

Fraude dans le paiement d'un marché public : un double appel à la vigilance en direction de l'acheteur et du titulaire

Victime d'une escroquerie au paiement, le cocontractant public est tenu de payer les sommes dues entre les mains du véritable titulaire du marché et ce alors même que le titulaire a communiqué des informations au fraudeur qui ont permis la manœuvre frauduleuse. Cependant, la personne publique peut rechercher la responsabilité du titulaire qui a commis une faute en contribuant à la commission de la fraude.

En exécution d'un marché conclu par le Grand Port maritime de Bordeaux (ci-après GPMB) et la société Liebherr grues à tour, portant sur la fourniture et la mise en service d'une grue à tour sur portique sur le site du pôle naval de Bassens, le GPMB a effectué un premier versement sur le compte bancaire du titulaire.

Les virements ultérieurs ont été effectués sur un compte bancaire frauduleux qui avait été présenté au GPMB comme celui du titulaire par un arnaqueur qui avait réussi à se faire passer pour la société Liebherr grues à tour, après avoir obtenu, de façon frauduleuse, auprès des collaborateurs de la société titulaire, des informations sur les conditions administratives et financières de l'exécution dudit marché.

La société titulaire, qui n'avait donc pas perçu les sommes dues en exécution du marché, a demandé le paiement des sommes au GPMB lequel a refusé, estimant que les versements effectués sur le compte frauduleux étaient libératoires. Le titulaire a saisi le tribunal administratif de Bordeaux en paiement des sommes dues, qui a fait droit à sa demande. L'appel formé par le GPMB a été rejeté par la cour administrative d'appel de Bordeaux. Le GPMB a alors formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt en invoquant notamment la théorie du créancier apparent, pour justifier son refus de payer le titulaire, arguant qu'il avait déjà versé les sommes dues sur le compte frauduleux qu'il pensait, de bonne foi, appartenir au titulaire.

La question qui se posait était donc celle de savoir si les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil relatives au créancier apparent étaient ou non applicables en cas d'usurpation d'identité dans l'exécution financière d'un marché public.

Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État répond, pour la première fois, par la négative confirmant ainsi l'interprétation retenue par le juge d'appel des dispositions précitées.

Auteur

Marie Lhéritier
Avocate associée
Cabinet Lhéritier Avocats

Il considère que le GPMB, bien qu'ayant de bonne foi, effectué un paiement en exécution d'un marché public sur un compte frauduleux communiqué par une personne ayant usurpé l'identité du titulaire, ne peut utilement invoquer ni le bénéfice des dispositions de l'article 1342-3 du Code civil relatives au créancier apparent, ni les manquements qu'auraient commis son cocontractant en communiquant des informations ayant rendu possible la fraude, pour refuser de payer le titulaire dudit marché, ce qui, au cas d'espèce l'a conduit à payer deux fois la somme due.

Il a également précisé que le GPMB pouvait, en revanche, rechercher, outre la responsabilité de l'auteur de la fraude, celle de son cocontractant pour les fautes qu'il aurait commises en contribuant à la commission de la fraude. Il a ainsi confirmé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux qui n'avait commis aucune erreur de droit en jugeant que le GPMB n'était pas fondé à invoquer le principe selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à verser une somme qu'elle ne doit pas^[1].

C'est donc à une double vigilance qu'invite clairement cette décision du Conseil d'État : vigilance du pouvoir adjudicateur dans l'exécution des paiements effectués en exécution d'un marché public, vigilance du titulaire qui doit s'abstenir de communiquer de façon imprudente des informations relatives à l'exécution administrative et financière du marché dont il est titulaire.

Impossibilité d'invoquer la théorie du créancier apparent ou une communication fautive d'informations pour faire échec à une demande de paiement.

La question inédite posée au Conseil d'État était donc celle de savoir si un escroc pouvait être assimilé à un créancier apparent au sens des dispositions de l'article 1342-3 du Code civil pour en déduire que le paiement fait entre ses mains par la victime de bonne foi était libératoire.

L'enjeu de la question est de taille. En cas de réponse positive, cela signifie que le véritable créancier ne peut obtenir le paiement de sa créance de la part du débiteur au motif que ce dernier l'a déjà payé entre les mains d'un fraudeur, alors que les chances du titulaire d'obtenir le paiement en se retournant contre l'escroc sont, dans les faits, bien minces, puisque par définition, il ne dispose d'aucune ou de peu d'informations sur ledit escroc.

Une réponse positive reviendrait par ailleurs à importer la théorie civiliste de l'apparence dans l'exécution financière des contrats publics.

L'article 1342-3 du Code civil, en vertu duquel « le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable » et dont le GPMB invoque le bénéfice, constitue en effet une application de la théorie du créancier apparent.

L'apparence est : « 1. Ce qui dans une situation juridique peut être connu, sans recherches approfondies [et qui ne correspond pas nécessairement à la réalité]. 2. Aspect extérieur mensonger d'une situation juridique. 3. Aspect résultant – intentionnellement ou non – de la réunion de signes extérieurs par lesquels se manifeste ordinairement un état, une fonction et qui font croire aux tiers que la personne parée de ces signes a réellement cet état ou cette fonction. »^[2].

La théorie de l'apparence est ainsi une « construction méthodologique offrant aux juges un guide pour motiver des décisions qui font prévaloir le fait sur le droit »^[3] dans un cadre bien précis.

Le rapporteur public, Nicolas Labrune, concluant sous cette décision raisonne en deux temps. Il relève dans un premier temps que les cours administratives d'appel ont déjà initié un mouvement tendant à écarter l'application de la théorie du créancier apparent en matière d'exécution financière des marchés publics, en cas de paiement obtenu par fraude^[4]. Il relève ensuite que les juridictions judiciaires du fond accueillent, pour leur part, la théorie du créancier apparent à l'appui de conclusions tendant au rejet de la demande de paiement du véritable créancier, lorsque la victime démontre, au vu des circonstances précises de l'espèce, que l'escroc qui lui a demandé paiement revêtait toutes les apparences de son créancier, et qu'elle pouvait donc légitimement croire qu'il s'agissait bien de son créancier, au regard de la vigilance dont toute personne normalement diligente aurait fait preuve dans la même situation, au vu des éléments à sa disposition^[5]. En revanche, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur l'application de la théorie du créancier apparent en cas de fraude.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a néanmoins consacré la théorie du mandat apparent. Ainsi, « le mandat peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient

[2] Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, V^e Apparence ; cité dans M. Boudot, « Apparence », *Répertoire de droit civil*, mai 2018 (actualisation : décembre 2019).

[3] Boudot, « Apparence », *Répertoire de droit civil*, mai 2018 (actualisation : décembre 2019).

[4] CAA Douai 26 mars 2024, req. n° 22DA01355, commentée par J. Dietenhoeffer, *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2024, comm. 184 « Exécution – obligation de paiement de l'acheteur à la suite d'une fraude à la facture » ; CAA Nancy 22 décembre 2022, req. n° 20NC02692 ; CAA Paris 10 avril 2018, req. n° 17PA03697. Les tribunaux administratifs ont rendu des jugements récents dans le même sens avant l'arrêt commenté : TA Poitiers 4 octobre 2024, req. n° 2202205 ; TA Strasbourg, 17 août 2023, req. n° 23033179.

[5] Conclusions N. Labrune, sous CE 21 octobre 2024, req. n° 487929. Par exemple, CA Paris 21 décembre 2023, n° 20/16722 ; CA Nancy, 1^{re} chambre, 25 septembre 2023, n° 22/02049 ; CA Aix-en-Provence 31 décembre 2023, n° 20/07539 ; CA Agen 10 janvier 2024, req. n° 22/00844 ; Tribunal judiciaire, Strasbourg, 27 novembre 2024, n° 24/00409.

[1] CE 21 octobre 2024, B, req. n° 487929, considérant 4.

le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs^[6]. La Cour de cassation a ultérieurement censuré un arrêt d'appel au motif que les juges du fond n'avaient pas relevé « de circonstances ayant autorisé » le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs du mandant^[7].

La théorie de l'apparence ne peut donc exonérer le tiers trompé qu'à la condition que les circonstances l'autorisent à ne pas vérifier les limites du pouvoir du mandant. L'application de cette théorie est donc par définition casuistique puisqu'elle dépend étroitement des circonstances de fait dans lesquelles le tiers a pu croire légitimement dans les apparences et donc, des informations à sa disposition.

En droit des contrats publics, l'application de la théorie du mandat apparent au stade de la formation du contrat avait déjà été écartée. En ce sens, le Conseil d'État avait confirmé la nullité d'un marché signé par un conducteur de travaux appartenant à la société attributaire, alors que les dispositions du Code des marchés publics en vigueur exigeaient du pouvoir adjudicateur qu'il vérifie l'habilitation de la personne représentant la société à signer le marché, ce qui excluait la prise en compte de l'apparence de qualité de celui qui prétendait pouvoir signer le marché^[8].

Dans la décision commentée, le Conseil d'État retient une analyse comparable dans l'exécution financière du marché litigieux, en cas de fraude pour retenir que les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil « ne sont pas applicables aux contrats administratifs »^[9] suivant en cela son rapporteur public.

Celui-ci relevait que les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil n'avaient pas été conçues pour régler le cas d'une apparence frauduleuse, mais pour régler les situations dans lesquelles un mandataire excédait les termes du mandat consenti. Il relevait également que le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique qui dispose « le paiement est libératoire lorsqu'il est fait au profit du créancier ou de son représentant qualifié. Les cas dans lesquels il peut être fait entre les mains d'une autre personne sont fixés par décret pris sur rapport du ministre chargé du budget »^[10], ne renvoie nullement au Code civil, contrairement à d'autres dispositions de ce même décret qui opèrent un renvoi exprès^[11]. Il y voit le signe de ce que la théorie du créancier apparent est inapplicable au paiement des marchés publics effectués entre de mauvaises mains au terme d'une fraude^[12].

En outre, il faut également souligner que dans le cadre très formalisé de la conclusion des contrats de la

commande publique, on voit difficilement comment la théorie du créancier apparent pourrait être utilement invoquée par l'acheteur, si l'on s'en tient à la seule conception retenue par la Cour de cassation en matière de mandat apparent qui impose au juge du fond de relever les circonstances qui autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites du mandat pour appliquer cette théorie.

En effet, les marchés publics sont des contrats écrits dont la traçabilité à tous les stades de la passation est assurée, en vue d'une bonne utilisation des deniers publics – il n'est pas inutile de le rappeler^[13]. En d'autres termes, dès attribution du marché, les acheteurs disposent de l'ensemble des documents nécessaires à l'identification et aux conditions de règlement des prestations du titulaire qui a déjà fourni toutes les pièces requises, notamment, l'acte d'engagement qui comporte outre l'identité du représentant – mais celle-ci a été usurpée dans notre cas – les coordonnées bancaires du titulaire. La personne publique a donc objectivement les moyens de vérifier ces coordonnées au moment du paiement en consultant l'acte d'engagement, sans donc se livrer à des recherches approfondies.

Enfin, en cas d'incohérence faisant naître un doute, la personne publique peut toujours, comme l'y invitait judicieusement un précédent commentateur, interrompre le délai de paiement, dans l'attente du résultat de la vérification et en informer le créancier, en application du Code de la commande publique^[14].

Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État refuse donc dans sa décision du 21 octobre dernier, d'appliquer les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil aux contrats administratifs considérant que le pouvoir adjudicateur qui paie de bonne foi les factures reçues sur le compte d'un escroc qui usurpe l'identité du titulaire du marché ne peut pas se prévaloir de la théorie du créancier apparent pour s'opposer à la demande de paiement du véritable créancier.

Ce faisant le Conseil d'État confirme le mouvement initié par plusieurs cours administratives d'appel et tribunaux administratifs qui ont expressément écarté la théorie du créancier apparent en matière d'exécution financière des marchés publics, en cas de paiement obtenu par fraude^[15].

[13] CCP, art. L. 3 : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ».

[14] J. Diethoeffer, « Exécution – obligation de paiement de l'acheteur à la suite d'une fraude à la facture », *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2024, comm 184.

[15] CAA Douai 26 mars 2024, req. n° 22DA01355, J. Diethoeffer, *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2024, comm 184 « Exécution – obligation de paiement de l'acheteur à la suite d'une fraude à la facture » ; CAA Nancy 22 décembre 2022, req. n° 20NC02692 ; CAA Paris 10 avril 2018, req. n° 17PA03697. Les tribunaux administratifs ont rendu des jugements récents dans le même sens avant la décision commentée : TA Poitiers 4 octobre 2024, req. n° 2202205 ; TA Strasbourg 17 août 2023, req. n° 23033179.

[6] Cass. ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11.569.

[7] Cass. com. 5 octobre 1993, n° 91-17.109 : *Bull. civ. IV*, n° 319.

[8] CE 17 décembre 2008, OPAM, req. n° 282178.

[9] Considérant 4 de la décision commentée CE 21 octobre 2024, req. n° 487929.

[10] Article 36 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[11] Tel est le cas des articles 39 et 40 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 ;

[12] Concl. N. Labrune, sous CE 21 octobre 2024, req. n° 487929.

Si le renouvellement du paiement s'impose à l'acheteur même dans l'hypothèse où le titulaire a communiqué des informations au fraudeur qui ont permis la manœuvre frauduleuse, ce dernier peut toutefois rechercher la responsabilité du titulaire lorsqu'il a, par son comportement, contribué à la commission de la fraude.

Communication des informations relatives à l'exécution administrative et financière du marché et responsabilité extracontractuelle

Victime d'une escroquerie au paiement, le cocontractant public est donc tenu de payer les sommes dues entre les mains du véritable titulaire du marché, alors qu'il les a déjà payées entre de mauvaises mains, même dans l'hypothèse où le titulaire a communiqué des informations au fraudeur qui ont permis la manœuvre frauduleuse.

Cette solution bénéficie immédiatement au titulaire du marché en ce qu'elle sécurise les paiements auxquels il a droit dans l'exécution du marché, en application de la règle du service fait^[16] et des stipulations contractuelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut ainsi se retrancher derrière le principe selon lequel une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas^[17], puisque, précisément, la prestation a été réalisée et qu'elle doit donc être réglée.

Cette décision est salutaire, dès lors qu'on se souvient que le titulaire d'un contrat public a l'obligation constante d'exécuter le contrat dont il est titulaire et ce, quels que soient les manquements commis par le pouvoir adjudicateur^[18]. Il ne peut ainsi pas recourir à l'exception

d'inexécution codifiée aux articles 1219 et 1220 du Code civil, et ne peut davantage résilier unilatéralement le contrat, à tout le moins, lorsqu'il a pour objet l'exécution d'un service public^[19].

Outre celle de l'escroc, la responsabilité du titulaire peut néanmoins être recherchée par la personne publique si le titulaire a commis une faute en contribuant à la commission de la fraude. Tel serait le cas de collaborateurs du titulaire qui communiqueraient imprudemment, comme en l'espèce, les éléments relatifs à l'exécution administrative et financière du marché dont ils sont titulaires. La personne publique serait alors bien fondée à solliciter l'indemnisation de « tout ou partie du préjudice » qu'elle subit en versant les sommes litigieuses au fraudeur, laquelle pourrait se traduire par une compensation partielle ou totale des créances respectives de celle-ci et de son cocontractant, opérée par le juge saisi de conclusions en ce sens.

Le fait générateur de la responsabilité du titulaire résiderait alors dans le comportement qui a permis la fraude et non dans l'exécution du contrat, de sorte que la responsabilité du titulaire devrait alors être recherchée sur le terrain extracontractuel. C'est donc sur ce fondement que la personne publique doit orienter ses conclusions pour obtenir l'indemnisation du préjudice subi.

Le bénéfice tiré par le titulaire de l'obligation de payer pesant sur la personne publique victime de fraude dans un premier temps, pourrait donc bien être perdu, dans un second temps, en cas de faute d'imprudence commise par celui-ci en communiquant des informations relatives aux conditions administratives et financières du marché au fraudeur qui pourrait le conduire dans les faits à rembourser tout ou partie de la somme qu'il a perçue en exécution de ses prestations.

C'est le sens de la deuxième partie du considérant 4 de la décision rendue par le Conseil d'État commentée, qui responsabilise tant la personne publique que le titulaire les obligeant à la plus grande vigilance.

[16] Articles 20 et 31 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[17] CE, sect. 19 mars 1971, req. n° 79962.

[18] CE 27 décembre 1925, Dolfini, cité par H. Hoepffner, *JCP A*, fasc. 777 : « Exécution du contrat administratif. – Droits et obligations du cocontractant ».

[19] CE 8 octobre 2014, req. n° 370644.