptable public est irrégulière (CAA Bordeaux, 28 déc. 1995, n° 94BX01066, Synd. intercnal de gestion et d'amén. de Superbagnères – TA Poitiers, 19 nov. 1998, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres).

b.) Demande de la part du cessionnaire

La demande doit être précédée d'une demande de la part de l'établissement de crédit cessionnaire (CAA Marseille, 9 janv. 2006, n° 02MA01374, Cne La Ciotat), c'est ce que rappelle l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier.

c.) Absence d'effet de l'irrégularité de la notification de la cession de créances

Ainsi que le rappelle le Professeur Eckert : « *la régularité de l'acceptation est indépendante de celle de la notification de la cession de créances par le banquier cessionnaire* ». Ainsi, le fait que la notification ait été irrégulièrement adressée à l'ordonnateur et non au comptable assignataire est sans incidence sur la régularité éventuelle de la décision de procéder à l'acceptation la cession de créances (CE, 25 juin 2003, n° 240679, Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France : JurisData n° 2003-065579).

B-Conditions du recours à la cession Dailly

Le recours à la cession Dailly sur les créances issues de contrats de la commande publique est subordonné à des conditions et règles de procédure strictes (articles R.2191-45 à R.2191-63 du code de la commande publique).

1.)Fond

Certaines conditions de fond encadrent la validité de la cession Dailly.

Tout d'abord, la cession doit porter sur une créance professionnelle née d'un contrat de la commande publique. La créance doit être cédée à un établissement de crédit, à une société de financement ou à un fonds d'investissement alternatif.

Le montant maximal de la créance cédée par le titulaire du marché est égal au montant du marché diminué du montant des prestations sous-traitées et donnant lieu au paiement direct par la personne publique aux sous-traitants. Les sous-traitants que la personne publique est censée payer directement peuvent également céder tout ou partie de leur créance, « à concurrence du montant des prestations qui sont réglées directement (article R. 2193-33 du Code de la commande publique).

Le cédant (titulaire du marché) ne peut pas transmettre plus de droits qu'il n'en détient (CE 22 juillet 2009 Office public d'aménagement et de construction de la Sarthe n°300313). Dès lors, la cession est nulle, même si elle est régulière dans la forme, lorsque le cédant n'est pas titulaire de la créance à la date de la cession (CE 26 janvier 2018 n°402270).

2.)Forme

La validité de la cession Dailly est conditionnée à l'existence d'un bordereau de cession Dailly, comportant les énonciations prévues à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier :

- La dénomination d'acte de cession de créances professionnelle
- La mention que l'acte est soumis aux articles L. 313-23 à L. 313-34 du CMF
- Le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit, du FIA ou de la société de financement cessionnaire
- La désignation ou l'individualisation de la créance ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou individualisation.

3.)Montant pouvant être cédé

a.)Sous-traitance

L'opérateur de premier rang du marchés ou ses sous-traitants n'ont la possibilité de céder que les créances qu'ils détiennent « en propre » sur le pouvoir adjudicateur, rappelle la fiche de la DAJ (La cession de créances issues des marchés du 1er avril 2019). Ainsi qu'en dispose l'article R. 2191-56 du code de la commande publique : « à compter de la notification ou signification au comptable prévue au paragraphe 1, le bénéficiaire de la cession ou du nantissement de créance encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée ou donnée en nantissement ». En d'autres termes, le titulaire ne peut pas céder une partie sous-traitée du marché. Si le cas se présentait, le comptable public devrait suspendre le paiement (article R.2193-5 du code de la commande publique).

b.) Marchés publics à risque

i.) Marchés de partenariat

Une autre limite du montant pouvant être cédé tient à la nécessité pour certains contrats de commande publique de comporter un risque. Nous reviendrons sur la question des concessions plus tard. Il s'agira ici uniquement des marchés de partenariat. En effet, ces derniers reposent sur une logique performantielle, où la rémunération est « liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat » (article L. 2213-8 du code de la commande publique). Par ailleurs, le marché de partenariat « fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire » (art. L. 2213-1 du code de la commande publique). Comme le rappelle le Professeur Hoepffner, « *le premier assumant classiquement celui lié à l'utilisation de l'ouvrage, le second ceux liés à la construction* ». Ainsi, « *théoriquement, cette logique de répartition des risques permet de distinguer le marché de partenariat des autres contrats fondés sur une logique de transfert des risques : dans le cas du marché public, vers l'acheteur et dans le cas de la concession, vers le concessionnaire* ».

Or, le recours à la Dailly est de nature à éliminer ce risque. C'est ce que rappelle Maître Vandepoorter dans la revue Le Moniteur (La cession de créances attachées à un contrat public, Contrats Publics – n° 169 - octobre 2016), qui souligne que cette cession 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* ».

ii.) De façon plus générale

Ainsi, pour éviter une élimination totale du risque, « *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 définis ci-avant* » (article L. 313-29-2 du Code monétaire et financier).

Le montant pouvant être cédé au titre de la Dailly est donc plafonné.

4.) Procédure

L'énorme avantage de la Dailly par rapport à la cession 1321 est le faible formalisme. Néanmoins, il demeure un certain formalisme à respecter :

1.) Le titulaire doit obtenir un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité. Cette première étape permet d'informer l'acheteur de la cession. Ce-dernier devra lui communiquer, soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention signée par l'acheteur indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de céder ou de nantir la créance résultant du marché, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle et dématérialisé selon des modalités définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie (art. R. 2191-46 du code de la commande publique).

2.) Le titulaire ou le sous-traitant doit, ensuite, remettre à l'établissement de crédit cessionnaire un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité obtenu.

3.) L'acte de cession, ensuite édicté, prend la forme d'un bordereau contenant obligatoirement les énonciations prévues à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier.

4.) Le cessionnaire doit ensuite notifier la cession à la personne publique (article R. 2191-56 du Code de la commande publique), auprès du comptable assignataire désigné dans le marché, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen donnant date certaine. Cette notification doit être effectuée dans les meilleurs délais, sans qu'aucune obligation précise ne soit imposée (CAA Paris, 31 janv. 2006, n° 02PA00563, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Paris et d'Île-de-France). La preuve de la notification incombe au cessionnaire (Article R. 313-18 du code monétaire et financier). Comme le rappelle la fiche de la DAJ du 1er avril 2019, le comptable doit disposer de :

- la notification de la cession ;

- l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité (CE, 6 décembre 1999, Ville de Marseille, n° 189407). Le comptable n'a pas à être destinataire du bordereau de cession, qui n'est pas une pièce justificative du paiement. Il peut cependant demander cette pièce en cas de pluralité d'oppositions sur une même créance afin de déterminer les droits des créanciers-cessionnaires potentiels ;

- le cas échéant, l'attestation de l'établissement de crédit que la cession ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ou a été réduite de manière à réaliser cette condition ;
- le cas échéant, la copie de l'acte d'acceptation de la cession signée du représentant du pouvoir adjudicateur.

La notification doit comprendre des mentions obligatoires, prévues à l'article R. 313-17 du code monétaire et financier.

Comme pour la cession de droit commun, aucune disposition ne permet au débiteur cédé d'exercer un contrôle sur les motifs de la cession de créance qui lui est signifiée ou de son éventuelle mainlevée (CE, 26 janvier 2018, Société Industrias Durmi, n° 402270).

En marché de partenariat, les mentions obligatoires présentent certaines spécificités qui sont détaillées à l'article R. 313-17-1 du code monétaire et financier reproduit ci-dessous.

C-Régime

1.) Une prise d'effets conditionnée

La cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise.

Le respect des règles de procédure est nécessaire à l'opposabilité de la cession au comptable public : une erreur de procédure « *interdit au comptable assignataire de payer le cessionnaire* » (Com. 4 décembre 2001, Banque française de crédit coopératif, n°99-12115). C'est ce qu'illustrent certaines jurisprudences :

- Conseil d'Etat, 25 juin 2003, n°240679, « Caisse centrale de Crédit mutuel du Nord de la France » : la notification avait été faite auprès de l'ordonnateur et non du comptable.
- CAA Bordeaux 15 novembre 2007 n°05BX0069 « Compagnie générale d'affacturage » : il y avait eu des erreurs quant au comptable assignataire.
- Conseil d'Etat, 6 décembre 1999, n°189407, « Ville de Marseille » : il y avait eu omission d'un document à transmettre au comptable assignataire.
- Com 4 décembre 2001 n°99-12-115 : les formalités prévues au code monétaire et financier n'avaient pas été respectées.

La simple connaissance de la cession de créance par le débiteur cédé ne suffit pas à la lui rendre opposable (CE, 26 janvier 2018, « Société Industrias Durmi », n°402270). Le débiteur cédé ne peut pas exercer un contrôle sur les motifs de la cession de créance qui lui est signifiée.

Ainsi, le respect des règles de procédure est nécessaire à la prise d'effets de la cession Dailly de la créance.

2.)Un régime favorable au cessionnaire

Une fois que la cession est effective, elle permet une garantie forte des intérêts du cessionnaire.

En effet, la cession Dailly a pour effet le transfert de propriété de la créance (article L. 313-24 du code monétaire et financier). Puisque seule l'identité du créancier change, la nature de la créance ne change pas, de sorte que la créance est cédée avec tous ses accessoires (intérêts moratoires, révisions de prix, remboursement des retenues de garantie, etc.).

La notification de la cession interdit en outre au comptable de payer le cédant. C'est au cessionnaire que doivent être adressés les paiements à compter de la notification ou de la signification régulière de la cession. Ainsi, le débiteur cédé ne se libère valablement qu'entre les mains du cessionnaire : même s'il paye le cédant, il aura l'obligation de payer le cessionnaire. Le comptable effectue les paiements au seul profit du cessionnaire pour le montant de la créance ou de la part de la créance qui lui a été cédée.

Le cessionnaire bénéficie en outre d'un droit à information. En effet, il peut, en outre d'exécution du marché, demander au pouvoir adjudicateur certaines informations quant à l'exécution du contrat (R. 2191-60 du code de la commande publique) :

- Un état sommaire des prestations effectuées (dont l'évaluation n'engage pas le pouvoir adjudicateur)
- Le décompte des droits constatés au profit du cédant
- Un état des avances et acomptes mis en paiement
- Un état détaillé des oppositions au paiement de la créance cédée.
- Il peut demander soit un état sommaire des prestations effectuées

De plus, si le cessionnaire en fait la demande par lettre recommandée avec avis de réception, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'informer le cessionnaire, en même temps que le cédant, de toutes les modifications apportées au contrat qui ont un effet sur la cession (article R. 2191-61 du code de la commande publique).

Les intérêts du cessionnaire sont également protégés en cas de modification de la cession.

En effet, un avenant peut venir modifier le volume des prestations du marché. S'il diminue le volume des prestations, l'accord du cessionnaire est obligatoire (article L. 313-27 du code monétaire et financier) ; s'il augmente le volume, l'accord du cessionnaire n'est pas nécessaire.

Le cédant peut également décider, après la notification ou la signification de la cession, de sous-traiter une partie du marché. Cependant, dans ce cas, une intervention du cessionnaire (et donc son accord) sera nécessaire. En effet, le cessionnaire doit adresser au comptable, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité modifié par l'ordonnateur, soit une mainlevée, partielle ou totale, sur sa cession de créance, ou accepter une réduction du montant de sa créance cédée ; autrement, le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter le sous-traitant (CAA Lyon 11 mai 2006 Société Qualia n°01LY00279). Il en va de même en cas de modification en cours d'exécution de la répartition des prestations entre le titulaire du marché et les sous-traitants.

S'il y a une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions de règlement du marché, l'acheteur annote l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité d'une mention constatant la modification (article R. 2191-50 du code de la commande publique).

Le cessionnaire voit ses intérêts protégés en cas de difficultés rencontrées par le cédant. En effet, si le cédant est touché par une procédure collective, la cession Dailly régulière antérieure à la procédure collective demeure opposable au pouvoir adjudicateur ; on se réfère à la date figurant au bordereau Dailly pour déterminer si la cession est bien antérieure à l'ouverture de la procédure collective. En outre, si le titulaire cédant en difficulté fait reprendre son marché par un avenant de transfert à une autre entreprise, seul le cessionnaire de la cession Dailly a droit au paiement, et pas le repreneur.

Les intérêts du cessionnaire sont aussi protégés par les possibilités qui lui restent ouvertes. Le cessionnaire initial pourra par exemple transmettre la créance qui lui avait été cédée, dans les mêmes conditions que la cession Dailly initiale et en respectant les mêmes règles de procédure.

Pour finir, la garantie des intérêts du cessionnaire peut se voir encore renforcée par l'acceptation de la cession par le pouvoir adjudicateur (par l'ordonnateur, et non par le comptable public).

Le débiteur cédé peut en effet s'engager à payer un montant précis, qui ne peut pas être minoré, et ne pourra plus opposer au cessionnaire les exceptions d'inexécution et de compensation liées à ses rapports avec le cédant, sauf si le cessionnaire a agi sciemment au détriment du débiteur public en acquérant la créance (article L. 313-29-1 du code monétaire et financier). L'acceptation doit se faire par un écrit intitulé « acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle » (article L. 313-29 du code monétaire et financier). Si le pouvoir adjudicateur est une collectivité territoriale, une délibération préalable de l'assemblée délibérante est nécessaire.

La procédure d'acceptation est indépendante de la procédure de notification de la cession. Par conséquent, une cession acceptée par l'ordonnateur lui est opposable même si la notification de la cession au comptable public était irrégulière (CE 25 juin 2003 Caisse centrale de crédit mutuel du Nord de la France n°240679).

Pour autant, la personne publique peut assortir l'acceptation de conditions.

C-Contentieux

L'efficacité de la garantie des intérêts du cessionnaire est illustrée à travers le contentieux de la cession Dailly des créances Dailly.

Tout d'abord, le cessionnaire peut être amené à agir contre la personne publique cédée, pour obtenir le paiement en exécution de la cession.

Ce type de recours relève du juge administratif. En effet, les litiges nés de l'exécution de travaux publics relèvent de la compétence de la juridiction administrative, y-compris pour connaître de l'action du cessionnaire d'une créance contre le maître de l'ouvrage, car la nature de la créance n'a pas été modifiée du fait de la cession (TC, 18 octobre 1999, « Société Cussenot matériaux », n°3130).

Cependant, certaines limites s'opposent au cessionnaire : il ne pourra pas demander le paiement si les règles de procédure n'ont pas été respectées, et il ne pourra en outre pas prétendre au versement d'une somme supérieure à celle due par la personne publique au cédant à la date de présentation de la demande de paiement, quand bien même la valeur de la créance cédée serait supérieure (CE, 22 juillet 2009 « Office public d'aménagement et de construction de la Sarthe » n°300313).

Pour ce qui est des cessions Dailly de créances fiscales, le cessionnaire peut se prévaloir d'une réclamation préalable formulée par le cédant et donc agir directement devant le juge (CE, 22 juillet 2022 n°451251). Une partie de la doctrine considère que cela pourrait être également le cas des cessions Dailly de créances nées de contrats de la commande publique.

En cas de nullité du contrat de la commande publique, l'action contentieuse en paiement du cessionnaire perd son fondement. Toutefois, le cessionnaire bénéficiera alors d'autres possibilités contentieuses pour protéger ses intérêts. En effet, il pourra agir, sur le fondement quasi-contractuel pour enrichissement sans cause, ou sur le fondement quasi-délictuel si la nullité du marché résulte d'une faute de l'administration. Le pouvoir adjudicateur ne pourra alors pas opposer l'irrégularité de la notification de la cession (CAA Nantes 29 juin 2001 « Crédit Lyonnais SA » n°98NT01310 ; CE, 7 avril 2004 « Commune de Cabourg » n°239000). Cependant, la responsabilité du pouvoir adjudicateur sera atténuée s'il est prouvé que le cessionnaire ne pouvait ignorer les irrégularités du marché (CAA Bordeaux 9 juillet 2001 « Commune du Lamentin » n°97BX01992).

En outre, il peut survenir un conflit entre plusieurs cessionnaires, si le cédant a cédé sa créance à plusieurs cessionnaires. La procédure (avec l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité) vise à éviter ce type de situations, mais elles peuvent tout de même survenir.

Quand la créance a été successivement cédée à deux cessionnaires différents, la préférence est accordée au premier cessionnaire (en se référant à la date du bordereau de cession), qui sera le seul à recevoir la somme. Dans le cas de l'affaire « Société Industries Durmi » (CE, 26 janvier 2018, n°402270) par exemple, la société Athéma avait déjà cédé la totalité de ses créances au titre du marché, et la cession de créance consentie à un autre cessionnaire (la société Industries Durmi) n'avait donc pas pu produire d'effets juridiques.

Quand la créance est fractionnée et cédée partiellement à plusieurs cessionnaires, les sommes sont en principe réparties au prorata des droits de chacun, mais le cédant peut accorder un droit de priorité à l'un des cessionnaires partiels.

Le cessionnaire lésé bénéficiera tout de même de garanties, puisqu'il pourra agir contre le cessionnaire déjà payé par le débiteur cédé (article 1325 du code civil) ou bien contre le débiteur cédé qui aurait payé le mauvais cessionnaire (article 1324 du code civil).

Une autre action contentieuse garantit au cessionnaire le paiement de sa créance. En effet, le cédant a en principe (« sauf convention contraire ») la qualité de garant solidaire du paiement des créances cédées (article L. 313-24 du code monétaire et financier). Par conséquent, si le cessionnaire ayant régulièrement notifié la cession ne parvient pas à recouvrer sa créance auprès du débiteur cédé, il pourra débiter le compte dont le cédant est titulaire dans son établissement.

Le cédant qui aura ainsi payé la créance au cessionnaire « peut ensuite se retourner contre le débiteur cédé à fin d'obtenir le paiement » (CAA Marseille 8 avril 2013 « Société Infotour » n°10MA02598).

II-La cession Dailly et les concessions : un intérêt limité

La cession Dailly peut également poser des questions en matière de concession. On l'a vu avec le marché de partenariat, la Dailly réduit le risque pris par l'opérateur économie. Or, rappeler que les concessions nécessite la prise en charge par le concessionnaire est également un truisme. L'article L.1121-1 du code de la commande publique rappelle que le concessionnaire se voit transférer « *un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* ». Or, « *la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés* ».

Or, comme le rappelle Maître Vandepoorter dans la revue Le Moniteur (La cession de créances attachées à un contrat public, Contrats Publics – n° 169 - octobre 2016), « *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. »

Comme le met Maître Delelis (Concession - Cession Dailly acceptée et risque d'exploitation du concessionnaire - Etude par Philippe DELELIS, Contrats et Marchés publics n° 6, Juin 2016, étude 4) : « la Dailly acceptée à hauteur de 100 % de la redevance d'investissement revient à mettre à l'abri l'amortissement de l'investissement et ne laisse plus subsister que le risque de la seule exploitation du service ». Néanmoins, « *le recours à une cession Dailly acceptée portant sur l'intégralité de la redevance d'investissement et de financement n'a pas posé de difficulté, pour deux raisons essentielles :*

– le risque de construction restait à la charge du concessionnaire puisque la redevance d'investissement cédée n'était versée qu'à partir de la livraison de l'ouvrage : ce critère a été retenu par une cour administrative d'appel en réponse à un moyen tiré de l'irrégularité d'une cession de créances d'une redevance de DSP (CAA Lyon, 3 nov. 2011, n° 10LY00536, Sté Véolia Propreté : JurisData n° 2011-030782) ;

– *la rémunération du concessionnaire portant sur l'exploitation de l'ouvrage pouvait se révéler inférieure aux dépenses d'exploitation, soit par insuffisance de la demande, soit par pénalisation des performances, à condition, bien sûr que le contrat ne prévoyait pas la couverture intégrale du déficit d'exploitation éventuel par le concédant ».*

Ainsi, la Dailly pourra également être usitée dans le cadre de contrats de concessions.

Sources :

?Concession - Cession Dailly acceptée et risque d'exploitation du concessionnaire - Etude par Philippe DELELIS - Contrats et Marchés publics n° 6, Juin 2016, étude 4

?Fasc. 140 : Cession et nantissement des créances - JurisClasseur Contrats et Marchés Publics - Gabriel Eckert

?FICHE de la DAJ - La cession de créances issues des marchés, 1er avril 2019

?Fasc. 760 : Financement du marché public - JurisClasseur Administratif - Antony Taillefait