



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit privé général
Dirigé par Laurent LEVENEUR
2022**

***La cession de créance de droit commun à
titre de garantie***

Emma PALOMBI

Sous la direction de Jean-Jacques ANSAULT

Table des matières

PARTIE 1 LA NOTION DE CESSION DE CREANCE A TITRE DE GARANTIE	5
CHAPITRE 1 UNE PROPRIETE-SURETE	8
<i>Section 1 Des prérogatives théoriques étendues fondées sur l'absolutisme de la propriété</i>	<i>8</i>
§1 Un droit de propriété sur une créance	8
A) Le débat sur la propriété des créances	9
B) L'admission de la propriété des créances dans le droit positif	10
§2 Un atout face aux sûretés réelles traditionnelles	11
A) Le droit exclusif du cessionnaire sur la créance cédée à titre de garantie	11
B) Une exclusivité qui se dessine dans les sûretés traditionnelles	13
<i>Section 2 Des prérogatives pratiques limitées liées au caractère temporaire du transfert</i>	<i>16</i>
§1 La notion d'obligation de restitution	16
A) Le fondement de l'obligation de restitution	16
B) L'objet de la restitution	17
§2 L'inexécution de l'obligation de restitution	19
A) Les formes de l'inexécution	19
B) Les palliatifs à l'inexécution	21
CHAPITRE 2 LA CONSECRATION D'UNE SURETE AUPARAVANT CONDAMNEE	22
<i>Section 1 La requalification de la cession de créance à titre de garantie en nantissement</i>	<i>22</i>
§1 L'arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006	23
§2 L'appréciation de la requalification	23
<i>Section 2 La consécration de la cession de créance à titre de garantie en droit commun</i>	<i>25</i>
§1 Les réticences doctrinales à la consécration	25
A) Les arguments doctrinaux en défaveur de la consécration	25
B) Les arguments doctrinaux en faveur de la consécration	28
§2 La consécration législative de la cession de créance à titre de garantie en droit commun	30
A) L'avant-projet Grimaldi	30
B) L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés	31
PARTIE 2 LE REGIME DE LA CESSION DE CREANCE A TITRE DE GARANTIE	33

CHAPITRE 1 LE REGIME DE LA CESSION DE CREANCE A TITRE DE GARANTIE HORS PROCEDURE COLLECTIVE

.....	33
<i>Section 1 L'emprunt au régime de la cession de créance de droit commun.....</i>	<i>33</i>
§1 La constitution de la cession de créance à titre de garantie	33
A) Les règles de constitution issues de la cession de créance de droit commun.....	33
B) Une constitution simple face aux autres propriétés-sûretés sur créances	35
§2 Les suites immédiates à la constitution de la cession de créance à titre de garantie.....	39
A) Le transfert de propriété au cessionnaire	39
B) L'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie	41
<i>Section 2 Les règles du Code civil spécifiques à la cession de créance à titre de garantie au regard de sa finalité.....</i>	<i>45</i>
§1 Le fonctionnement de la cession de créance à titre de garantie avant l'échéance de la créance garantie.....	46
A) Le sort de la créance cédée.....	46
B) Le sort de la créance garantie	47
§2 Le fonctionnement de la cession de créance à titre de garantie après l'échéance de la créance garantie	48
A) En cas de respect par le débiteur principal de son engagement.....	48
B) En cas d'inexécution par le débiteur principal de son engagement	50
CHAPITRE 2 LE REGIME EN CAS D'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE COLLECTIVE	52
<i>Section 1 La fixité de la sûreté.....</i>	<i>52</i>
§1 L'interdiction de constituer une cession de créance à titre de garantie pendant la période suspecte	52
A) L'extension du champ d'application des nullités de plein droit de la période suspecte par l'ordonnance de 2021	52
B) Le traitement de faveur des titulaires de cessions de créances professionnelles.....	54
§2 L'interdiction de l'accroissement de l'assiette de la sûreté après l'ouverture de la procédure collective	55
A) La modification de l'article L. 622-21 par la réforme du droit des procédures collectives	56
B) La dérogation accordée aux titulaires de cessions Dailly.....	57
<i>Section 2 La réalisation de la cession de créance à titre de garantie en procédure collective</i>	<i>57</i>
§1 Le placement hors concours du cessionnaire	58
A) Le droit au paiement de la créance cédée postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ...	58
B) La déclaration facultative de la créance cédée à la procédure collective du cédant.....	61
§2 Un effet attentatoire à l'efficacité des procédures collectives.....	63
A) Un obstacle au sauvetage de l'entreprise.....	64
B) Les palliatifs à l'atteinte aux procédures collectives	65

Introduction

« Si la propriété est la somme des utilités que peut présenter un bien, au nom de quel principe contesterait-on son usage à des fins de garantie ? » s'interroge le professeur Philippe Théry¹. Pourtant la possibilité, pour un débiteur, de recourir à une créance figurant dans son patrimoine afin de garantir sa dette est loin d'avoir toujours fait l'unanimité des juristes.

1. Définitions - En effet, admettre une telle prérogative, supposait d'admettre au préalable la figure des propriétés-sûretés. Il s'agit de mécanismes de garantie qui, comme leur nom l'indique, se fondent sur le droit de propriété du constituant de la sûreté. Si la propriété peut être « retenue » ou « transmise » à titre de garantie, nous nous pencherons uniquement sur la seconde hypothèse qui est seule à englober notre sujet. Les propriétés-sûretés constituent l'un des deux versants de la catégorie des sûretés réelles (c'est-à-dire des sûretés portant sur des choses), aux côtés des sûretés traditionnelles que sont le gage, le nantissement, l'hypothèque et les privilèges. Tandis que les propriétés-sûretés confèrent un droit exclusif à leur bénéficiaire face aux autres créanciers du débiteur, les sûretés traditionnelles n'accordent qu'un droit préférentiel. La cession de créance à titre de garantie fait partie de la catégorie des sûretés-propriétés car elle implique que le débiteur-cédant transmette au créancier-cessionnaire la propriété d'une créance qu'il détient sur un tiers-débiteur cédé.

2. Historique - Le droit de propriété était utilisé à des fins de garantie dès le droit romain et se trouve à l'origine de toutes les sûretés réelles². Mais l'avènement du gage et de l'hypothèque ont permis d'abandonner la *fiducia cum creditore* romaine, en raison des inconvénients qu'elle présentait pour le crédit du débiteur³. Si la fiducie n'a pas intégré le Code civil à sa création en 1804, elle réapparaît en droit français dans les années 1980 alors que les praticiens étaient à la recherche d'un « mécanisme pouvant servir à plusieurs fonctions et jouer un rôle comparable au trust anglais »⁴. C'est dans ce contexte qu'intervient la loi du 2 janvier 1981⁵ qui introduit la cession de créances professionnelles dans le Code monétaire et financier. Dans le langage de la

¹ P. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e ed., PUF, Coll Droit fondamental, 1998, n°326 p. 382.

² J. Derrupé, « De la fiducie au crédit bail », *Ét. Ellul*, PUF, 1983 p. 449 à 457

³ L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 15^e éd, LGDJ, 2021, n°461 p.482 et 483.

⁴ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 14^e ed., LGDJ, 2021, n°708 p. 456.

⁵ L. n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.

pratique, ce mécanisme est désigné sous le nom de « cession Dailly » en référence au sénateur qui est à l'origine de la loi⁶.

En revanche, la propriété-sûreté n'a pas immédiatement intégré le droit commun. Son introduction commence en 2006 avec la propriété réservée puis par la loi du 19 février 2007⁷ et l'ordonnance du 30 janvier 2009⁸ qui consacrent le mécanisme de la fiducie-sûreté dans le Code civil. Quant à la cession de créance à titre de garantie, si l'usage de la cession de créance aux fins d'effectuer un paiement ou de réaliser une libéralité a toujours été admis⁹, son utilisation à titre de garantie n'est autorisée en droit commun que depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021¹⁰ suite à la loi « PACTE »¹¹ qui a habilité le gouvernement à instaurer une telle sûreté.

Deux avant-projets sont venus préparer la consécration de la cession de créance à titre de garantie : l'avant-projet Grimaldi de 2017 rendu sous l'égide de l'association Henri Capitant et l'avant-projet d'ordonnance mené la Chancellerie et rendu public en décembre 2020¹². Finalement seulement quatre dispositions sont dédiées à la cession de créance à titre de garantie : les articles 2373 à 2373-3 ; l'article 2373 se contentant de renvoyer au régime bien connu de la cession de créance des articles 1321 à 1326 du Code civil¹³.

3. Droit comparé - La réforme est marquée par le souci de renforcer l'attractivité du droit français¹⁴. Les transferts de propriété à titre de garantie étant déjà largement répandus dans certains droits étrangers, la consécration de la cession de créance à titre de garantie permet d'offrir aux créanciers étrangers un mécanisme bien connu de leur pratique et en lequel ils ont confiance. A titre d'exemple, l'aliénation fiduciaire s'est particulièrement développée en droit allemand où elle se manifeste sous la forme d'une coutume *contra legem*, utilisée pour échapper à l'exigence de dépossession ou de notification en matière de gage de bien corporels ou de créance¹⁵. La cession à titre de garantie se retrouve également et notamment, au Japon, en Italie,

⁶ Ainsi pour rendre plus agréable la lecture de ce devoir, nous ferons souvent référence à la cession de créances professionnelles sous l'appellation de « cession Dailly ».

⁷ L. n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

⁸ Ord. n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

⁹ Ces finalités sont aujourd'hui prévues à l'article 1321 du Code civil.

¹⁰ Ord. n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

¹¹ L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

¹² Ce dernier étant en tous points similaires à la version finale, il n'en sera pas refait état par la suite. L'avant-projet Catala qui s'intéressait à la réforme du droit des obligations de 2016 faisait également référence à la cession de créance à titre de garantie comme nous le verrons.

¹³ Il est à noter que nous ferons uniquement référence à la nouvelle numérotation issue de l'ordonnance de 2021 au long de ce devoir puisque la réforme est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2022 en application de l'article 37 de l'ordonnance.

¹⁴ Le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance du 15 septembre 2021 précise à ce titre qu'« il s'agit de permettre, aux côtés de la fiducie-sûreté et dans un souci d'attractivité internationale de la loi française, la cession de créance à titre de garantie ».

¹⁵ P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n°30, note 8.

au Luxembourg, au Québec et, bien que sa qualification soit discutée, dans les pays musulmans¹⁶.

4. Enjeux - L'attractivité du droit français dépend également de la lisibilité de notre droit. Plus il sera simple et cohérent, plus les investisseurs étrangers se l'approprièrent volontiers. Or, l'accumulation de sûretés en droit français risque de brouiller sa lecture si les frontières entre ces différentes sûretés ne sont pas clairement établies. Ainsi, il existe un juste équilibre à trouver entre la mise à disposition d'une large « boîte à outils » au profit du créancier qui exercera sa liberté contractuelle pour choisir la sûreté qui lui convient le mieux ; et l'effet pervers de la multiplication des formes de garanties.

La cession de créance à titre de garantie devra trouver sa place au sein des autres sûretés sur créances. Va-t-elle éclipser les sûretés traditionnelles grâce à l'exclusivité que lui confère sa nature de propriété-sûreté ? A prendre l'exemple du nantissement de créances professionnelles, qui a été totalement évincé en pratique par la cession Dailly, le nantissement de droit commun ne devrait pas faire long feu face à la cession de créance à titre de garantie¹⁷. Mais c'est sans compter sur la revalorisation des sûretés traditionnelles opérée par la jurisprudence et le législateur qui cherchent à intégrer dans celles-ci une part d'exclusivité au profit du créancier. Une autre question se pose alors : Le transfert de propriété qui s'opère dans le cadre de la cession de créance à titre de garantie assure-t-il au créancier de bénéficier d'une sûreté plus efficace que s'il avait eu recours à un nantissement ?

Au sein même des sûretés-propriétés, la consécration de la cession de créance à titre de garantie présente-t-elle une plus-value face à la fiducie qui permettait déjà de transférer la propriété de créances à titre de garantie ? Et quelles différences caractérisent la cession de créance de droit commun face à la cession Dailly ? Son adoption ne fait-elle pas doublon avec ce mécanisme déjà éprouvé par la pratique des affaires ?

5. Problématique - Tous ces questionnements peuvent être résumés par la question suivante qui guidera notre réflexion : Était-il opportun de consacrer la cession de créance à titre de garantie en droit commun ?

¹⁶ D. Legeais, « La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance », *JCP E* n° 16, 18 avr. 2007, II 10067.

¹⁷ P. Théry, « Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir », *RDA*, déc. 2019, p. 122 : « Si, à formalités égales, le créancier a le choix entre cession et nantissement, l'expérience de la loi Dailly qui traitait de la cession et du nantissement des créances professionnelles laisse augurer un abandon du nantissement au profit de la cession dont les effets sont plus énergiques mais aussi plus prévisibles grâce aux solutions dégagées depuis 1981 par la chambre commerciale ».

Pour répondre à cette question, il faut au préalable comprendre précisément ce que revêt la notion de cession de créance à titre de garantie (Partie 1) afin de pouvoir porter un regard critique sur son régime (Partie 2).

Partie 1 - La notion de cession de créance à titre de garantie

Afin de comprendre ce qu'est une cession de créance à titre de garantie, il conviendra d'abord de s'intéresser à la catégorie des propriétés-sûretés, dont la cession de créance à titre de garantie relève (Chapitre 1), avant d'étudier la consécration de cette dernière en droit commun par l'ordonnance du 15 septembre 2021 (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Une propriété-sûreté

Les propriétés-sûretés confèrent à leur bénéficiaire un droit de propriété sur l'objet de la sûreté. Dans le cas de la cession de créance à titre de garantie, le droit de propriété porte sur la créance cédée. En théorie, l'absolutisme qui caractérise le droit de propriété amène à considérer que le cessionnaire détient des prérogatives étendues sur la créance cédée (S1). Néanmoins, le transfert de propriété opéré dans le cadre d'une propriété-sûreté se veut temporaire ce qui réduit les prérogatives pratiques du cessionnaire (S2).

Section 1 - Des prérogatives théoriques étendues fondées sur l'absolutisme de la propriété

Le droit de propriété du cessionnaire sur la créance cédée à titre de garantie (§1) constitue un atout pour lui face aux bénéficiaires de sûretés réelles traditionnelles (§2).

§1 Un droit de propriété sur une créance

La possibilité même d'une propriété des créances a été sujet à débat au sein de la doctrine juridique (A) avant d'être tranchée par le juge et le législateur (B).

A) Le débat sur la propriété des créances

6. Définitions - La créance est définie comme un droit personnel en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur l'accomplissement d'une prestation¹⁸. La propriété, quant à elle, est désignée comme « le type le plus achevé de droit réel » en ce qu'elle permet d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et absolue sous les restrictions établies par la loi.¹⁹

7. Termes du débat - Ainsi admettre la propriété des créances implique d'admettre qu'un droit réel (la propriété) puisse porter sur un droit personnel (la créance). Ce montage ne fait pas l'unanimité en doctrine.

8. Thèse de Shalev Ginossar²⁰ - Selon Ginossar, la propriété, en ce qu'elle constitue le lien d'appartenance entre la personne et le droit en question, surplombe tous les droits. Il n'existe pas de titularité d'un droit sans droit de propriété sur ce droit. Ginossar en vient ainsi à défendre l'idée d'une propriété des droits et, *a fortiori*, celle d'une propriété des créances. Or Ginossar fonde son analyse sur une conception réduite du droit de propriété. En effet, il estime que la propriété se résume à son opposabilité aux tiers ; c'est à dire au pouvoir d'exclure autrui de toutes les utilités du bien dont on est propriétaire. La propriété n'est plus définie que de manière négative et se confond avec la notion de titularité d'un droit.

9. Thèse de Jérôme François²¹ - Au contraire, Jérôme François appréhende la propriété sous son aspect positif. Il la définit comme un pouvoir sur les utilités de la chose ; une plénitude d'accès à toutes les prérogatives de la chose. Cette approche l'amène à distinguer la chose, laquelle fait partie du monde « anté-juridique » en ce qu'elle se traduit dans la réalité matérielle, et le droit, qui n'est qu'une construction intellectuelle. Puisque le droit a été construit pour répondre à l'utilité qui lui est attachée, il se suffit à lui-même sans qu'il soit nécessaire de le subordonner au droit de propriété. Ce serait rajouter un étage inutile. Ainsi, Jérôme François considère qu'on ne peut pas parler de propriété des créances.

10. Thèse d'Eugène Gaudemet - Outre la méthode ginossardienne qui consiste à déformer la notion de propriété, d'autres partisans de la propriété des créances préfèrent analyser la créance comme un objet de patrimonialisation. Lorsque la créance n'est plus appréhendée comme un lien de droit mais comme un bien, il devient aisé d'admettre qu'elle puisse faire

¹⁸ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, Quadriga, 2022, p. 284

¹⁹ Ibid ; Art. 544, C. civ.

²⁰ S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

²¹ J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 149 à 169.

l'objet d'un droit de propriété. Eugène Gaudemet fait valoir qu'étant donné que la créance débouche sur l'exécution d'une prestation qui représente une valeur, elle est elle-même une valeur. On peut reprocher à cette thèse de procéder par raccourci de la pensée. Ce n'est pas parce qu'une créance aboutira ultimement à la propriété d'un bien qu'elle est, dans sa nature, un bien.

B) L'admission de la propriété des créances dans le droit positif

11. Admission en jurisprudence - La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt « Raffineries Grecques » du 9 décembre 1994²², a reconnu un droit de propriété aux titulaires de créances. Dans cette lignée, le Conseil constitutionnel, par sa décision du 29 décembre 1999²³ relative à l'affaire des emprunts Russe, a consacré « le droit de propriété des titulaires de créances » s'agissant des créances d'indemnisation des porteurs d'emprunts russes. Elle a confirmé cette position dans une décision du 10 juin 2010²⁴ qui concernait la loi instaurant l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) et dans laquelle elle évoque le « droit de propriété des créanciers » dont les droits sont nés antérieurement à la constitution de l'EIRL.

12. Admission par le législateur - Le mouvement de patrimonialisation des créances se retrouve dans les textes du Code civil. En effet, l'article 529 du Code civil, qui n'a pas été retouché depuis 1804, semble ranger les créances parmi les biens meubles puisqu'il dispose que « sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers (...) ».

On constate également que dans certains cas, le Code civil admet la figure d'un droit réel portant sur une créance. C'est le cas du nantissement de créance prévu à l'article 2355 du Code civil, puisqu'il s'agit d'une sûreté réelle ayant pour objet une créance. Une autre illustration de la superposition d'un droit réel et d'un droit personnel peut être trouvée dans le phénomène de la transmission d'une créance à cause de mort. Lorsqu'une personne décède et laisse pour lui succéder un conjoint survivant et leurs enfants communs, il est courant que le conjoint survivant reçoive la totalité de la succession en usufruit et les descendants en nue-propriété²⁵. Le Code civil prévoit alors que l'usufruit des créances figurant dans le patrimoine du défunt reviendra au conjoint survivant, tandis que la nue-propriété sera octroyée aux enfants. Il s'agit bien d'un

²² CEDH, 9 décembre 1994, 13427/87, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*.

²³ Conseil const., 29 décembre 1999, 99-425 DC, *Loi de finances rectificative pour 1999 – Conformité*.

²⁴ Conseil const., 10 juin 2010, 2010-607 DC, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée - Non-conformité partielle*.

²⁵ Art. 757, C.civ.

droit réel (nue-propriété ou usufruit) qui porte sur un droit personnel (la créance). De prime abord, il semble qu'admettre un tel démembrement de la créance revient à admettre qu'il puisse exister, en amont, une propriété pleine et entière sur la créance. Au contraire, certains auteurs, considèrent que l'usufruit des créances n'est pas assimilable à l'usufruit d'une propriété mais qu'il s'agit en réalité d'une titularité de la créance amputée d'un certain nombre de prérogatives²⁶. On ne pourrait pas alors déduire de cette figure une propriété des créances.

13. Dénouement du débat - Aujourd'hui le concept de propriété des créances a été définitivement consacré par le législateur. L'article 1-1 de la loi à l'origine la cession Dailly²⁷, dont la formule est reprise à l'article L313-24 du Code monétaire et financier, dispose que « la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée ». A son tour, le nouvel article 2373 du Code qui consacre la cession de créance à titre de garantie en droit commun parle de « propriété d'une créance ».

Toutefois le débat doctrinal conserve de son intérêt s'agissant de savoir si ce droit de propriété, tel qu'il est reconnu par le législateur, confère au titulaire d'une créance toutes les prérogatives normalement attachées à la propriété. Nous verrons que dans le cas de la cession de créance à titre de garantie, il n'est pas question d'un droit de propriété plein et entier sur la créance mais d'un droit amputé de certaines prérogatives.

Le droit exclusif conféré au cessionnaire en tant que propriétaire de la créance cédée constitue pour lui un atout face aux titulaires de sûretés traditionnelles.

§2 Un atout face aux sûretés réelles traditionnelles

En tant que propriétaire de la créance cédée à titre de garantie, le cessionnaire dispose d'un droit exclusif sur celle-ci (A). Néanmoins cette exclusivité se dessine dans les sûretés traditionnelles sans y revêtir la même portée (B).

A) Le droit exclusif du cessionnaire sur la créance cédée à titre de garantie

14. Un atout pour le cessionnaire - Le droit de propriété se caractérise, entre autres, par l'exclusivité qu'il confère à son titulaire sur le bien objet de propriété. Celle-ci permet d'exclure les tiers de toutes les utilités du bien. Dans la cession de créance à titre de garantie, le cessionnaire, en tant que propriétaire, dispose d'un droit exclusif sur la créance cédée. Ainsi, il

²⁶ R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », RTD Civ., 1997, p.615 : présente l'usufruit des créances comme un « décalque mutilé des droits du créancier, qui sont à l'évidence de nature personnelle ».

²⁷ L. n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.

est protégé face aux autres créanciers du cédant. Concrètement, puisque la créance cédée quitte le patrimoine du cédant pour rejoindre celui du cessionnaire, elle devient indisponible pour les créanciers du cédant qui ne pourront pas la saisir. Au contraire, la solution est inverse s'agissant des créanciers du constituant d'un nantissement de créance en raison du caractère non translatif de l'opération.

Ensuite, à compter de la date de l'acte de cession, le cédant ne peut plus réclamer paiement de la créance au débiteur cédé. En effet, c'est à cette date que la cession lui est opposable²⁸. En revanche, il est possible que le débiteur cédé se libère valablement entre les mains du cédant tant que la cession de créance ne lui a pas été notifiée, ou qu'il n'en a pas pris acte car avant cela, la cession ne lui est pas opposable²⁹.

Le cédant ne pourra pas non plus constituer une sûreté supplémentaire sur cette créance. Au contraire, cette protection n'existe pas dans le nantissement où le constituant, qui est resté propriétaire, a la possibilité de consentir plusieurs nantissements successifs sur une même créance.

15. Inconvénient de l'exclusivité - La créance faisant désormais partie du patrimoine du cessionnaire, c'est à lui qu'incombe dorénavant la conservation de la créance cédée. Or il n'est pas forcément le mieux placé pour réagir face aux événements affectant ses chances de recouvrement car il ne dispose pas toujours des pièces nécessaires (documents contractuels, titres de créances etc.)³⁰. Au contraire, en présence d'un nantissement de créance, c'est au constituant qu'il revient de conserver la créance, ce qui réduit la responsabilité du créancier nanti³¹.

16. Un risque pour le cédant - Dans l'hypothèse où la créance garantie arrive à échéance après la créance cédée, le cessionnaire doit être en mesure de restituer les sommes qu'il a perçues du débiteur cédé au cédant si ce dernier s'exécute à l'échéance de la créance garantie. Or il est possible qu'après avoir désintéressé le créancier, le cédant se heurte à l'insolvabilité du cessionnaire. En effet, ce dernier a pu disposer des sommes reçues du débiteur cédé avant que la créance garantie ne soit arrivée à échéance ; c'est-à-dire alors que le cédant n'était pas encore défaillant, et peut ne plus être en mesure de les restituer car il est devenu insolvable.

Au contraire, ce risque est moins présent dans le nantissement de créance. La créance étant restée dans le patrimoine du constituant, si la créance nantie arrive à échéance avant la créance

²⁸ Art. 1323, C. civ.

²⁹ Art. 1324, C. civ. ; V. *infra* n°80 à 83.

³⁰ M. Julienne, « Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ? », *RDC* 2018, p. 318.

³¹ *Ibid.*

garantie, le créancier nanti ne peut pas disposer librement des sommes perçues. L'article 2364 du Code civil prévoit que celles-ci doivent être conservées sur un compte spécialement affecté ouvert à cet effet. Cette disposition protège le constituant car elle diminue le risque de dilapidation des sommes perçues par le cessionnaire et permet ainsi de s'assurer que ce dernier exécutera son obligation de restitution si le constituant s'exécute. Il convient de noter qu'avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, il était seulement précisé que les sommes étaient versées sur un compte ouvert auprès d'un établissement de crédit et non un compte « spécialement affecté ouvert à cet effet » comme il est maintenant fait mention à l'article 2364. Ainsi les nantissements de créance soumis au droit antérieur à la réforme sont moins bien protégés contre le risque d'une éventuelle insolvabilité du bénéficiaire du nantissement que les nantissements conclus après le 1^{er} janvier 2022.

Outre la dilapidation des sommes perçues par le cessionnaire, puisque la créance figure désormais dans le patrimoine de ce dernier, il est possible que les créanciers du cessionnaire saisissent la créance cédée³². Le cessionnaire sera, ici encore, dans l'impossibilité de restituer la créance cédée. Cette hypothèse ne pourrait pas se rencontrer si la sûreté constituée est un nantissement.

Si la cession de créance à titre de garantie confère une exclusivité à son bénéficiaire, cet atout semble se retrouver dans certaines sûretés réelles traditionnelles.

B) Une exclusivité qui se dessine dans les sûretés traditionnelles

17. Questionnement - En théorie, l'exclusivité est un caractère propre aux propriétés-sûretés car seules ces dernières entraînent un transfert de propriété du bien qui fait l'objet de la sûreté, du patrimoine du constituant à celui du bénéficiaire (ou au patrimoine fiduciaire). Pourtant, au fil de l'évolution des sûretés traditionnelles, on remarque une volonté jurisprudentielle puis législative d'y introduire une part d'exclusivité. On cherche ainsi à assurer la compétitivité de ces dernières face aux propriétés-sûretés. Est-ce à dire que le bénéficiaire d'une sûreté traditionnelle est placé dans la même situation d'exclusivité que le cessionnaire d'une cession de créance à titre de garantie ? La comparaison sera dressée par rapport au nantissement de créance puisqu'il s'agit de la seule sûreté réelle traditionnelle ayant pour objet une créance.

32 M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7e éd., Sirey, 2020, n° 745 in fine.

18. Le droit antérieur à l'ordonnance du 15 septembre 2021 - Par une décision du 26 mai 2010³³ rendu sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré au profit du bénéficiaire d'un nantissement de créance signifié un droit exclusif à recevoir le paiement de la créance nantie. Cet arrêt anticipe l'adoption de l'article 2363 du Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006 qui réforme le droit des sûretés. En effet, cet article disposait qu'« Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts. ». La doctrine majoritaire a vu dans cette formulation la preuve du droit exclusif du créancier nanti sur la créance nantie³⁴. La jurisprudence rendue en application du droit issu de la réforme de 2006 est venue confirmer l'analyse majoritaire³⁵.

19. Le droit actuel - L'article 2363 issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021 énonce désormais qu'« Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts ». Le créancier nanti étant titulaire d'un droit de rétention, il devient incontestable qu'il dispose d'une exclusivité sur la créance nantie après notification. Cette exclusivité conférée après notification au créancier nanti, rapproche son statut de celui du bénéficiaire d'une cession de créance à titre de garantie et vient brouiller la distinction entre les deux sûretés³⁶. Si ce rapprochement se justifiait, avant l'ordonnance de 2021, par la volonté d'offrir aux créanciers de droit commun des sûretés sur créances efficaces ; cette justification ne tient plus depuis la consécration de la cession de créance à titre de garantie. Il nous semble que l'exclusivité se

³³ Cass. Com., 26 mai 2010, n°09-13.388 : En l'espèce, une banque avait financé l'acquisition d'un immeuble par un prêt et s'était fait consentir, en garantie du remboursement du prêt, une cession des loyers dus à l'emprunteur. Elle a signifié la cession au locataire avant qu'une procédure collective ne soit ouverte à l'encontre du cédant. Pourtant, à compter du jugement d'ouverture, le locataire s'est acquitté auprès des organes de la procédure. La banque cessionnaire reprochait au liquidateur de ne pas lui avoir reversé ces sommes. La Cour de cassation lui donne raison tout en requalifiant l'opération en nantissement de créance.

³⁴ Dans ce sens : L. Aynès, « Le nantissement de créance : entre gage et fiducie », *Dr. et patr.*, 2007, n° 162, p. 66 ; L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 472 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 1804. ; P. Crocq, « La réforme des sûretés mobilières », *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (dir. Y. Picod et P. Crocq), *Droit Procédures*, 2006, p. 23 ; V. *contra* : P. Théry, *Defrénois*, 28 févr. 2008, p. 414, note sous Cass. com., 19 déc. 2006, n°05-16395 qui refuse de lire dans l'article 2363 un droit exclusif au profit du créancier nanti car cet article, mis en perspective avec l'article 2362, aurait pour seul but de déterminer auprès de qui le débiteur nanti doit s'exécuter.

³⁵ En effet dans deux arrêts du 2 juillet 2020, où il était question de nantissements d'assurance-vie, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que le créancier nanti l'emportait sur le privilège du trésor public : Cass. 2^e civ., 2 juill 2020, n°19-11.417 et n°19-13.636 dans lesquels la Cour énonce que le créancier nanti « dispose d'un droit exclusif au paiement de la valeur du rachat, excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers du souscripteur, même privilégiés ». La solution a été réitérée dans un arrêt du 17 septembre 2020 : Cass. 2^e civ., 17 sept. 2020, n°19-10.420. Puis du 10 décembre 2020 : Cass. 2^e civ., 10 déc. 2020, n°19-19.340.

³⁶ D. Legeais, « Le nantissement de créance », *Dr. et patr.*, sept. 2007, p. 54. Spéc. p. 60 : la reconnaissance d'un droit exclusif « conduit à assimiler un nantissement à une cession ».

comprend mieux s'agissant de cette dernière car elle découle du droit de propriété conféré au cessionnaire. Les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas voulu priver le créancier nanti d'une exclusivité sur la créance nantie, car la pratique se serait alors probablement désintéressée du nantissement de créance. Finalement, ils ont fait le choix de la cohabitation en droit commun de deux sûretés sur créances qui produisent des effets similaires au détriment de la lisibilité du droit des sûretés.

Toutefois, l'incertitude demeure sur le point de savoir si cette exclusivité se retrouve avant la notification du nantissement au débiteur nanti. Puisque l'article 2363 distingue la période qui précède la notification de celle qui la suit, on pourrait en déduire qu'avant la notification, il n'existe pas de droit de rétention sur la créance nantie ; celui-ci étant consacré seulement pour la période postérieure à la notification. Au contraire, dans le cadre d'une cession de créance à titre de garantie, la propriété de la créance étant transférée au cessionnaire dès la constitution de la sûreté³⁷, il est acquis que l'exclusivité dont bénéficie le cessionnaire naît à cette date. De ce point de vue, il est plus sécurisant pour un créancier d'avoir recours à une cession de créance qu'à un nantissement.

De plus, l'exclusivité conférée par l'article 2363 du Code civil est difficilement conciliable avec l'article 2361-1 qui règle l'hypothèse de nantissements successifs d'une même créance. Il se peut que seul le créancier second en date ait procédé à une notification auprès du débiteur nanti. En application de l'article 2363, il devrait, grâce à cette notification, bénéficier d'un droit exclusif sur la créance nantie. Or l'article 2361-1 règle le conflit entre les créanciers nantis par la date des actes ; de sorte que le créancier second en date devra restituer les sommes perçues au créancier premier en date. Dans cette hypothèse, l'exclusivité est donc seulement relative et ne déploie pas tous ses effets³⁸.

Nous verrons également par la suite que l'efficacité du nantissement n'est pas assurée lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du constituant³⁹.

Bien que l'absolutisme du droit de propriété confère en théorie d'importantes prérogatives au cessionnaire ; puisqu'il s'agit d'une cession effectuée à titre de garantie, le transfert de la propriété de la créance cédée est temporaire, de sorte qu'en pratique, les prérogatives du cessionnaire se voient restreintes.

³⁷ Art. 1323, C. civ.

³⁸ P. Théry, Note sous Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16395, *op. cit.* : va jusqu'à considérer que l'article 2361-1 permettrait à n'importe quel créancier de meilleur rang que le créancier nanti de venir réclamer paiement à ce dernier après coup.

³⁹ V. *infra* n° 110 à 113.

Section 2 - Des prérogatives pratiques limitées liées au caractère temporaire du transfert

Une obligation de restitution pèse sur le cessionnaire dans l'hypothèse où le cédant s'exécute à l'échéance de la créance garantie (§1). En cas d'inexécution de cette obligation, le cessionnaire s'expose à la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle (§2).

§1 La notion d'obligation de restitution

Afin de mieux cerner ce que revêt la notion d'obligation de restitution, il conviendra d'étudier son fondement (A) puis son objet (B).

A) Le fondement de l'obligation de restitution

20. La consécration de l'obligation de restitution - C'est par une décision du 22 novembre 2005 que la Cour de cassation a pour la première fois signalé le caractère provisoire du droit de propriété du cessionnaire Dailly sur la créance cédée. Elle énonce que « si la cession de créance faite à titre de garantie, qui implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée, n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, l'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie »⁴⁰. Ainsi, lorsque le cédant exécute intégralement son obligation envers le cessionnaire, ce dernier doit lui restituer la créance cédée à titre de garantie.

21. Le principe de l'accessoire - L'obligation de restitution tire son fondement du principe de l'accessoire qui gouverne le droit des sûretés. La garantie n'étant que l'accessoire de l'obligation principale, elle doit s'éteindre avec l'extinction de cette dernière⁴¹. Il s'agit de l'issue normale de l'opération de cession de créance à titre de garantie car on attend du débiteur principal qu'il s'exécute⁴². Mais la restitution aura lieu également en présence d'un autre mode d'extinction que le paiement. Par exemple, suite à la prescription de l'obligation garantie ou si le cessionnaire consent une remise de dette au cédant.

Le recours au principe de l'accessoire explique que la restitution de la propriété au cédant opère automatiquement, dès le remboursement intégral de la créance garantie, sans que le

⁴⁰ Cass. com., 22 nov. 2005, n°03-15.669

⁴¹ Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, LGDJ Coll « Bibl de droit des entreprises en diff », 2017, n°337.

⁴² P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n°17 et s.

cédant n'ait à respecter de formalités⁴³. Ainsi, le cédant redevient propriétaire de la créance cédée au jour où il exécute son obligation envers le cessionnaire sans qu'on s'intéresse au point de savoir si la restitution a effectivement eu lieu ou non⁴⁴.

La restitution en tant que telle n'est pas propre aux propriétés-sûretés et se retrouve dans sûretés réelles traditionnelles. Par exemple, dans le gage avec dépossession, le créancier devra restituer au constituant la possession du bien gagé. En revanche, c'est seulement en matière de propriété-sûreté qu'il est question de restituer la propriété du bien donné en garantie.

Le principe de la restitution étant établi, il reste à s'intéresser à l'objet sur lequel porte cette obligation.

B) L'objet de la restitution

22. La restitution de la créance - Si le cédant désintéresse le cessionnaire à l'échéance de la créance garantie, ce dernier doit lui restituer la créance cédée à titre de garantie en vertu de l'article 2373-3 du Code civil issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021.

Il convient de se demander si le cessionnaire peut se libérer de son obligation de restitution, non pas en rétrocédant la créance cédée à titre de garantie, mais en transférant au cédant la propriété d'une autre créance de même valeur. Deux arguments semblent faire obstacle à cette possibilité. D'abord, l'article 2373-3 du Code civil s'y oppose par sa formulation. Il dispose que « Lorsque la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de celle-ci ». Il fait donc référence à la rétrocession de la créance cédée en elle-même. Ensuite, la créance cédée à titre de garantie peut être marquée d'un *intuitu personae* entre le cédant et le débiteur cédé. Le cédant peut préférer détenir une créance sur ce débiteur plutôt qu'un autre en raison de la confiance qu'il lui porte. D'ailleurs, il a sûrement choisi d'affecter cette créance en garantie de sa dette plutôt qu'une autre en raison de l'assurance qu'il avait dans les chances de remboursement de cette créance.

23. La restitution des fruits - En vertu du principe suivant lequel une sûreté ne doit pas être une source d'enrichissement pour le créancier, l'obligation de restitution du cessionnaire envers

⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n° 04-18.372.

⁴⁴ La dissociation entre le moment du transfert de propriété et celui de la restitution peut se produire notamment dans le cas où l'objet de la restitution porte sur des sommes d'argent. Leur restitution suppose alors un acte positif de la part du cessionnaire tel un virement d'un compte bancaire à un autre s'il s'agit de monnaie scripturale. Au contraire, lorsque la restitution porte sur la créance elle-même, elle peut opérer immédiatement car la créance n'a pas de traduction en tant que telle dans le monde matériel ; de sorte que le transfert de propriété aura lieu en même temps que la restitution.

le cédant s'étend aux fruits que la créance cédée à titre de garantie a pu générer, notamment d'éventuels intérêts (article 2374-6)⁴⁵.

24. La restitution des sommes perçues - Dans l'hypothèse où le débiteur cédé aurait payé le cessionnaire avant que celui-ci ne soit désintéressé par le cédant, la créance cédée ne pourra pas, en tant que telle, être restituée puisque celle-ci s'est éteinte suite au paiement. Dans cette hypothèse, à supposer que la créance qui a été cédée à titre de garantie est une créance monétaire, le cessionnaire devra restituer au cédant les sommes perçues au titre de la créance cédée⁴⁶. Compte tenu de la fongibilité de la monnaie, il importe peu que les sommes restituées par le cessionnaire soient celles reçues du débiteur cédé⁴⁷. Dans cette configuration, le cessionnaire peut exercer pleinement les prérogatives d'un propriétaire en disposant du bien reçu⁴⁸.

25. La restitution d'un corps certain ou d'une prestation - A l'inverse, quel est l'objet de la restitution lorsque la créance cédée à titre de garantie n'est pas une créance de donner une chose fongible mais de donner un corps certain ? Le cessionnaire doit-il restituer ce bien déterminé ou peut-il se contenter de transmettre au cédant une somme d'argent d'une valeur équivalente ? Dans le même ordre d'idées, lorsque la créance cédée est une créance de faire ou de ne pas faire, comment se traduit l'exécution de l'obligation de restitution ?

Ces questions sont susceptibles de se poser en pratique car l'article 2373 renvoie au régime de la cession de créance de droit commun qui ne précise rien quant à la nature des créances pouvant faire l'objet d'une telle cession. Ainsi la cession de créance de droit commun à titre de garantie peut porter sur n'importe quelle créance quelle que soit sa nature.

Un auteur a fait valoir que « dès lors que la restitution de la chose due, c'est-à-dire en nature, n'est pas possible, c'est une restitution en valeur, d'un montant équivalent à celle-ci qu'il faut envisager »⁴⁹. Ainsi, dès lors que le paiement effectué par le débiteur cédé éteint la créance cédée, le cessionnaire n'aurait qu'à restituer au cédant un montant équivalent au bien qu'il a perçu du cédé. Pourtant, il est possible que le cédant soit attaché au corps certain sur lequel portait la créance cédée à titre de garantie. Les nouveaux articles sur la cession de créance à titre de garantie issus de l'ordonnance de 2021 n'apportent pas de précision à cet égard. Il aurait été préférable que la réforme rentre davantage dans le détail de l'objet de la restitution.

⁴⁵ M. Grimaldi, « Réflexions sur les propriétés-sûretés », *Mélanges J. Dupichot*, Bruylant, 2005, p. 169, n°10.

⁴⁶ Art. 2374-6, C. civ.

⁴⁷ A. Aynès, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *JCP N* n°47, 26 nov. 2021, p. 1334.

⁴⁸ Art. 2374-3, C. civ.

⁴⁹ X. Delpech, « Restitution des créances cédées à titre de garantie inscrites en compte courant », *D.* 2006. p. 2028.

Si le cessionnaire n'exécute pas son obligation de restitution envers le cédant, il risque d'engager sa responsabilité contractuelle.

§2 L'inexécution de l'obligation de restitution

Après avoir présenté les différentes formes d'inexécution de l'obligation de restitution (A), nous verrons comment il serait possible de l'éviter (B).

A) Les formes de l'inexécution

L'inexécution par le cessionnaire de son obligation de restitution constitue une faute susceptible d'entraîner sa responsabilité contractuelle. Au-delà de la restitution de la créance cédée, celle-ci doit avoir conservé son utilité pour le cédant qui en recouvre à nouveau la titularité. Ainsi, le cessionnaire est privé de certaines prérogatives sur la créance cédée pendant qu'il en est propriétaire car leur exercice serait assimilable à une inexécution de son obligation de restitution. Les diverses formes d'inexécution de cette obligation sont donc autant de limites à la liberté du cessionnaire de disposer, en tant que propriétaire, du bien reçu.

26. Délais de paiement - Dans un arrêt du 8 janvier 1991⁵⁰, il était question d'une cession Dailly effectuée à titre de garantie au profit d'une banque. Le cédant reprochait à la banque d'avoir accordé des délais de grâce au débiteur cédé. La chambre commerciale de la Cour de cassation estime que le cessionnaire peut accorder des délais de paiement au débiteur cédé tant qu'il ne laisse pas disparaître des chances sérieuses de recouvrement au profit du cédant. Sinon, il engage sa responsabilité à l'égard de ce dernier⁵¹.

27. Déclaration de créance - Le 20 octobre 2009⁵², la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à traiter d'une affaire dans laquelle une banque bénéficiaire d'une cession Dailly à titre de garantie n'avait pas déclaré la créance cédée à la procédure collective du débiteur cédé ; de sorte que cette créance était éteinte en vertu de la loi du 25 janvier 1985⁵³ applicable en l'espèce. Le cédant estimait que le cessionnaire ne pouvait plus exiger de lui le remboursement de la dette principale en raison de l'extinction de la créance cédée. Il faisait valoir que la banque était seule à pouvoir déclarer cette créance à la procédure collective du

⁵⁰ Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-13.711.

⁵¹ D. Fenouillet, *RJ Com.* 1993, n°39 s., p. 208 s., note sous Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-13.711 : selon cet auteur, la possibilité même d'accorder des délais de grâce au débiteur cédé ne devrait pas être reconnue au cessionnaire.

⁵² Cass. com., 20 oct. 2009, n°08-18.233.

⁵³ L. n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

cédé puisqu'elle avait notifié la cession au débiteur cédé. C'est à bon droit que la Cour de cassation lui donne tort en distinguant la créance cédée (qui était éteinte) de la créance garantie (qui ne l'était pas).

Bien que l'arrêt ne traite pas de la question, il était possible de se demander si l'absence de déclaration n'était pas de nature à engager la responsabilité contractuelle de la banque cessionnaire. En effet, en raison de l'extinction de la créance cédée, celle-ci ne pouvait pas être restituée au cédant qui s'exécuterait au titre de l'obligation principale. C'est pourquoi certains auteurs estiment que cette situation est de nature à engager la responsabilité du cessionnaire à l'égard du cédant⁵⁴. D'autant plus que le cédant ne pouvait procéder lui-même à la déclaration de créance que seule la banque pouvait réaliser. S'il souhaite engager la responsabilité du cessionnaire, le cédant devra chiffrer le montant de son préjudice en donnant une estimation des sommes qui lui auraient été versées s'il avait participé à la procédure⁵⁵.

Aujourd'hui, en vertu de la loi du 26 juillet 2005⁵⁶, la sanction de l'absence de déclaration d'une créance en procédure collective n'est plus l'extinction de la créance mais son inopposabilité à la procédure⁵⁷. Le cessionnaire pourra donc restituer la créance au cédant mais celui-ci ne pourra pas l'opposer à la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur cédé. Il semble que la solution reste la même. En effet, puisque le cédant n'obtiendra rien des répartitions, il devrait pouvoir invoquer la disparition de chances sérieuses de recouvrement pour engager la responsabilité contractuelle du cessionnaire en application de la solution du 8 janvier 1991⁵⁸.

28. Résiliation - Dans le même esprit, des auteurs estiment que le cessionnaire ne dispose pas du pouvoir de résilier la créance cédée à titre de garantie car il serait alors empêché de restituer cette créance au cédant⁵⁹.

29. Rétrocession de la créance cédée à titre de garantie à un tiers - Cette obligation de restitution n'interdit pas au cessionnaire de céder la créance reçue à titre de garantie à un tiers avant que le débiteur principal ne s'exécute. Toutefois, il devra être en mesure de restituer cette

⁵⁴ Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.* ; F. Pérochon, « Cession de créances professionnelles : obligation du cédant de rembourser le crédit en dépit de l'extinction de la créance cédée en garantie », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 2, comm. 63 ; F. Petit, « L'absence de déclaration d'une créance cédée à titre de garantie d'un crédit ne prive pas le cessionnaire de son action contre le cédant pris en sa qualité de débiteur principal », *Act. proc. coll.*, 2009-20, comm. 303.

⁵⁵ P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 11^e ed. Dalloz, 2020, n° 665.78, p. 1673.

⁵⁶ L. n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁵⁷ Art. L. 622-26, al. 1 et 2, C. com.

⁵⁸ Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-13.711, *op. cit.*

⁵⁹ P. Deniau et P. Rouast-Bertier, « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *RD banc. fin.*, juill. 2008, étude 13, p. 11, spéc. n°62.

créance au débiteur principal. Ainsi, il faudra prévoir une obligation de rétrocession à la charge du tiers cessionnaire sous condition suspensive d'exécution par le débiteur principal de son obligation envers le créancier⁶⁰. Or une telle cession présente peu d'intérêt pour le tiers cessionnaire qui risque de devoir rétrocéder la créance qu'il a acquise ou de devoir restituer les sommes perçues au titre de cette créance. Pour que l'opération lui profite, il faudrait qu'il acquière également la titularité de la créance garantie. Ainsi, il serait assuré de recevoir un paiement qui proviendra, soit du débiteur cédé, soit du cédant. Il pourrait s'agir d'un moyen pour le cessionnaire initial d'obtenir un paiement anticipé de sa créance contre le débiteur principal.

Finalement, il suffirait au bénéficiaire de la sûreté de céder la créance garantie sans avoir à céder séparément la créance reçue à titre de garantie. En effet, selon l'article 1321 du Code civil, la cession d'une créance « s'étend aux accessoires de la créance », dont les sûretés qui l'accompagnent. Ainsi, la créance cédée à titre de garantie sera automatiquement transférée à l'acquéreur de la créance garantie.

Les remèdes à l'inexécution existent dans d'autres formes de propriété-sûretés où le législateur a introduit des mesures destinées à préserver l'assiette de la sûreté et permettre sa restitution à l'issue de la garantie.

B) Les palliatifs à l'inexécution

Le législateur a introduit dans le droit de la fiducie des mesures qui visent à préserver l'assiette du patrimoine fiduciaire.

30. La désignation d'un tiers protecteur dans la fiducie - L'article 2017 du Code civil prévoit que le constituant peut « désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat ». Le fiduciaire devra lui rendre compte de sa mission, afin que ce tiers vérifie que le but déterminé par le contrat de fiducie est respecté⁶¹. Dans le cadre d'une fiducie-sûreté, il s'agira en général de s'assurer que les actifs présents dans le patrimoine fiduciaire sont convenablement conservés. Selon l'article 2027, si ce tiers constate des manquements de la part du fiduciaire, il « peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire ».

⁶⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., n°158 p. 132

⁶¹ V. Lasbordes de Virville, « La cession de créance à titre de garantie », *RD banc. fin.*, n° 1, Janvier 2009, dossier 3.

31. L'application dans le cadre de la cession de créance - Concernant la cession de créance à titre de garantie, on pourrait envisager qu'un tiers soit chargé de veiller à la conservation de la créance par le cessionnaire. La figure de l'agent des sûretés, qui existe déjà aux articles 2488-6 et suivant du Code civil, pourrait assumer ce rôle. Il lui reviendrait, par exemple, de mettre en œuvre des mesures conservatoires sur les actifs du débiteur cédé si ce dernier présente des risques d'inexécution ou encore de déclarer la créance cédée à la procédure collective du débiteur cédé. Il s'agirait d'une atteinte portée au droit de propriété du cessionnaire dans le but de s'assurer de la restitution de la créance à l'issue de la garantie. La réforme de 2021 n'a toutefois pas consacré un tel mécanisme.

32. La création d'un patrimoine séparé du patrimoine du fiduciaire - La fiducie-sûreté a pour particularité qu'elle entraîne la création d'un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine du fiduciaire et du bénéficiaire⁶². Cette configuration permet de mettre les actifs présents dans le patrimoine fiduciaire hors de portée des créanciers du fiduciaire ou du bénéficiaire contrairement à la créance cédée, qui peut être saisie par les créanciers du cessionnaire. Ainsi, l'objet de la sûreté est mieux préservé dans le cadre d'une fiducie.

La cession de créance à titre de garantie telle qu'elle vient d'être présentée ne figurait pas parmi les propriétés-sûretés admises par le Code civil avant son introduction récente dans notre droit positif.

Chapitre 2 - La consécration d'une sûreté auparavant condamnée

Alors que la cession de créance à titre de garantie de droit commun n'était pas admise par la jurisprudence qui la requalifiait en nantissement (S1), elle a été consacrée par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des sûretés de septembre 2021 (S2).

Section 1 - La requalification de la cession de créance à titre de garantie en nantissement

La décision du 19 décembre 2006 par laquelle la Cour de cassation a refusé qu'une créance puisse être cédée à titre de garantie en droit commun, requalifiant une telle opération en nantissement de créance (§1), mérite d'être commentée (§2).

⁶² Art. 2011, C. civ.

§1 L'arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006

33. Présentation - Dans un arrêt du 19 décembre 2006⁶³, la chambre commerciale de la Cour de cassation devait se prononcer sur l'admission ou non en droit commun, d'une cession de créance à titre de garantie.

En l'espèce, pour garantir le remboursement d'un prêt destiné à une acquisition immobilière, l'emprunteur avait cédé à la banque prêteuse les créances de loyers qu'il détenait sur les locataires de l'immeuble. Par la suite, alors qu'une procédure de redressement judiciaire avait été ouverte à l'encontre de l'emprunteur, la banque a cédé sa créance résultant du prêt à un autre établissement de crédit, lequel a signifié la cession à l'emprunteur en sa qualité de débiteur cédé avant d'assigner en paiement un des locataires au titre de la créance de loyers cédée en garantie.

Le locataire s'était opposé au paiement estimant que l'acte de cession stipulé à titre de garantie n'avait pas eu pour effet de faire sortir les créances litigieuses du patrimoine de l'emprunteur avant sa mise en redressement judiciaire et que l'établissement financier était donc dépourvu de droit envers lui.

La Cour d'appel de Paris considère que les créances de loyers ont été transmises à l'établissement de crédit en tant qu'accessoires de la créance résultant du prêt. En conséquence, l'établissement de crédit cessionnaire peut réclamer le paiement des loyers au locataire. Par cette décision, la Cour d'appel admet que la cession de créance à titre de garantie puisse produire ses effets en droit commun.

Au contraire, la Cour de cassation requalifie l'opération en nantissement de créance en se fondant sur les articles 2075 et 2078 anciens du Code civil. Elle fait valoir « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance. ».

Cette solution appelle différentes remarques.

§2 L'appréciation de la requalification

34. Conséquences de la requalification - Les conséquences de la requalification sont importantes car elle entraîne la nullité de la sûreté constituée en l'espèce. Cet arrêt était soumis au droit antérieur à la réforme du droit des sûretés de 2006. Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, qui est venue simplifier le régime du nantissement, la signification était une condition de

⁶³ Cass. com., 19 déc. 2006, n°05-16.395.

validité de l'opération⁶⁴ ; tandis qu'aujourd'hui la notification n'est plus qu'une condition d'opposabilité. En outre, la jurisprudence n'admettait pas que la signification puisse avoir lieu après l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant⁶⁵. Ainsi, en l'espèce, la signification ayant eu lieu après la mise en redressement judiciaire de l'emprunteur-constituant, elle n'était pas admissible ; de sorte qu'une condition de validité du nantissement faisait défaut. Au contraire, s'agissant d'une cession de créance, la signification prévue à l'article 1690 n'était qu'une condition d'opposabilité aux tiers. Donc la garantie aurait été valablement constituée⁶⁶.

35. Justification - La solution de la Cour de cassation semble avoir été gouvernée par une volonté de ne pas se substituer au législateur. En effet, à la date de l'arrêt, une réforme de la fiducie, qui devait comprendre la cession fiduciaire de créance était en cours de préparation et ne prévoyait qu'une ouverture restreinte de la fiducie à certains types de créanciers (établissements de crédit, entreprises d'investissement et d'assurance etc.)⁶⁷. Le juge n'a pas voulu admettre une cession de créance à titre de garantie au-delà des limites qui allaient être fixées par la loi⁶⁸.

36. Critiques - Pourtant de nombreux auteurs ont fait valoir que l'arrêt commenté représentait une occasion pour la Cour d'admettre une telle opération. D'abord, il semblerait que la cession de créance à titre de garantie avait été implicitement admise dans une décision antérieure du 20 mars 2001⁶⁹. Il s'agissait de créances de loyers éventuelles qui avaient été cédées à titre de garantie du remboursement d'un prêt. La question était de savoir si les créances cédées étaient suffisamment identifiées. Se poser cette question supposait au préalable d'admettre le principe d'une cession de créance à titre de garantie en droit commun. Ensuite, les auteurs considèrent qu'« il n'y a pas de particularisme de la cession de créance qui interdise la cession fiduciaire d'une créance » ce que traduit l'existence de la cession Dailly⁷⁰.

⁶⁴ Art. 2075 anc., C. civ.

⁶⁵ Cass. com., 23 janvier 2001, n°98-10.974.

⁶⁶ En ce sens : P. Crocq, « L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie », *RTD Civ.*, 2007, p.160.

⁶⁷ Elle est intervenue le 19 février 2007 : L. n° 2007-211, JO 21 févr., p. 3052.

⁶⁸ F. Danos, « Cession de créance à titre de garantie : rejet prétorien d'une généralisation à raison d'une validation législative limitée », *LPA*, 18 juill. 2007, n°PA200714303, p. 22.

⁶⁹ Cass. 1ère civ., 20 mars 2001, n°99-14.982.

⁷⁰ C. Larroumet, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *D.* 2007 p.344.

Enfin, les auteurs regrettent que la Cour se fonde sur la prohibition du pacte commissaire à travers l'article 2078 ancien pour rendre sa décision. Ils estiment que cette prohibition, qui existait avant la réforme du 23 mars 2006, ne s'applique pas aux créances⁷¹.

37. Confirmation jurisprudentielle - Cette solution a été confirmée par la décision du 26 mai 2010⁷² précédemment citée en ce qu'elle consacre un droit exclusif au profit du créancier nanti⁷³. Les faits étaient relativement similaires dans cette affaire soumise au droit antérieur à la réforme de 2006 et où il s'agissait également d'une cession de loyers effectuée en garantie du prêt accordé par une banque. La différence tenait à ce que le créancier avait cette fois régulièrement signifié la cession ce qui lui a permis de revendiquer les loyers auprès de la procédure collective ouverte à l'encontre du cédant.

Ces décisions de la Cour de cassation ne sont plus révélatrices du droit positif car le législateur est intervenu pour consacrer la cession de créance à titre de garantie en droit commun.

Section 2 - La consécration de la cession de créance à titre de garantie en droit commun

Malgré les réticences de la doctrine à la consécration de la cession de créance à titre de garantie en droit commun (§1), celle-ci a eu lieu à l'occasion de la réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 (§2).

§1 Les réticences doctrinales à la consécration

Les arguments de la doctrine qui s'opposaient à la consécration de la cession de créance à titre de garantie en droit commun (A) ont été dépassés par ceux qui la défendaient (B).

A) Les arguments doctrinaux en défaveur de la consécration

Les opposants à la propriété-garantie invoquent des arguments théoriques (1) et des arguments d'opportunité (2).

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388.

⁷³ V. *supra* n°18.

1) Les arguments théoriques

38. La prohibition du pacte comissoire - La cession de créance à titre de garantie investit le créancier d'un droit de propriété plein et entier sur la créance en cas de défaillance du débiteur sans contrôle du juge. Pour les opposants à sa consécration, il s'agissait d'un contournement de la prohibition du pacte comissoire⁷⁴. C'est d'ailleurs sur ce fondement (article 2078 ancien du Code civil) que la Cour de cassation s'était appuyée dans l'arrêt du 19 décembre 2006 précédemment exposé, pour requalifier la cession de créance qui lui était soumise en nantissement. Or le pacte comissoire est admis en droit commun depuis la réforme du 23 mars 2006. Il reste cependant inefficace en procédure collective⁷⁵ ; tandis que la jurisprudence a accepté que la propriété-garantie puisse également produire ses effets en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant⁷⁶.

39. Le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles - Les opposants à la consécration de la propriété-garantie argumentaient également qu'aucun texte ne prévoyait que le droit de propriété puisse être utilisé à des fins de garantie⁷⁷. En réponse, d'autres auteurs faisaient valoir que « lorsque la propriété est utilisée à des fins de garantie, aucun droit réel nouveau est créé. Tout au plus faut-il admettre l'existence d'une nouvelle garantie réelle »⁷⁸. Or cette dernière devrait être admise en vertu du principe de liberté contractuelle⁷⁹.

40. L'incompatibilité du droit de propriété et de la fonction de garantie - Ensuite, les opposants à la consécration invoquaient le fait que la nature même du droit de propriété ne lui permettrait pas d'être une sûreté. En effet, la garantie a un caractère accessoire tandis que la propriété est l'exemple même du droit réel principal. Le propriétaire est censé pouvoir disposer de toutes les utilités sur son bien. Or, comme nous l'avons vu, la propriété-sûreté a un caractère temporaire et met à la charge du créancier-propriétaire l'obligation de restitution du bien au constituant⁸⁰. Le créancier aurait l'interdiction d'aliéner le bien qui fait l'objet de la garantie. Au contraire, des auteurs considèrent que la transmissibilité du bien est possible tant qu'elle s'accompagne de celle de la créance garantie. Seule l'aliénation du bien indépendamment de

⁷⁴ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n°700.

⁷⁵ Art. L. 622-7, I, al. 3, C. com.

⁷⁶ V. *infra* n°107 à 109

⁷⁷ L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, op. cit., n°458, p. 477 à 479.

⁷⁸ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n°710 p. 457.

⁷⁹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., n°154 p. 129 à 130.

⁸⁰ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n°701 p. 454.

celle de la créance est interdite⁸¹ et risque d'engager la responsabilité contractuelle du créancier⁸².

41. La stipulation obligatoire d'un prix dans la cession de droit commun - Avant la réforme du droit des obligations de 2006, la cession de créance était traitée comme une forme particulière de vente. Elle devait stipuler un prix à moins que le transfert de la créance ne résulte d'une intention libérale. Or, la cession de créance à titre de garantie ne comporte en principe aucune stipulation de prix. D'ailleurs, l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier précise en matière de cession Dailly, que la cession transfère la propriété de la créance « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation de prix ». Aujourd'hui, la vente ne régit plus la cession de créance mais il n'est pas certain que l'obligation de stipuler d'un prix ait disparu pour autant⁸³.

2) Les arguments d'opportunité

42. Une sûreté occulte - La cession de créance à titre de garantie ne fait pas l'objet d'une publicité. Elle est opposable aux tiers automatiquement dès la date de l'acte⁸⁴. Ce caractère occulte peut entraîner des conflits entre créanciers de bonne foi qui pensent chacun bénéficier d'une sûreté sur la même créance. Il s'agirait alors d'une atteinte à la sécurité du crédit⁸⁵.

43. Le risque de disparition de la créance - Les opposants à la sûreté-propriété mettaient en garde contre le risque de disparition du bien remis entre les mains du créancier qui pourrait l'aliéner et être alors dans l'incapacité de le restituer.

44. Le gaspillage du crédit du constituant - D'après les opposants à la propriété-sûreté, en constituant une telle sûreté, le débiteur gaspille d'un seul coup le crédit qu'il peut obtenir au moyen du bien donné en garantie, ce qui porte atteinte aux intérêts des autres créanciers⁸⁶. Au contraire, les partisans de la propriété-sûreté leur opposaient le fait que le droit de rétrocession du constituant à l'encontre du cessionnaire peut en tant que tel être donné en garantie⁸⁷.

⁸¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n°158 p. 132.

⁸² V. *supra*, n°29

⁸³ Y. Buffélan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 17^e éd., Sirey, 2020, n°554 à 556.

⁸⁴ Art. 1323. C. civ.

⁸⁵ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n°705 ; L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°458.

⁸⁶ L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°458.

⁸⁷ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n°483 p. 433.

45. L'impossible poursuite de l'activité du constituant - Si toutes les créances du débiteur font l'objet d'une cession de créance à titre de garantie et que ce dernier rencontre des difficultés, le redressement de l'entreprise sera rendu impossible car il sera privé de trésorerie⁸⁸.

46. L'existence d'alternatives à la propriété-garantie - Les opposants à la propriété-garantie estimaient qu'il suffisait de renforcer les droits des bénéficiaires de sûretés traditionnelles pour rendre inutile la consécration de nouvelles sûretés⁸⁹. Dans ce sens, si on admet que le créancier nanti dispose d'un droit exclusif sur la créance nantie dès la conclusion du nantissement, la cession de créance perd de son utilité⁹⁰.

En outre, le domaine de la cession Dailly a été élargi au fil de réformes successives. Elle n'est plus seulement réservée aux établissements de crédit mais peut être effectuée au profit d'une société de financement (depuis 2014)⁹¹ ou d'un fonds d'investissement alternatifs (depuis 2018)⁹². Bien que la cession Dailly soit réservée aux créances professionnelles, les organismes de financement ont la faculté de céder des créances non professionnelles à titre de garantie par un bordereau inspiré du régime de la cession Dailly depuis l'ordonnance du 4 octobre 2017⁹³.

Après avoir présenté les arguments qui s'opposaient à la consécration de la propriété-garantie, il convient maintenant de s'intéresser à ceux qui la défendent.

B) Les arguments doctrinaux en faveur de la consécration

47. Une prérogative issue du droit de propriété - Pour les défenseurs de la propriété-garantie, le droit de propriété, en tant qu'il représente la somme des utilités que peut présenter un bien, confère à son titulaire la prérogative d'utiliser ce bien à des fins de garantie⁹⁴.

48. La reconnaissance de la propriété-garantie dans la loi - D'ailleurs, un des principaux arguments consiste à faire valoir qu'avec l'introduction de la cession Dailly par la loi du 2 janvier 1981, le législateur a admis qu'une créance puisse être utilisée à titre de garantie⁹⁵. En droit commun, la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie⁹⁶ et l'ordonnance du 30 janvier

⁸⁸ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n°704 p. 455.

⁸⁹ *Ibid*, n°706 p. 455 et 456.

⁹⁰ Dans ce sens : M. Julienne, « Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ? », *op. cit.*, n° 16 : affirmant que « cette consécration ne présente a priori guère d'intérêt si le nantissement offre déjà tous les gages de sécurité, et qu'elle risquerait même de passer pour un aveu de la faiblesse intrinsèque des sûretés traditionnelles ».

⁹¹ En application de l'ord. n°2013-544 du 27 juin 2013.

⁹² En application de l'ord. n°2017-1432 du 4 octobre 2017 : Il s'agit des fonds déclarés ouverts à des investisseurs professionnels, régis par les art. L. 214-143 s. C. mon. et fin., et des organismes de titrisation et organismes de financements spécialisés régis par les art. L. 214-166-1 s. C. mon. et fin.

⁹³ Ord. n°2017-1432 ; Art. L. 214-169 C. mon. et fin.

⁹⁴ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, n°326 p. 382.

⁹⁵ L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°458 p. 477-479

⁹⁶ L. n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

2009⁹⁷ introduisent, au sein même du Code civil, une forme de propriété-garantie. Elles offrent la possibilité de transférer des créances à titre de garantie en les affectant à un patrimoine fiduciaire. Ainsi, il ne restait qu'un pas à faire pour admettre qu'une créance puisse être cédée à titre de garantie sur le fondement du droit commun sans passer par un patrimoine fiduciaire.

Malgré ces consécutions légales, l'utilité de la cession de droit commun conserve son intérêt car, comme nous le verrons⁹⁸, la cession Dailly a un domaine plus restreint quant aux parties et à la nature de la créance cédée. Elle conserve également son intérêt face à la cession fiduciaire de créance puisque la fiducie-sûreté suppose la création d'un patrimoine fiduciaire et l'accomplissement de formalités qui n'existent pas dans la cession à titre de garantie de droit commun.

49. Une alternative face aux insuffisances des sûretés traditionnelles - En outre, les partisans de la cession de créance à titre de garantie réclamaient sa consécration en droit commun pour offrir un moyen de pallier l'inefficacité des sûretés traditionnelles en procédure collective⁹⁹.

50. L'attractivité du droit français - La propriété-sûreté a été admise dans la plupart des pays européens. Par exemple, « la cession à titre de garantie est courante en droit allemand »¹⁰⁰. Admettre la cession de créance à titre de garantie rassurerait les créanciers étrangers qui retrouveraient un mécanisme qui leur est familier. Ils se tourneront alors plus volontiers vers le droit français¹⁰¹. D'ailleurs, sans cette consécration, en application des conventions de droit international, « les juridictions françaises auraient dû admettre l'opposabilité de propriétés-sûretés constituées à l'étranger [...] alors même qu'elles n'auraient pas pu être constituées en France »¹⁰².

51. Une possibilité de consécration grâce à la réforme du droit des obligations - D'après certains auteurs, la réforme du 10 février 2016 a ouvert la possibilité de reconnaître la cession de créance à titre de garantie en droit commun. En effet, depuis la réforme, « la cession de créance est réglementée d'une manière indépendante de la vente, ce qui implique qu'elle puisse

⁹⁷ Ord. n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

⁹⁸ V. *infra*, n°63 et 64

⁹⁹ L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°458 p. 477-479

¹⁰⁰ V. Lasserre, « La cession de créance en droit français et en droit allemand », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 468.

¹⁰¹ En ce sens : P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, n°17 p.75 à 83 ; J.-D. Pellier, « Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie », *La réforme du droit des sûretés* (dir. L. Andreu et M. Mignot), LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 243 à 260, n°12.

¹⁰² L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°458 p. 478.

avoir une autre fonction »¹⁰³. De plus, l'article 1321 alinéa 1 du Code civil, issu de la réforme, prévoit que « la cession de créance n'a plus nécessairement lieu en contrepartie d'un prix et peut donc être effectuée à titre onéreux comme à titre gratuit, comme toute constitution de sûreté »¹⁰⁴.

L'ordonnance du 15 septembre 2021 a mis fin au débat doctrinal concernant l'opportunité de la consécration en introduisant la cession de créance à des fins de garantie dans le Code civil.

§2 La consécration législative de la cession de créance à titre de garantie en droit commun

La cession de créance à titre de garantie de droit commun était déjà préconisée par l'avant-projet rendu public en septembre 2017 élaboré par une commission présidée par le professeur Michel Grimaldi (A) avant d'être définitivement introduite dans le Code civil par l'ordonnance du 15 septembre 2021 (B).

A) L'avant-projet Grimaldi

L'avant-projet élaboré par l'association Henri-Capitant sous la direction du professeur Grimaldi a largement inspiré les rédacteurs de l'ordonnance. L'avant-projet prévoyait de consacrer la cession de créance à titre de garantie dans les articles 2373 à 2375. Bien que le principe même de la consécration de la cession à titre de garantie ait été repris par l'ordonnance, ses rédacteurs ont apporté quelques modifications à l'avant-projet.

52. L'identification des créances futures par leur nature - Concernant la cession de créances futures à titre de garantie, l'article 2374 énumérait une liste d'éléments permettant leur individualisation. Parmi ceux-ci, figurait la possibilité de désigner ces créances par leur nature. Or cet élément d'individualisation n'a pas été repris par l'ordonnance. Peut-être que les rédacteurs de la réforme n'ont pas jugé utile de le préciser puisque cette cession devrait concerner majoritairement des créances monétaires en pratique. Qui plus est, puisque le nouvel article 2373-1 alinéa 2 ne prévoit qu'une liste non exhaustive¹⁰⁵ d'éléments d'identification, rien n'empêche de préciser la nature des créances cédées pour leur identification. D'ailleurs, cet

¹⁰³ P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », *op. cit.* n°15 p.75 à 83.

¹⁰⁴ *Ibid* et dans le même sens : J.-D. Pellier, « Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie », *op. cit.*, p. 243 à 260, n°4.

¹⁰⁵ La liste étant introduite par « tels que ».

élément ne figure ni dans le texte relatif à la cession Dailly (article L. 313-23 du Code monétaire et financier), ni dans celui relatif au nantissement (article 2356 du Code civil).

53. Le droit exclusif du cessionnaire - Ensuite, l'article 2375 de l'avant-projet disposait que « Le cessionnaire a sur la créance cédée un droit exclusif. Il exerce l'intégralité des droits qui lui sont attachés. ». Cet article n'a pas été repris par l'ordonnance. La précision n'est pas utile car l'article 2373 énonce que la cession de créance à titre de garantie entraîne un transfert de « propriété » de la créance. Or l'exclusivité est comprise dans le droit de propriété lui-même. Il en est de même de l'absolutisme qui ressort de l'article 544 du Code civil et qui confère au propriétaire toutes les utilités de la chose.

54. L'obligation de restitution et le sort des sommes payées par le cédé - L'avant-projet Grimaldi ne prévoyait rien quant au régime des sommes versées au cessionnaire par le débiteur cédé. La question est aujourd'hui réglée par l'article 2373-2 issu de l'ordonnance. Il ne fixait pas non plus le principe de la rétrocession de la créance cédée en cas de complet paiement du cessionnaire. L'avant-projet Catala de 2005 qui visait à réformer le droit des obligations était plus explicite sur ce point puisque son article 1257-1 précisait que la créance cédée à titre de garantie « fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits ou que l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause ». L'ordonnance de 2021 n'a pas commis le même oubli puisque l'article 2373-3 consacre le retour de la créance cédée dans le patrimoine du cédant en cas de complet paiement du cessionnaire.

Après cette présentation de l'avant-projet de réforme, il convient de s'intéresser aux dispositions consacrées à la cession de créance à titre de garantie dans la réforme en elle-même.

B) L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés

55. Place dans le Code - L'ordonnance du 15 septembre 2021 introduit la cession de créance à titre de garantie aux articles 2373 à 2373-3 du Code civil dans la Sous-section 2 « De la cession de créance à titre de garantie » qui figure à la Section 2 « De la propriété cédée à titre de garantie » du Chapitre IV « De la propriété cédée ou retenue à titre de garantie » dans le Sous-titre II « Des sûretés sur les meubles » du titre II « Des sûretés réelles » au livre IV « Des sûretés ».

56. Les raisons de la consécration - Le rapport au président de la République reprend certains arguments avancés par la doctrine en faveur de la consécration. Il estime en effet que celle-ci contribue à l'attractivité internationale du droit français et permet d'offrir la possibilité d'une cession de créance à titre de garantie en dehors du domaine de la cession Dailly.

57. Présentation sommaire des articles - Ainsi, l'article 2373 pose le principe de la cession de créance à titre de garantie et la soumet au droit commun de la cession de créance (articles 1321 à 1326). La cession se fait par un transfert de propriété de la créance au cessionnaire à l'image de la cession Dailly.

L'alinéa 1^{er} de l'article 2373-1 exige que la cession à titre de garantie respecte le principe de spécialité autant concernant les créances cédées que les créances garanties. Elles doivent être « désignées dans l'acte ». L'alinéa 2 donne, à titre indicatif, des éléments permettant d'identifier ces créances si elles sont futures¹⁰⁶.

L'article 2373-2 fixe le régime des sommes versées au cessionnaire par le débiteur cédé. Si la créance garantie est échue au moment des versements, les sommes s'imputent sur celle-ci (alinéa 1^{er}). Au contraire, si la créance garantie n'est pas encore échue, le cessionnaire doit conserver les sommes dans les conditions prévues aux articles 2374-3 à 2374-6 (alinéa 2). Dans ce cas de figure, le droit de propriété du cessionnaire sur la créance cédée se reporte sur la somme d'argent qu'il a reçu. La cession de créance à titre de garantie se transforme alors en cession de somme d'argent à titre de garantie.

Pour finir, l'article 2373-3 dispose que, « lorsque la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de celle-ci. ». Le transfert de propriété de la créance cédée n'étant que temporaire, le cessionnaire devra la restituer au cédant qui l'aura désintéressé. La restitution s'opère automatiquement sans formalité.

58. Entrée en vigueur - L'ordonnance du 15 septembre 2021 entre en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Ainsi, c'est seulement à partir de cette date que les sujets de droit pourront constituer des cessions de créance à titre de garantie sur le fondement des nouveaux articles 2373 à 2373-3 du Code.

Les grandes lignes de la cession de créance à titre de garantie venant d'être dressées, il convient maintenant d'étudier le déploiement des dispositions sommairement exposées ici dans une seconde partie consacrée au régime de la cession de créance à titre de garantie.

¹⁰⁶ Indication du débiteur, lieu de paiement, montant des créances ou leur évaluation, échéance.

Partie 2 - Le régime de la cession de créance à titre de garantie

Les règles régissant la cession de créance à titre de garantie ne sont pas les mêmes suivant que cette sûreté s'inscrive dans un contexte de procédure collective (Chapitre 2) ou en dehors d'un tel contexte (Chapitre 1).

Chapitre 1 - Le régime de la cession de créance à titre de garantie hors procédure collective

La cession de créance à titre de garantie emprunte en partie au régime de la cession de créance de droit commun (S1). Néanmoins, elle ne saurait se contenter de ce régime, sa fonction de garantie l'obligeant à se soumettre à des règles spécifiques conformes à sa finalité de sûreté (S2).

Section 1 - L'emprunt au régime de la cession de créance de droit commun

L'article 2373 du Code civil issu de l'ordonnance renvoie aux articles 1321 à 1326 du Code civil issus de la réforme du droit des obligations de 2016 afin de régir la constitution de la cession de créance à titre de garantie (§1) et les suites immédiates à sa constitution (§2). Ce renvoi à un régime déjà connu a le mérite de faciliter sa compréhension par les praticiens du droit.

§1 La constitution de la cession de créance à titre de garantie

Grâce à l'application des règles issues de la cession de droit commun (A), la cession de créance à titre de garantie répond à des exigences de constitution souples en comparaison avec les autres propriétés-sûretés sur créances (B).

A) Les règles de constitution issues de la cession de créance de droit commun

59. Un acte solennel - L'article 1322 dispose que « La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité. ». La cession de créance à titre de garantie est donc un contrat

solennel qui doit être établi par acte sous seing privé ou acte authentique. Selon l'article 2373-1, cet acte devra désigner la créance garantie et la créance cédée conformément au principe de spécialité.

60. Les parties à la cession - Puisqu'il s'agit d'une créance de droit commun, il n'existe pas de condition relative à la personne du cessionnaire ou à celle du cédant. La cession de créance à titre de garantie de droit commun est ouverte à tous.

61. L'assiette de la cession - Le domaine de la cession de créances à titre de garantie est très vaste. Comme il a été vu précédemment¹⁰⁷, elle peut porter sur n'importe quel type de créance tant qu'elle est cessible. Ainsi, la créance cédée pourra être une créance monétaire ou non-monétaire, une créance de faire ou de ne pas faire. En outre, la cession de droit commun n'est pas réservée aux créances professionnelles et peut porter sur des créances civiles. De plus, peu importe que la créance cédée soit déjà échue au moment de la cession ou que son échéance soit à venir.

L'article 1321 admet que la cession ne porte pas seulement sur une créance présente mais aussi sur des créances futures. S'il s'agit d'une créance future, celle-ci devra être déterminable. L'article 2373-1 alinéa 2 donne une liste indicative d'éléments permettant leur identification.

L'article 1321 permet également à la cession de porter sur un ensemble de créances à l'image de la cession Dailly¹⁰⁸ ou au contraire sur une fraction seulement d'une créance. Le constituant peut alors utiliser la fraction non cédée de la créance dans une autre opération ; tirant ainsi parti de l'intégralité du montant de sa créance¹⁰⁹. Par contre, il ne peut pas céder à nouveau une créance qui aurait été entièrement cédée à titre de garantie. Sur ce point, la cession de créance présente moins de souplesse que le nantissement, puisque le constituant d'un nantissement, en tant qu'il demeure propriétaire, peut nantir plusieurs fois la même créance¹¹⁰.

62. Risques de fraude - Il est possible qu'au moment de la cession, la créance n'existe pas, ait déjà été cédée, soit en réalité indisponible ou qu'elle ait perdu de sa valeur. La cession est ainsi rendue impossible ou inintéressante pour le cessionnaire.

A titre préventif, l'alinéa premier de l'article 1326 du Code civil met à la charge du cédant l'obligation de garantir l'existence de la créance cédée et de ses accessoires lorsque la cession

¹⁰⁷ V. *supra*, n°25

¹⁰⁸ Art. L. 313-23, C. mon. et fin.

¹⁰⁹ M.-P. Dumont, « La cession de créance à titre de garantie », *RD banc. fin.*, n°2, mars 2022 ; J.-D. Pelletier, « Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie », *op. cit.*

¹¹⁰ M.-P. Dumont, *Ibid.*

est faite à titre onéreux. On peut considérer que la cession de créance est faite à titre onéreux dès lors que le constituant reçoit une contrepartie au titre de l'obligation principale. En effet, la garantie n'étant que l'accessoire de la créance principale, le débiteur principal cède une créance qui lui est propre dans le but final d'obtenir la contrepartie prévue dans le contrat garanti. Par exemple, le débiteur peut céder une créance qui lui appartient dans le but d'obtenir un crédit de sa banque. La cession de créance est alors faite à titre onéreux. Au contraire, si le constituant cède une créance pour garantir une obligation qui ne lie que lui, sans obligation à la charge du cessionnaire, il s'agira d'une cession de créance faite à titre gratuit. Par exemple, ce serait le cas d'une cession de créance effectuée en garantie d'une libéralité consentie par le constituant au profit du cessionnaire.

Au nom de cette garantie, le cédant pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée s'il s'avère que la créance qu'il a cédée n'existe pas. Par contre, l'alinéa 2 de l'article précise que le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur cédé à moins qu'il ne s'y soit spécifiquement engagé. En cela, la cession de créance de droit commun se distingue de la cession Dailly puisque l'alinéa second de l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier prévoit que, sauf convention contraire, le cédant est solidairement garant du paiement des créances cédées. De toute manière, si dans une cession de droit commun, le débiteur cédé ne paie pas le cessionnaire, le cédant restera débiteur à son égard. Simplement, la garantie aura perdu de son utilité.

En soumettant la cession de créance à titre de garantie au régime de la cession de droit commun, les rédacteurs de l'ordonnance lui consacrent un régime plus léger que ceux conçus pour les autres sûretés-proprétés.

B) Une constitution simple face aux autres propriétés-sûretés sur créances

Afin de se rendre compte de la souplesse des règles de constitution de la cession de créance de droit commun, il convient de les comparer à celles de la cession Dailly (1) et de la cession fiduciaire (2).

1) Les règles de constitution de la cession Dailly

63. Les parties à la cession - La cession Dailly a été conçue comme un instrument de mobilisation de créances au service des professionnels. C'est pourquoi l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier prévoit qu'elle ne peut être opérée qu'au profit de cessionnaires ayant la qualité d'établissement de crédit, de fonds d'investissement ou de sociétés de financement. Le cédant, quant à lui, ne peut être qu'une personne morale de droit privé ou de

droit public ou une personne physique qui agit dans l'exercice de son activité professionnelle. Son domaine d'application est donc plus restreint que celui de la cession de créance de droit commun. Quant au débiteur cédé, il doit s'agir d'une personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.

64. L'assiette de la cession - La cession Dailly porte donc uniquement sur des créances professionnelles lorsque ces créances sont détenues sur une personne physique. L'article L. 313-23 est plus libéral quant aux caractères des créances cédées puisque qu'il admet qu'il puisse s'agir de créances liquides et exigibles mais aussi de créances « résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés ». Il est donc possible de céder des créances futures dont le fait générateur existe déjà au jour de la cession mais aussi des créances éventuelles dont le fait générateur n'est pas encore intervenu tant qu'elles sont suffisamment identifiées par le bordereau de cession¹¹¹.

Il n'est pas évident qu'une créance éventuelle puisse être cédée sur le fondement du droit commun puisque l'article 1321 exige, lorsque la cession porte sur une créance future, que celle-ci soit déterminable. Certains auteurs¹¹² défendent néanmoins cette possibilité, qui était admise en vertu de la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des obligations de 2016¹¹³ et qui ressort de l'article 1326, lequel mentionne la cession d'une créance incertaine.

65. L'exigence d'un écrit comportant des mentions obligatoires - Comme pour la cession de droit commun, la cession Dailly requiert un écrit à peine de nullité. Cet écrit s'accompagne toutefois d'exigences supplémentaires à celles du droit commun car il doit comporter des mentions obligatoires prévues à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier¹¹⁴. Le bordereau doit également être signé par le cédant et daté en application de l'article L. 313-25. Ces exigences rendent la formation de la cession Dailly plus difficile que celle de la cession de droit commun à titre de garantie et peuvent conduire les établissements de crédit à opter pour cette dernière.

L'alinéa 6 de l'article L. 313-23 dispose que « le titre sur lequel une des mentions obligatoires fait défaut ne vaut pas comme acte de cession [...] de créances professionnelles. ». Cette sanction n'affecte pas l'opération en elle-même mais seulement le titre qui constate la

¹¹¹ V. Lasbordes de Virville, « La cession de créance à titre de garantie », *op. cit.*

¹¹² J.-D. Pellier, « Plaidoyer en faveur de la saisissabilité des créances éventuelles », *D.* 2021, p.2139.

¹¹³ Suivant les termes de l'arrêt Civ. 1^{re}, 20 mars 2001, n°99-14.982 qui concernait des loyers à provenir des baux qui seront conclus dans un immeuble : « des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification ».

¹¹⁴ Le bordereau doit comporter la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » ; préciser que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34. ; comporter le nom du cessionnaire et désigner les créances cédées.

cession. La jurisprudence admettait alors que la cession Dailly effectuée à titre de paiement ou de crédit dégénère en cession civile si les conditions de cette dernière étaient réunies¹¹⁵. Au contraire, sous le droit antérieur à l'ordonnance de 2021, la cession Dailly consentie à titre de garantie ne pouvait pas dégénérer en cession de droit commun à titre de garantie, celle-ci n'étant pas admise en jurisprudence. La cession Dailly était alors requalifiée en nantissement de créance conformément à la solution du 19 décembre 2006 précédemment exposée. Aujourd'hui, grâce à la consécration de la cession de créance à titre de garantie par l'ordonnance de 2021, les cessions Dailly qui ne comporteraient pas les mentions requises pourront produire leurs effets en tant que cession de créance à titre de garantie de droit commun si ses conditions d'opposabilité ont été respectées.

66. Option entre les deux régimes - Compte tenu de l'alternative qui existe aujourd'hui pour les créanciers entre la cession de droit commun et celle de droit spécial, les juridictions auront probablement à trancher la question de la possibilité d'opter pour la cession de droit commun alors que les conditions de la cession Dailly seraient réunies. Cette interrogation rappelle le débat qui avait fait rage autour du gage de stocks du Code de commerce et du gage de droit commun¹¹⁶. L'ordonnance de 2021 ne se penchant pas sur cette question, il reviendra au juge de trancher. Il pourrait décider d'appliquer l'adage « *specialia generalibus derogant* » selon lequel la règle spéciale doit être appliquée par préférence à la règle générale. Mais suivant un autre principe, il n'est possible d'imposer une réglementation spéciale que lorsqu'elle présente un avantage particulier par rapport à la réglementation générale. Or les deux régimes ne sont pas fondamentalement différents, ce qui devrait laisser la possibilité aux parties de choisir la sûreté qui leur convient le mieux au nom de la liberté contractuelle¹¹⁷. Quand bien même ce choix s'offrirait à elles, le créancier devrait préférer la cession de créances professionnelles dont les effets sont très avantageux pour lui¹¹⁸.

Comme pour l'établissement d'un bordereau Dailly, la fiducie-sûreté requiert des formalités qui ne sont pas requises dans la cession de créance de droit commun.

¹¹⁵ CA Rouen, 6 mars 1986, n° 1565/8.

¹¹⁶ La Cour de cassation avait exclu le choix entre les deux régimes dans un arrêt de la chambre commerciale de 2013 (Cass. com., 19 févr 2013, n°11-21.763) ensuite confirmé par un arrêt d'assemblée plénière (Cass. ass. plén. 7 déc. 2015, n°14-18.435) avant d'être forcée par le législateur de l'admettre (Ord. n°2016-56 du 29 janvier 2016).

¹¹⁷ A. Aynès, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *op. cit.* : D'ailleurs « puisque la Cour admet qu'une cession Dailly qui ne remplit pas les conditions de forme requises vaut comme simple cession civile, cela implique qu'elle admet qu'une cession de droit commun puisse intervenir dans une situation relevant du droit spécial. Ce qui est possible par accident (en raison de l'invalidité de la cession Dailly) devrait être possible volontairement ».

¹¹⁸ Lesquels seront présentés au fil de ce devoir.

2) Les règles de constitution de la fiducie-sûreté

Le régime de la fiducie est posé aux articles 2011 à 2030 du Code civil.

67. Les parties à la fiducie - L'article 2015 du Code civil réserve la qualité de fiduciaire à une liste limitative de personnes juridiques¹¹⁹. En revanche, le constituant peut être n'importe quelle personne morale ou physique depuis la loi du 4 août 2008. Un des intérêts de la fiducie, qui ne se retrouve pas dans la cession de créance à titre de garantie est qu'elle peut profiter à plusieurs bénéficiaires en même temps¹²⁰.

68. L'assiette de la fiducie - La fiducie-sûreté offre la possibilité de transférer des créances dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie. A l'image de la cession de droit commun, il peut s'agir du transfert d'une seule créance ou d'un ensemble de créances qui peuvent être présentes ou futures¹²¹.

69. L'exigence d'un écrit comportant des mentions obligatoires - Comme la cession de créance de droit commun, la constitution d'une fiducie requiert l'établissement d'un écrit à titre de validité. Cet écrit doit être revêtu de la forme notariée lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté des époux ou d'une indivision¹²².

L'article 2018 du Code civil énumère six mentions exigées pour la validité de la convention de fiducie¹²³. L'article 2372-2 rajoute une mention spéciale lorsque la fiducie est constituée à titre de garantie par une personne physique : la dette garantie devra être mentionnée.

70. Formalité d'enregistrement et de tenue de comptabilité - L'article 2019 exige que le contrat de fiducie soit enregistré dans le délai d'un mois à compter de sa date au service des impôts du siège du fiduciaire. De plus, la fiducie implique obligatoirement la tenue d'une comptabilité¹²⁴.

Ainsi la constitution d'une fiducie est plus lourde et plus onéreuse que celle d'une cession de droit commun en ce qu'elle exige un écrit (parfois sous forme notariée) qui doit comprendre des mentions obligatoires et qui doit par la suite être enregistré. Ces formalités pourraient inciter le créancier à préférer la cession de droit commun.

¹¹⁹ Les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les compagnies d'assurance et établissements assimilés ainsi que les avocats.

¹²⁰ Art. 2011, C. civ.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Art. 2012, C. civ.

¹²³ L'identification des « biens, droits ou sûretés transférés » qui, s'ils sont futurs, doivent être déterminables, la durée du transfert, l'identité du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire, la durée du transfert ainsi que la mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition.

¹²⁴ Art. 12, L. n°2007-211, 19 février 2007.

Après s'être intéressé à la constitution de la cession de créance de droit commun à titre de garantie, il convient maintenant de se pencher sur les suites immédiates à cette constitution.

§2 Les suites immédiates à la constitution de la cession de créance à titre de garantie

La constitution d'une cession de créance à titre de garantie va entraîner le transfert de la propriété de la créance et de ses accessoires au cessionnaire (A) qui devra être rendu opposable aux parties à l'acte, au débiteur cédé et aux tiers (B).

A) Le transfert de propriété au cessionnaire

Grâce à la cession, le cessionnaire va se trouver investi d'un droit de propriété sur la créance cédée à titre de garantie (1) ainsi que sur les accessoires qui l'accompagnent (2).

1) Le transfert de la propriété de la créance cédée

Suite à la constitution de la cession, le cessionnaire devient automatiquement propriétaire de la créance cédée à titre de garantie.

71. Transfert d'une créance future - Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, le troisième alinéa de l'article 1323 du Code civil disposait que « le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance ». En matière de cession de créance à titre de garantie, cette disposition aurait eu pour conséquence de désavantager le cessionnaire face aux autres sûretés sur créances. En effet les dispositions relatives au nantissement¹²⁵, à la cession Dailly¹²⁶ et à la cession fiduciaire¹²⁷ prévoient que la cession ou le nantissement d'une créance future est opposable aux tiers dès la date de l'acte, c'est-à-dire avant même que ne naisse la créance cédée ou nantie. Ainsi, « en cas de conflit d'attribution d'une créance future, entre un cessionnaire de droit commun et un cessionnaire Dailly, un créancier nanti ou un fiduciaire, le cessionnaire de la créance sera toujours primé »¹²⁸. Heureusement, l'alinéa 3 a été abrogé par l'ordonnance de 2021, de telle sorte que le transfert de propriété d'une créance future cédée à titre de garantie aura lieu rétroactivement dès la date de la cession et non pas au jour de la naissance de cette

¹²⁵ Art. 2361, C. civ.

¹²⁶ Art. L. 313-27, C. mon. et fin.

¹²⁷ Art. 2011 et 2018-2, C. civ.

¹²⁸ F. Danos, « Proposition de modification de l'article 1323 du Code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future », *RDC* 2017, p. 200.

créance. Le cessionnaire est ainsi placé sur un pied d'égalité avec les autres bénéficiaires de sûretés sur créances.

72. Le recouvrement - En tant que propriétaire, le cessionnaire devra se charger du recouvrement de la créance auprès du débiteur cédé. Le cédant ne peut pas demander paiement au débiteur cédé à moins que le cessionnaire ne lui ait conféré ce droit par un mandat spécial¹²⁹. Par contre, nous verrons que le débiteur cédé peut être libéré de sa dette lorsque, de sa propre initiative, il paye le cédant avant que la cession ne lui soit rendue opposable.

Même si le montant de la créance cédée excède celui de la créance garantie, le cessionnaire pourra demander paiement au débiteur cédé de l'intégralité de la créance cédée en vertu du principe d'indivisibilité des sûretés réelles¹³⁰. Cette prérogative est dans l'intérêt du cessionnaire mais aussi du débiteur cédé « qui ne connaît pas nécessairement le montant dû au cessionnaire par le cédant et qui à ce titre s'exposerait à réaliser des paiements qui ne soient pas libératoires, chaque fois que la dette du cédant serait éteinte sans qu'il en soit informé »¹³¹.

73. L'ordre des paiements - Dans le droit du cautionnement, le garant peut invoquer le bénéfice de discussion pour obliger le créancier à agir d'abord à l'encontre du débiteur principal. Ce bénéfice doit-il être reconnu au débiteur cédé lorsque la créance principale et la créance cédée sont toutes deux arrivées à échéance ? Le cessionnaire devrait alors demander paiement au cédant au titre de la dette principale avant de pouvoir agir à l'encontre du débiteur cédé au titre de la créance cédée. La réponse est négative. Le bénéfice de discussion ne devrait pas pouvoir être invoqué par le débiteur cédé qui, en réglant le cessionnaire, paye une dette qui lui est propre contrairement à la caution. Ainsi, le cessionnaire peut s'adresser au débiteur cédé ou au cédant dans l'ordre qu'il souhaite.

74. Les éventuelles poursuites des créanciers du cessionnaire - La créance cédée étant arrivée dans le patrimoine du cessionnaire, ses créanciers pourraient la saisir dans l'hypothèse où celui-ci rencontrerait des difficultés financières. Nous avons vu que ce risque n'existait pas dans le nantissement puisque le constituant reste propriétaire de la créance. De même, les créanciers des bénéficiaires d'une fiducie, ne pourraient pas saisir une créance qui figure dans le patrimoine fiduciaire¹³².

¹²⁹ Cass. com., 27 mai 2014, n°13-16.673.

¹³⁰ Il s'agit de la solution retenue dans le cadre de la cession Dailly. V. Cass. com, 18 nov. 2014, n°13-13.336.

¹³¹ C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, LGDJ, 2020, n°262 p. 261 à 263.

¹³² Art. 2025, C. civ.

2) Le transfert de la propriété des accessoires de la créance cédée

L'article 1321 du Code civil dispose que le transfert de propriété « s'étend aux accessoires de la créance ». Ainsi, le cessionnaire deviendra propriétaire des éventuels fruits produits par la créance cédée.

75. Le transfert des sûretés - Le cessionnaire devient immédiatement titulaire des sûretés qui accompagneraient la créance cédée. Au contraire, en présence d'un nantissement de créance, le bénéfice des sûretés garantissant la créance nantie n'est pas transféré *ab initio* au bénéficiaire de la sûreté mais seulement à compter de l'attribution judiciaire de la créance au créancier nanti ou de la réalisation du pacte comissoire¹³³.

Outre le transfert de propriété de la créance, la constitution d'une cession de créance entraîne des effets quant à son opposabilité.

B) L'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie

L'opposabilité de la cession revêt deux aspects, suivant qu'elle concerne les tiers et les parties à l'acte de cession (1) ou le débiteur cédé (2).

1) L'opposabilité aux tiers et aux parties à l'acte

76. L'opposabilité aux parties - En toute logique, la cession de créance à titre de garantie est opposable au constituant ainsi qu'au cessionnaire dès la date de l'acte de cession¹³⁴.

77. L'opposabilité aux tiers - L'ordonnance du 10 février 2016 a simplifié les modalités d'opposabilité de l'acte aux tiers en alignant le régime de la cession de droit commun sur celui de la cession Dailly¹³⁵. Alors que la cession devait être signifiée aux tiers en application de l'article 1690 du Code civil, elle est aujourd'hui opposable aux tiers dès la date de l'acte.

L'acte de cession n'a pas à être publié pour que la cession soit rendue opposable aux tiers. En pratique, les créanciers du cédant risquent de croire que la créance est restée dans le patrimoine du cédant et qu'ils peuvent exercer sur elle leur droit de gage général. Par la simplification de l'opposabilité de la cession, la réforme de 2016 a donc avantage le cessionnaire au détriment des tiers.

¹³³ O. Deshayes, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie : Révolution dans le monde des sûretés sur créances ? », *JCP E*, n°46, 18 nov. 2021, p. 1493 ; P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », *op. cit.* spéc. n°15 p.75 à 83.

¹³⁴ Art. 1323, C. civ.

¹³⁵ Art. L. 313-27, C. mon. et fin. : d'après cet article, la cession Dailly est opposable aux tiers dès la date apposée sur le bordereau.

78. Conflits entre cessionnaires successifs - C'est dans la suite de cette règle d'opposabilité aux tiers que l'article 1325 du Code civil dispose que « Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ». Ainsi, le cessionnaire a intérêt à avoir donné date certaine à l'acte de cession afin de se constituer une preuve de l'antériorité de ses droits. Si le second cessionnaire est le seul à avoir rendu la cession opposable au débiteur cédé, ce dernier sera valablement libéré en payant ce cessionnaire second en date. Par contre, le cessionnaire premier en date pourra se retourner contre lui pour obtenir paiement de la créance dont il est le seul propriétaire.

Le professeur Charles Gijsbers propose d'adopter des règles de classement des créanciers propriétaires afin que le titulaire d'une sûreté-propiété constituée en seconde position puisse appréhender l'éventuelle valeur subsistante du bien sur le modèle des sûretés réelles traditionnelles¹³⁶. Si cette proposition a le mérite de ne pas gaspiller la valeur de la créance cédée à titre de garantie, il s'agit d'une entorse à l'exclusivité du droit de propriété. Puisque qu'il ne peut exister qu'un seul propriétaire de la créance, il n'est pas possible de classer plusieurs propriétaires sur ce même bien.

79. Conflit avec un créancier réservataire - Lorsqu'un bien vendu avec clause de réserve de propriété est revendu par son acquéreur, les droits du vendeur réservataire se reportent sur la créance de revente si le revendeur vient à être placé en procédure collective¹³⁷. Or si l'acquéreur-revendeur avait cédé la créance du prix de revente à titre de garantie, un conflit va naître entre le cessionnaire et le vendeur réservataire. Là encore, la règle « *prior tempore potior jure* » doit s'appliquer de façon à ce que le conflit se résolve en faveur du premier en date. Or, la Cour de cassation décide que c'est à compter de la revente du bien que le vendeur réservataire est rétroactivement subrogé dans les droits de l'acquéreur-revendeur¹³⁸. Le cessionnaire ne pouvant devenir titulaire d'une créance sur le prix de revente qu'à partir de la revente ; le vendeur réservataire l'emportera systématiquement en pratique¹³⁹, à moins que la créance cédée ne soit une créance future¹⁴⁰.

¹³⁶ C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, Economica, 2015 n°377 p.383.

¹³⁷ Art. L. 624-18 C. com.

¹³⁸ Cass. com., 20 juin 1989, n°88-15.261.

¹³⁹ Cass. com., 27 juin 1989, n°87-15.847.

¹⁴⁰ Cass. com., 14 déc 2010, n°09-71.767.

2) L'opposabilité au débiteur cédé

L'article 1324 du Code civil prévoit que la cession devient opposable au débiteur cédé si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

80. Le paiement du cédant par le cédé avant l'opposabilité de la cession - Si le débiteur cédé se libère entre les mains du cédant avant que la cession ne lui soit devenue opposable, ce paiement est libératoire. Le cessionnaire ne pourra pas lui demander de payer une seconde fois entre ses mains. Par contre, il pourra se retourner contre le cédant, à qui la cession est opposable dès la date de l'acte, pour obtenir restitution des sommes perçues par ce dernier.

81. Une notification sans formalité - La notification d'une cession de créance ne requiert aucune formalité particulière contrairement à la notification d'une cession de créances professionnelles. En effet, l'article R. 313-15 du Code monétaire et financier impose d'accompagner la notification de certaines mentions obligatoires¹⁴¹. Ce formalisme s'explique par le fait que la notification interdise le débiteur cédé de se libérer entre les mains du constituant de la cession Dailly¹⁴².

82. L'absence d'obligation d'information à la charge du débiteur cédé - La notification n'entraîne pas, à la charge du débiteur cédé une obligation d'information sur l'existence et la valeur des créances cédées. Ainsi la notification au débiteur cédé ne protège pas les éventuels tiers auxquels la créance aurait déjà été cédée¹⁴³.

83. La prise d'acte - La possibilité pour le débiteur cédé de prendre acte de la garantie afin qu'elle lui devienne opposable n'existe pas dans les autres sûretés sur créances. Dans la fiducie¹⁴⁴, le nantissement de créance¹⁴⁵ et la cession Dailly¹⁴⁶, l'opération ne devient opposable au cédé que par sa notification.

La pratique de la cession Dailly atteste que certains cessionnaires préfèrent ne pas notifier la cession au débiteur cédé¹⁴⁷. En effet, tant que la cession ne lui est pas opposable, les dispositions du Code monétaire et financier¹⁴⁸ investissent le cédant d'un mandat de recouvrement au bénéfice du cessionnaire. Le cédant, en tant que mandataire implicite du cessionnaire, sera

¹⁴¹ La notification devra mentionner le nom du cédant ; la désignation des créances cédées ; le mode de règlement des créances ; l'indication de la personne à laquelle le règlement doit être adressé.

¹⁴² Art. L. 313-28 C. mon. et fin.

¹⁴³ Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, n°382 p. 284.

¹⁴⁴ Art. 2018-2, C. civ.

¹⁴⁵ Art. 2362, C. civ.

¹⁴⁶ Art L. 313-28, C. mon. fin.

¹⁴⁷ Dans ce sens : Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, n°354 p. 262-263 ; C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n°84 p. 80.

¹⁴⁸ Par une lecture *a contrario* de l'article L. 313-28 C. mon. et fin. : le créancier « n'a généralement jamais l'intention d'assumer lui-même la gestion des créances transmises ».

chargé d'assurer le recouvrement et la gestion de la créance cédée, libérant ainsi le cessionnaire de cette charge. La notification, présentée comme une simple faculté pour le cessionnaire, conduirait à révoquer ce mandat implicite, ce que de nombreux cessionnaires ne souhaitent pas.

La reconnaissance d'un tel mandat implicite en droit commun n'offrirait pas la même sécurité au cessionnaire puisqu'en prenant acte de la cession, le débiteur cédé aurait la faculté de mettre fin à ce mandat sans que le cessionnaire n'y consente. Ainsi, le droit commun de la cession de créance à titre de garantie, bien qu'il permette au cessionnaire qui ne procéderait pas à une notification de laisser le cédant recouvrer la créance cédée pour son compte, présente le risque de voir ce mandat prendre fin par la seule volonté du débiteur cédé. Cette affirmation doit cependant être nuancée car le cessionnaire dispose d'alternatives à ce mandat implicite. Le cessionnaire peut avoir recours à un mandat exprès d'encaissement au profit du cédant, en « mimant la logique de la cession Dailly »¹⁴⁹ ou à l'indication de paiement de l'article 1340 du Code civil¹⁵⁰. La simple prise d'acte du débiteur cédé ne viendrait pas mettre fin à ces mesures.

84. L'opposabilité des exceptions - La date d'opposabilité de la cession au débiteur cédé a une incidence sur les exceptions qu'il pourra opposer au cessionnaire pour ne pas le payer. En effet, bien que le débiteur cédé puisse invoquer toutes les exceptions inhérentes à la dette, il ne pourra opposer les exceptions issues de ses rapports avec le cédant que si elles sont nées avant que la cession ne lui soit devenue opposable¹⁵¹.

En droit cambiaire, le cessionnaire a la faculté de faire accepter la cession au débiteur cédé¹⁵². Suite à l'acceptation, ce dernier ne pourra plus opposer les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant. Il ne pourra plus invoquer que les exceptions inhérentes à la dette et celles issues de ses rapports avec le cessionnaire. Au contraire, le débiteur cédé de droit commun ne peut pas renoncer à la protection que lui offre l'opposabilité des exceptions. En cela, la cession de droit commun est moins intéressante pour le créancier mais s'enquiert davantage des intérêts du débiteur cédé. D'après certains auteurs, la liberté contractuelle devrait permettre au cessionnaire de droit commun de proposer au débiteur cédé d'accepter la cession afin qu'il s'engage directement envers lui¹⁵³. Il restera à déterminer si cette possibilité est offerte

¹⁴⁹ J.-D. Pellier, *Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie*, *op. cit.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Art. 1324, C. civ. qui donne des exemples d'exceptions opposables.

¹⁵² Art. L. 313-29, C. mon. et fin.

¹⁵³ M.-P. Dumont, « La cession de créance à titre de garantie », *op. cit.* ; V. Lasbordes de Virville, « La cession de créance à titre de garantie », *op. cit.*

à tous ou à l'égard des seuls cédés devenus débiteurs dans le cadre de leur activité professionnelle¹⁵⁴.

Certains auteurs affirment qu'en comparaison avec la cession de droit commun, la cession Dailly présente moins de risques pour le cessionnaire de se voir opposer les exceptions fondées sur les rapports entre le cédant et le cédé¹⁵⁵. En effet, l'opposabilité de la cession Dailly au débiteur cédé interviendrait plus tôt car la cession de créance professionnelle deviendrait opposable au débiteur cédé, non pas à la date de la notification, mais à la date du bordereau¹⁵⁶. Ainsi, à moins que le cessionnaire de droit commun ne notifie le débiteur cédé le jour même de l'acte de cession, ce dernier pourrait lui opposer des exceptions nées sur une plus large période de temps que dans la cession Dailly. En réalité, il semble plus juste d'admettre, comme en droit commun, que la cession Dailly ne devient opposable au débiteur cédé qu'à compter de sa notification. En effet, la jurisprudence admet que le débiteur cédé puisse invoquer des exceptions nées avant que la cession ne lui devienne opposable par notification et après la date apposée sur le bordereau¹⁵⁷. Ainsi, la cession de droit commun ne présenterait pas un plus grand risque d'opposabilité des exceptions pour le cessionnaire.

Si la cession de créance à titre de garantie emprunte une grande partie de son régime à la cession de créance de droit commun, elle ne peut se contenter de ce régime en raison de sa fonction propre de garantie. C'est pourquoi l'ordonnance de 2021 a prévu des règles adaptées à cette finalité aux articles 2373 à 2373-3 du Code civil.

Section 2 - Les règles du Code civil spécifiques à la cession de créance à titre de garantie au regard de sa finalité

La cession de créance à titre de garantie n'obéit pas aux mêmes règles avant l'échéance de la créance garantie (§1) qu'après (§2).

¹⁵⁴ *Ibid* M.-P. Dumont.

¹⁵⁵ En ce sens : Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁵⁶ Ils se fondent sur l'article L. 313-27 qui dispose que « La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise ».

¹⁵⁷ C'est le cas de la jurisprudence rendue sur l'exception de compensation de dettes non connexes qui constitue une exception tirée des rapports entre le cédant et le cédé : La jurisprudence admet que le cédé puisse invoquer la compensation dont les conditions seraient réunies avant que la cession ne lui soit notifiée alors même qu'elles seraient réunies après la date apposée sur le bordereau de cession. Voir en ce sens : Cass. com., 26 avr. 1994, n°92-15.025.

§1 Le fonctionnement de la cession de créance à titre de garantie avant l'échéance de la créance garantie

Le régime de la cession de créance à titre de garantie réserve un traitement spécifique à la créance cédée (A) et à la créance garantie (B).

A) Le sort de la créance cédée

85. La transformation en gage-espèces - Il est possible que la créance cédée à titre de garantie arrive à échéance avant la créance garantie. Le débiteur cédé sera alors tenu de s'exécuter avant le cédant. Si le cédé paye le cessionnaire, l'article 2373-2 prévoit que la cession de créance à titre de garantie se transforme en cession de somme d'argent à titre de garantie. Le cessionnaire devra restituer les sommes reçues au cédant si celui-ci s'exécute à l'échéance de la créance garantie. Néanmoins, avant cette échéance, le cessionnaire peut en principe librement disposer de la somme cédée¹⁵⁸ tant qu'il est en mesure de restituer une somme équivalente au cédant qui s'exécute.

86. Le sort des fruits - Si le cessionnaire reçoit des fruits produits par la créance cédée ou la somme reçue au titre de cette créance, ceux-ci accroissent l'assiette de la sûreté.

87. La conservation de la créance - En tant que propriétaire de la créance cédée, le cessionnaire doit se charger de sa conservation. Il devra à ce titre effectuer des saisies-conservatoires sur les biens du débiteur cédé si ce dernier risque de ne pas s'exécuter. Comme il a été vu précédemment, il s'agit là d'une différence avec le nantissement où c'est au constituant qu'il revient de conserver la créance nantie.

88. L'extinction de la créance cédée - Il est possible que la créance cédée s'éteigne pour une autre cause que le paiement réalisé par le débiteur cédé. Elle pourrait être frappée de nullité, être prescrite, faire l'objet d'une compensation etc. La créance garantie ne sera pas affectée par cette extinction. La cession de créance n'étant que l'accessoire venant garantir la créance du cédant envers le cessionnaire, cette dernière va demeurer mais ne sera plus garantie par la cession.

Le traitement réservé à la créance cédée diffère de celui de la créance garantie.

¹⁵⁸ Art. 2374-3, C. civ.

B) Le sort de la créance garantie

89. L'extinction de la créance garantie - Il est possible que la créance garantie s'éteigne avant son échéance pour les mêmes causes que celles qui pourraient toucher la créance cédée (annulation, prescription, compensation etc.). Le jeu de l'accessoire va dans cette hypothèse mettre fin à la cession de créance à titre de garantie. En effet, celle-ci n'étant qu'accessoire à l'obligation principale, l'extinction de la créance garantie doit entraîner l'extinction de la garantie. Si la cession à titre de garantie prend fin, cela ne signifie pas que la créance cédée est éteinte. Celle-ci demeure mais n'est plus la propriété du cessionnaire qui était propriétaire seulement en tant que titulaire de la garantie. La créance cédée ou les sommes perçues en vertu de cette créance devront donc être restituées au cédant.

90. La résiliation de l'engagement en cas de garantie d'une créance future - L'article 2373-1 issu de l'ordonnance admet que la cession de créance ait pour objectif de garantir des créances futures¹⁵⁹ ; c'est-à-dire des créances dont le cessionnaire n'est pas titulaire au moment de la constitution de la cession car elles ne naîtront qu'après. Comme en cas de cession de créances futures, la créance future garantie doit être suffisamment identifiée. Les mêmes éléments permettront son identification¹⁶⁰.

Si la cession de créance vient garantir des créances futures, le cédant a-t-il la possibilité de résilier son engagement au nom de la prohibition des engagements perpétuels¹⁶¹ ? En effet, la créance future pourrait ne jamais naître dans le patrimoine du cessionnaire et si l'acte de cession ne stipule pas de durée pendant laquelle le cédant s'engage à garantir le cessionnaire, le cédant pourrait alors être tenu indéfiniment. Cette faculté de résiliation est prévue à l'article 2417 du Code civil s'agissant des hypothèques consenties en garantie de créances futures pour une durée indéterminée. On peut considérer que cet article revêt une portée générale car il soulève une difficulté que peuvent rencontrer toutes les sûretés réelles consenties en garantie de dettes futures. Il est toutefois possible que les juges n'acceptent pas d'appliquer ce texte à la cession de créance consentie en garantie de créances futures étant donné qu'il a été prévu

¹⁵⁹ La formulation de l'article laisse toutefois à désirer. Il énonce que « Les créances garanties et les créances cédées sont désignées dans l'acte. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation (...) ». Le pronom « elles » du second alinéa pourrait se reporter seulement aux créances cédées. Mais si les rédacteurs de l'ordonnance avaient eu cette volonté, ils l'auraient probablement rendue plus explicite. De plus, ils ont reconnu la possibilité de garantir des créances futures dans le régime propre à la cession de somme d'argent à titre de garantie. Il n'y a pas de raison qui expliquerait que la même faculté ne soit pas admise concernant la cession de créance à titre de garantie.

¹⁶⁰ V. Art 2373-1. C. civ.

¹⁶¹ Art. 1210, C. civ.

spécifiquement pour l'hypothèque. Il est donc regrettable que l'ordonnance n'ait pas prévu un mécanisme de résiliation propre à la cession de créance à titre de garantie à durée indéterminée.

Après s'être attardé sur les règles qui régissent la cession de créance à titre de garantie avant l'échéance de la créance garantie, il faut s'intéresser à celles qui encadrent la période postérieure à l'échéance.

§2 Le fonctionnement de la cession de créance à titre de garantie après l'échéance de la créance garantie

Si le dénouement classique de la cession de créance à titre de garantie suppose que le débiteur principal s'exécute (A), il arrive qu'il n'honore pas son engagement (B).

A) En cas de respect par le débiteur principal de son engagement

Si le débiteur principal s'exécute à l'échéance de la créance garantie, le cessionnaire devra restituer la créance cédée à titre de garantie.

91. Le caractère automatique de la restitution - L'article 2373-3 du Code civil dispose que la restitution s'opère « de plein droit ». Après avoir payé le cessionnaire, le cédant recouvre automatiquement la propriété de la créance cédée sans devoir effectuer aucune formalité. Il n'est donc pas nécessaire de respecter les formalités de l'article 1690. Cette solution avait déjà été admise en jurisprudence, notamment dans un arrêt du 19 septembre 2007¹⁶². Évidemment, la restitution suppose que cette créance existe toujours, ce qui ne sera pas forcément le cas si le cessionnaire a méconnu les diligences que lui impose son obligation de restitution¹⁶³.

En outre, la faculté de rétrocession n'a pas à être prévue dans l'acte de cession¹⁶⁴. En effet, nous avons vu que la restitution s'explique par le caractère accessoire de la cession de créance à titre de garantie. Elle relève de la nature même de l'opération.

92. L'intérêt d'informer le débiteur cédé - En pratique, si le cessionnaire avait procédé à une notification de la cession, le débiteur cédé risque de continuer à s'exécuter entre ses mains. C'est pourquoi, il sera nécessaire d'informer le débiteur cédé de la rétrocession au moyen d'une nouvelle notification¹⁶⁵. Autrement, il faudrait admettre que le débiteur cédé serait libéré de son

¹⁶² Cass. 1ère civ., 19 sept. 2007, n° 04-18.372.

¹⁶³ V. *infra*, n° 26 à 29.

¹⁶⁴ Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, n°336 p. 244.

¹⁶⁵ R. Mortier, A-F. Chénau, M. Dubois, S. Bol et J. Labedan, « Réforme du droit des sûretés et sociétés », *Dr. sociétés*, n° 1, Janvier 2022, étude 1 ; A. Aynès, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *op. cit.*

obligation en payant le cessionnaire puisqu'il s'agit, à ses yeux, de son dernier créancier en date. Malheureusement, l'ordonnance est restée silencieuse sur ce point. Il aurait été souhaitable qu'elle invite le cédant à procéder à une notification de la rétrocession.

93. La subordination de la restitution au paiement intégral de la créance garantie - La question s'est posée en jurisprudence de savoir si cette restitution automatique imposait la restitution d'une partie de la créance cédée dans l'hypothèse où la créance garantie deviendrait inférieure à la créance cédée suite, par exemple, à un paiement partiel du cédant. La restitution se serait faite à hauteur de la différence de valeur entre les deux créances.

Cette solution aurait eu pour avantage de permettre au cédant de remobiliser, pour partie, la créance qu'il avait cédée à titre de garantie au profit d'un tiers¹⁶⁶. En effet, bien que le cédant dispose d'une créance de rétrocession à l'encontre du cessionnaire avant même que la restitution n'ait lieu, généralement les banques ne sont pas intéressées par la mobilisation de ce type de créances et préfèrent s'orienter vers des sûretés réelles directes¹⁶⁷.

Mais cette solution se serait heurtée à de nombreux obstacles théoriques. D'abord, elle aurait été contraire au principe d'indivisibilité des sûretés réelles¹⁶⁸. Ensuite, elle aurait rendu impossible la cession d'une créance d'un montant supérieur à celui de la créance garantie¹⁶⁹. Enfin, elle n'aurait pas été satisfaisante pour le cessionnaire. Il est plus avantageux pour lui de conserver la créance tant qu'il n'a pas été intégralement payé afin de disposer d'un moyen de pression sur le cédant¹⁷⁰.

Finalement, si la chambre commerciale avait admis une rétrocession partielle dans un arrêt du 9 février 2010¹⁷¹, elle a opéré un revirement de jurisprudence quelques mois après dans une décision du 3 novembre 2010¹⁷². Ainsi, le principe reste celui d'une rétrocession de la créance cédée à titre de garantie seulement en cas de paiement intégral du cessionnaire.

Bien que l'exécution de son obligation par le débiteur principal soit le dénouement classique de la cession de créance à titre de garantie, il arrive que ce dernier soit défaillant.

¹⁶⁶ Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, n° 338 p. 246.

¹⁶⁷ *Ibid.*, n°340 p. 249.

¹⁶⁸ *Ibid.*, n°338 p.246.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ X. Delpech, « Restitution des créances cédées à titre de garantie inscrites en compte courant », *op. cit.*

¹⁷¹ Cass. com., 9 fév. 2010, *Bull. civ. IV*, n°34.

¹⁷² Cass. com., 3 nov. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 162.

B) En cas d'inexécution par le débiteur principal de son engagement

94. L'imputation des paiements - En principe, même (et surtout) en cas de défaillance du débiteur garanti, le cédé doit s'exécuter au titre de la créance cédée. L'article 2373-2 prévoit alors que « les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. ». Ainsi, les sommes reçues par le cessionnaire au titre de la créance cédée, ainsi que les éventuels fruits et intérêts produits par ces sommes, vont venir en paiement de la créance garantie. Le cédant, malgré sa défaillance, sera libéré à hauteur du paiement effectué par le cédé.

95. Distinction avec la situation du créancier nanti - Le cessionnaire n'est désintéressé qu'à hauteur de ce qu'il reçoit effectivement du débiteur cédé. Sa situation diffère de celle du créancier nanti car on considère que ce dernier est payé à hauteur de la valeur de la créance nantie qu'il reçoit suite à la mise en œuvre d'un pacte commissaire ou à son attribution judiciaire. Peu importe ce qu'il reçoit ensuite effectivement de la part du débiteur nanti¹⁷³. Donc le risque d'insolvabilité du débiteur de la créance cédée pèse sur le créancier nanti. Mais ce risque doit être relativisé dans la mesure où le créancier nanti n'est pas contraint de se voir attribuer la créance nantie et peut simplement attendre son échéance¹⁷⁴.

De plus, le créancier nanti doit attendre huit jours après mise en demeure pour imputer les fonds qu'il a reçus au titre de la créance nantie si celle-ci est venue à échéance avant la créance garantie¹⁷⁵ ; tandis que le cessionnaire peut imputer les fonds précédemment reçus sur la créance impayée dès que cette dernière devient exigible¹⁷⁶.

96. Le principe de non-enrichissement - Si le cessionnaire reçoit une somme d'un montant plus élevé que la créance garantie, il devra restituer l'excédent au cédant. En effet, la restitution de l'excédent a été prévue dans le régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie par les rédacteurs de l'ordonnance¹⁷⁷.

97. La transformation de la propriété-sûreté en propriété ordinaire - C'est finalement suite à la défaillance du débiteur que le cessionnaire acquiert un droit de propriété plein et entier sur la créance cédée. Il peut librement disposer des sommes reçues sans avoir à s'inquiéter de leur restitution.

¹⁷³ A. Aynès, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *op. cit.*

¹⁷⁴ M.-P. Dumont, « La cession de créance à titre de garantie », *op. cit.*

¹⁷⁵ Art. 2364, C. civ.

¹⁷⁶ Art. 2374-5 applicable par renvoi à 2373-2, C. civ.

¹⁷⁷ Art. 2374-5, C. civ.

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la doctrine a tenté de trouver un mécanisme permettant d'expliquer le passage de la propriété-sûreté à la propriété ordinaire¹⁷⁸. Certains invoquaient la condition : le cessionnaire est obligé de rétrocéder la propriété de la créance cédée à la condition suspensive que le cédant le paye à l'échéance. Si le débiteur principal est défaillant, la condition défaille : le cessionnaire n'est plus tenu de la restitution et devient rétroactivement pleinement propriétaire de la créance¹⁷⁹. Il leur était opposé que la condition ne peut porter sur un élément essentiel du contrat mais uniquement sur un élément qui lui est extérieur¹⁸⁰. Or l'obligation de rétrocession étant intimement liée à la finalité de garantie de l'opération, il s'agit d'un élément essentiel au contrat de cession à titre de garantie. De plus, le mécanisme de la condition est inapte à justifier la rétrocession lorsqu'elle ne résulte pas de la défaillance du débiteur¹⁸¹.

D'autres auteurs expliquaient le passage à la pleine propriété grâce à la compensation : la dette du cédant envers le cessionnaire viendrait se compenser avec la dette de restitution du cessionnaire envers le cédant. Leurs opposants faisaient valoir que la compensation ne peut fonctionner qu'en présence de deux dettes exigibles¹⁸². « Or la dette de restitution du créancier ne devient exigible que si le débiteur a acquitté la dette garantie »¹⁸³.

La consécration du mécanisme de l'imputation par la réforme vient mettre fin au débat. De plus, dans l'hypothèse où la cession de créance à titre de garantie serait constituée pour autrui, le débiteur principal n'est pas titulaire d'une créance de restitution à l'encontre du cessionnaire puisqu'il n'est pas le cédant. L'imputation permet de justifier que le cessionnaire s'approprie le paiement de la créance cédée dans cette configuration ; ce que ne permettait pas la compensation¹⁸⁴.

Après avoir étudié le régime de la cession de créance à titre de garantie lorsqu'elle se déploie en dehors d'une procédure collective, il revient de s'intéresser au régime de cette sûreté en procédure collective.

¹⁷⁸ C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n°101 et s. p. 99 et s.

¹⁷⁹ V. F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007, n°43 p.54 : qui estime que le titulaire d'une fiducie-sûreté a « une pleine vocation à la jouissance de la chose, son droit de propriété étant uniquement placé sous la condition résolutoire du paiement de la créance garantie, tandis que le retransfert de la chose ainsi que le droit de propriété du débiteur constituant sont sous la condition suspensive du même paiement de la créance garantie. ».

¹⁸⁰ C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n°105 p. 101 à 103.

¹⁸¹ Par exemple, en cas d'annulation de la cession. V. en ce sens : L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012, n°329 ; C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit n°104 p. 101.

¹⁸² V. C. Larroumet, *D.* 1995, p. 124 et 216, note sous Cass. com. 17 mai 1994, n°91-20.083.

¹⁸³ C. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n° 107 p. 104 et 105.

¹⁸⁴ V. Lasbordes de Virville, « La cession de créance à titre de garantie », op. cit.

Chapitre 2 - Le régime en cas d'ouverture d'une procédure collective

L'ouverture d'une procédure collective va entraîner un bouleversement du régime de la cession de créance à titre de garantie en figeant sa constitution et l'accroissement de son assiette (S1) sans pour autant affecter sa réalisation (S2).

Section 1 - La fixité de la sûreté

L'ouverture d'une procédure collective rigidifie le régime de la cession de créance à titre de garantie en exposant sa constitution aux nullités de la période suspecte (§1) et en interdisant l'accroissement de l'assiette d'une sûreté déjà constituée (§2).

§1 L'interdiction de constituer une cession de créance à titre de garantie pendant la période suspecte

L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant modification du Code de commerce est venue soumettre la constitution d'une cession de créance à titre de garantie de droit commun aux nullités de la période suspecte (A) tout en y faisant échapper la cession de créances professionnelles (B).

A) L'extension du champ d'application des nullités de plein droit de la période suspecte par l'ordonnance de 2021

L'ordonnance de 2021 a rajouté un 6° à l'article L. 632-1 I afin d'interdire la constitution d'une cession de créance à titre de garantie de droit commun pendant la période suspecte. Il dispose en effet que « Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : [...] Toute sûreté réelle conventionnelle [...] constitués sur les biens ou droits du débiteur pour dettes antérieurement contractées... ».

98. La raison d'être des nullités de la période suspecte - La période suspecte correspond à la période comprise entre la date de cessation des paiements et la date d'ouverture de la procédure collective (redressement ou liquidation judiciaire). Les nullités de la période suspecte ont pour objectif de préserver l'actif du débiteur soumis à une procédure collective, notamment en évitant que les créanciers ne se fassent consentir des avantages indus au moment où ils

constatent la cessation des paiements du débiteur. Les créanciers doivent anticiper les difficultés financières du débiteur pour se faire consentir des sûretés avant qu'elles n'adviennent.

99. La solution antérieure à la réforme - Nous avons vu qu'antérieurement à la réforme du droit des sûretés, les cessions de créance à titre de garantie étaient requalifiées en nantissement de créance. Or le nantissement était déjà soumis aux nullités de la période suspecte en application de l'article L. 632-1 I 6° dans sa rédaction antérieure. Avec la consécration de la cession de créance à titre de garantie par la réforme du droit des sûretés, il fallait modifier les dispositions relatives aux nullités la période suspecte pour soumettre cette nouvelle forme de sûreté aux nullités de plein droit. C'est ce qui explique l'intervention de l'ordonnance qui ne voulait pas permettre un traitement de faveur au profit des titulaires d'une cession de créance à titre de garantie en leur permettant d'échapper au champ des nullités.

100. L'étendue des nullités - La nullité prévue à l'article L. 632-1 s'applique aux sûretés constituées pour « des dettes antérieurement contractées ». La lettre du texte laisse entendre qu'une cession de créance constituée pendant la période suspecte pour garantir des créances futures, devrait échapper aux nullités de la période suspecte. Il ne semble pas que cette interprétation soit contraire à l'esprit du texte puisque les créances futures en question naîtront probablement de la poursuite d'un contrat en cours ou d'un nouveau contrat destiné à permettre la survie du débiteur. Une telle sûreté s'inscrirait donc dans l'objectif de sauvetage de l'entreprise prôné par le droit des procédures collectives.

101. La substitution de sûretés - L'article L. 632-1 I 6° prévoit une hypothèse dans laquelle la constitution d'une sûreté réelle en période suspecte est admise : il s'agit du cas où la sûreté constituée viendrait remplacer une sûreté antérieure « d'une nature et d'une assiette au moins équivalente ». L'esprit des nullités de la période suspecte est préservé puisque l'actif du débiteur ne supportera pas un risque de spoliation plus important suite à cette substitution. La solution avait déjà été admise en jurisprudence¹⁸⁵.

Néanmoins, la formulation vague de l'article pourrait donner lieu à des contentieux. En effet, l'équivalence entre deux sûretés va pouvoir donner lieu à interprétation. La proximité en nature des sûretés ne devrait pas permettre de substituer une sûreté réelle à une sûreté personnelle et devrait au contraire admettre la substitution d'une cession de somme d'argent à titre de garantie à une cession de créance à titre de garantie. Qu'en est-il de la substitution d'une hypothèque et

¹⁸⁵ V. Cass. com. 20 janv. 1998, n°95-16.402 qui avait admis la substitution au privilège du prêteur de deniers et à l'hypothèque inscrit sur l'immeuble vendu d'une hypothèque sur l'immeuble acquis pour garantir le remboursement du solde du prêt.

d'une cession de créance à titre de garantie ? Il s'agit de deux sûretés réelles mais l'une porte sur des immeubles tandis que l'autre porte sur des meubles incorporels. On considérera alors sûrement que leurs assiettes sont trop éloignées. Qu'en est-il encore de la substitution d'un nantissement à une cession de somme d'argent ? Sans doute sera-t-elle admise alors même que nous verrons que leurs effets en procédure collective diffèrent. Quant aux assiettes des sûretés, devront-elles comporter des biens de même nature ou seulement de montants proches ?

La cession Dailly, quant à elle, est soumise à une règle plus favorable que celle qui prévaut en matière de cession de créance de droit commun.

B) Le traitement de faveur des titulaires de cessions de créances professionnelles

102. La dérogation aux nullités de droit - Le 6° de l'article L. 632-1 I prévoit une dérogation à la règle qu'il pose de l'annulation des sûretés réelles consenties en période suspecte. En effet, les cessions Dailly intervenues en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la date de cessation des paiements échappent à la nullité de plein droit.

Cet ajout issu de l'ordonnance de 2021 vient confirmer la jurisprudence antérieure qui excluait la cession Dailly des nullités de droit. Puisque seuls le nantissement et l'hypothèque étaient visés par l'ancien article L. 632-1, les juges se fondaient sur la distinction entre le nantissement et la cession de créance pour fonder leur raisonnement ; la cession Dailly ne pouvant être assimilée à un nantissement, elle devait échapper aux nullités de droit¹⁸⁶. Ce raisonnement ne pouvait plus être repris après la réforme qui étend le champ d'application des nullités de droit à toutes les sûretés réelles conventionnelles. C'est pourquoi l'ordonnance prévoit une dérogation expresse concernant la cession Dailly. La solution jurisprudentielle perd toutefois de sa portée car la dérogation concerne les seules cessions Dailly intervenues en exécution d'un contrat-cadre.

On comprend que « la cession garantissant une dette antérieures contractée, est sans doute moins suspecte quand elle s'insère dans un flux de financement de garanties habituel »¹⁸⁷. Mais alors pourquoi n'admettrait-on pas la même dérogation pour les cessions de droit commun

¹⁸⁶ Cass. com., 28 mai 1996, n°94-10.361 : « la cession de créance consentie dans les formes de la loi du 2 janvier 1981 transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, même lorsqu'elle est effectuée en vue de garantir le paiement du solde d'un compte courant et sans stipulation d'un prix, de sorte qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur. » ; voir aussi : Cass. com. 20 fév. 1996, n°94-10.156. *Contra* : Cass. com., 19 mai 2015, n°14-11.215 : « est nulle la cession de créance intervenue au cours de la période suspecte, fût-elle consentie en exécution d'une convention cadre signée antérieurement à la date de cessation des paiements, dès lors qu'elle a pour objet d'éteindre une dette non échue ».

¹⁸⁷ Ph. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* n°6, nov-déc. 2021.

intervenues en application d'une convention-cadre ? L'article L. 632-1 protège mieux les créanciers professionnels ayant eu recours à une cession Dailly que les particuliers ayant pu avoir recours à une cession de droit commun. Pourtant les établissements de crédit sont plus à même de pouvoir supporter le poids de pertes financières. Il ressort de l'ordonnance de 2021 une volonté de préserver la cession Dailly qui est perçue comme « un havre de sécurité » par les créanciers professionnels¹⁸⁸. Mais cette dérogation présente le risque « d'encourager la conclusion préventive de contrats-cadres dans le seul but de pouvoir – si le besoin se fait sentir – procéder à une cession de créances afin de garantir un crédit qui ne l'était pas vraiment à l'origine »¹⁸⁹.

103. La persistance des nullités facultatives - Si la cession Dailly échappe aux nullités de plein droit, elle reste toutefois soumise aux nullités facultatives de l'article L. 632-2 ce qui permettrait d'annuler une cession Dailly intervenue pendant la période suspecte lorsque le cessionnaire avait connaissance de la cessation des paiements. La nullité facultative est néanmoins plus difficile à obtenir que la nullité de droit puisqu'elle exige de rapporter la preuve de la mauvaise foi du créancier. De plus, la connaissance par le cessionnaire de la cessation des paiements doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat. Or dans l'hypothèse d'une cession Dailly intervenue en application d'une convention-cadre conclue en amont de la cessation des paiements, cette preuve ne pourra jamais être rapportée¹⁹⁰.

La modification du régime de la cession de créance à titre de garantie ne se perçoit pas seulement au stade de la constitution de la sûreté en procédure collective mais aussi s'agissant de l'accroissement de son assiette.

§2 L'interdiction de l'accroissement de l'assiette de la sûreté après l'ouverture de la procédure collective

Si l'ordonnance de 2021 est venue interdire l'accroissement d'une sûreté réelle après l'ouverture d'une procédure collective (A) elle a prévu une dérogation spéciale pour le titulaire d'une cession Dailly (B).

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ N. Borga et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *D.* 2021, p. 1773.

¹⁹⁰ C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, *op. cit.* n°278 p.273.

A) La modification de l'article L. 622-21 par la réforme du droit des procédures collectives

L'ordonnance du 15 septembre 2021 a rajouté à un IV à l'article L. 622-21 du Code de commerce qui pose le principe d'arrêt des poursuites individuelles. Cet article dispose désormais que le jugement d'ouverture de la procédure collective interdit de plein droit « tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle [...], quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits [...] ou par transfert de biens ou droits du débiteur » et aucune disposition contraire n'est tolérée.

104. Déclaration de l'assiette - L'efficacité de cette mesure est renforcée par la modification de l'article L. 622-25 du Code de commerce qui prévoit désormais que le créancier qui déclare sa créance ne doit pas se contenter de mentionner les sûretés dont sa créance est assortie mais doit préciser l'assiette de ces sûretés. Cette déclaration permettra de s'assurer qu'il n'y a pas eu accroissement de l'assiette après l'ouverture de la procédure collective.

105. L'impact sur les cessions de créances futures - En interdisant l'accroissement de l'assiette de la cession de créance à titre de garantie, l'article L. 622-21 vient contrer les effets attachés, par l'article 1323 du Code civil, à la cession de créances futures. En effet, si le droit commun admet depuis l'ordonnance de 2021 que ces cessions soient opposables aux tiers à compter de l'acte constitutif, peu important la date de naissance des créances, le droit des entreprises en difficulté fait obstacle à ce qu'une créance qui naîtrait dans le patrimoine du débiteur après l'ouverture de la procédure collective à son encontre soit transférée au cessionnaire en vertu d'une cession de créances futures consentie avant le jugement d'ouverture.

Il ne semble pas au contraire que la solution doive s'appliquer à la cession d'une créance déjà née mais ne devenant exigible qu'après le jugement d'ouverture, « par exemple les loyers postérieurs dus en vertu d'un bail en cours, que le bailleur aurait cédés à un créancier avant l'ouverture de la procédure »¹⁹¹. En effet, « l'arrivée à échéance d'une créance déjà cédée à titre de garantie n'accroît pas l'assiette de la garantie » mais la rend simplement effective¹⁹². D'ailleurs la jurisprudence antérieure acceptait de faire produire effet à cette cession¹⁹³.

¹⁹¹ Ph. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *op. cit.*

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Cass. com., 7 déc. 2004, n°02-20.732.

A l'image des modifications concernant les nullités de la période suspecte, les rédacteurs de l'ordonnance ont prévu une dérogation spéciale concernant l'accroissement de l'assiette d'une cession Dailly.

B) La dérogation accordée aux titulaires de cessions Dailly

106. Dérogation - L'article L. 622-21 IV pose une exception à l'interdiction de l'accroissement de l'assiette des sûretés réelles en admettent que l'accroissement de l'assiette puisse résulter d'une cession Dailly « lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à la procédure ».

La référence à une cession intervenue en exécution d'un contrat-cadre pose les mêmes inquiétudes qu'au sujet des nullités de la période suspecte. L'établissement d'une convention-cadre risque de devenir une formalité et s'apparenter « plus à une promesse de sûretés à intervenir qu'à l'accroissement d'une sûreté préexistante. »¹⁹⁴. Cette dérogation devrait susciter un attrait pour la cession Dailly de la part des créanciers au détriment de la cession de droit commun. Pourtant en permettant au cessionnaire d'appréhender davantage d'actifs, cette exception est contraire à l'objectif de sauvetage du débiteur qui prévaut dans le droit des entreprises en difficulté.

L'ouverture d'une procédure collective n'affecte pas seulement la cession de créance à titre de garantie concernant sa constitution et l'accroissement de son assiette mais aussi au stade de sa réalisation.

Section 2 - La réalisation de la cession de créance à titre de garantie en procédure collective

Lorsque le cédant subit une procédure collective, le droit exclusif du titulaire d'une cession de créance à titre de garantie lui permet d'échapper au concours avec les autres créanciers (§1). Ce traitement privilégié est critiqué par une partie de la doctrine qui considère qu'il nuit à l'efficacité des procédures collectives (§2).

¹⁹⁴ N. Borga et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *op. cit.*

§1 Le placement hors concours du cessionnaire

Le transfert de la créance cédée au cessionnaire rend sans conséquence l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant. Le cessionnaire n'est pas soumis à la procédure collective du cédant s'agissant de la créance cédée. Il échappe ainsi à la règle d'interdiction des poursuites individuelles (A) et à celle de la déclaration de créance (B).

A) Le droit au paiement de la créance cédée postérieurement à l'ouverture de la procédure collective

L'ordonnance de 2021 a admis que le cessionnaire obtienne paiement de la créance cédée alors même que le cédant est placé en procédure collective, reprenant ainsi la solution rendue par la jurisprudence concernant la cession Dailly (1). La situation d'un créancier nanti en procédure collective reste quant à elle plus incertaine (2).

1) Une solution jurisprudentielle confirmée par la réforme de 2021

En matière de cession Dailly, le dernier état de la jurisprudence¹⁹⁵ admet qu'une cession professionnelle, cédée en vertu d'une cession constituée avant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant, peut être payée après cette date¹⁹⁶. L'explication réside dans le fait que la créance est sortie du patrimoine du constituant à partir de la conclusion de la cession, de sorte que son paiement postérieurement à l'ouverture de la procédure collective du cédant ne constitue pas un manquement au principe d'interdiction des poursuites individuelles¹⁹⁷ qui gouverne le droit des procédures collectives. La même justification devrait permettre d'appliquer cette solution à la cession de créance à titre de garantie de droit commun.

107. Les créances concernées - S'il sera possible de demander le paiement d'une créance cédée et devenue exigible avant l'ouverture de la procédure collective, la solution concerne également les créances cédées au titre d'un contrat à exécution successive qui seraient nées avant l'ouverture de la procédure collective mais qui ne deviendraient exigibles qu'après cette date. Par exemple concernant une cession de loyers intervenues avant la procédure collective mais dont les loyers ne deviennent exigibles qu'après son ouverture¹⁹⁸. Par contre, nous avons

¹⁹⁵ Après des décisions en sens inverses : Cass. com., 26 avril 2000, n° 97-104.15 ; Cass. com., 22 mai 2002, n°99-11.052.

¹⁹⁶ Cass. com., 7 déc. 2004, n°02-20.732 : « même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date ».

¹⁹⁷ L. 622-21, C. com.

¹⁹⁸ D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n°732 p. 474.

vu que l'article L. 622-21 du Code de commerce fait obstacle à ce qu'une cession de créances consentie avant l'ouverture d'une procédure permette le paiement de créances futures nées après cette date.

108. La notification après le jugement d'ouverture - Le cessionnaire peut s'assurer que le paiement de la créance cédée aura lieu entre ses mains grâce à la notification de la cession au débiteur cédé. La jurisprudence rendue en matière de cession Dailly admet que la notification d'une cession de créance conclue avant l'ouverture de la procédure collective puisse intervenir après cette ouverture¹⁹⁹ car en notifiant la cession, le créancier ne réalise pas sa sûreté mais ne fait que préserver l'assiette de sa garantie. La même solution devrait s'appliquer à la cession de créance de droit commun.

109. Absence de déchéance du terme - Le fait que le cessionnaire puisse demander paiement de la créance cédée après l'ouverture de la procédure collective ne signifie pas que le jugement d'ouverture produise un effet de déchéance du terme de la créance garantie. Si cette dernière n'est pas encore échue à l'ouverture de la procédure, le cessionnaire devra attendre la défaillance du cédant en procédure collective pour être désintéressé sur les sommes perçues à titre de garantie. En théorie, il devrait attendre l'issue de la procédure collective pour s'approprier pleinement les sommes reçues du débiteur cédé.

2) Comparaison avec l'efficacité du nantissement de créances en procédure collective

Le nantissement de créance présente-t-il la même efficacité que la cession de créance à titre de garantie en procédure collective ? Permet-il d'obtenir le paiement de la créance nantie après l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant ?

Pour répondre à cette question, il faut se pencher sur le droit de rétention conféré par le nouvel article 2363 du Code civil au créancier nanti qui aurait procédé à la formalité de la notification. Comment ce droit de rétention déploie-t-il ses effets lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du constituant ? Le constituant est-il seul face à la créance nantie qui, rappelons-le, est restée dans le patrimoine du constituant ou peut-il entrer en concours avec les créanciers du constituant ?

110. Un droit de rétention fictif ? - Le parallèle mérite d'être dressé entre la situation du créancier nanti et celle du bénéficiaire d'un gage sans dépossession. La loi du 4 août 2008 a reconnu au profit de ce dernier un droit de rétention énoncé à l'article 2286 4° du Code civil. Il

¹⁹⁹ CA Versailles, 13^e ch, 28 fèv. 2013, n°12/06573 ; Cass. com., 7 déc. 2004, n°02-20.732 (affaire Cœur défense).

s'agit seulement d'un droit de rétention dit « fictif » car il ne s'apparente à aucune réalité matérielle ; le créancier n'ayant pas la chose gagée entre ses mains. Ce droit de rétention fictif n'a qu'une efficacité limitée en procédure collective. En effet, il n'est pas opposable en sauvegarde judiciaire²⁰⁰ et en redressement judiciaire²⁰¹. Il n'est donc effectif que dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

La mise en possession d'une créance se conçoit difficilement étant donné son immatérialité. Si on considère que le créancier nanti n'est pas en possession de la créance, son droit de rétention ne serait que fictif, à l'image de celui du créancier gagiste. Néanmoins, les textes du Code de commerce qui limitent l'efficacité du droit de rétention fictif se rapportent spécifiquement au droit du créancier gagiste et ne devraient pas pouvoir s'appliquer au créancier nanti. La réforme du droit des entreprises en difficulté n'a d'ailleurs pas modifié le droit existant à ce sujet pour l'étendre à la situation du créancier nanti.

111. Un droit de rétention effectif ? - Il n'est même pas acquis que le droit de rétention du créancier nanti doive être qualifié de fictif. En effet, la mise en possession du créancier pourrait être déduite d'un éventuel pouvoir de blocage dont il disposerait sur la créance nantie. La doctrine est divisée sur cette question. Une première analyse consisterait à estimer qu'on ne peut parler de pouvoir de blocage étant donné que le créancier ne peut pas empêcher le débiteur nanti de payer un tiers. Au contraire, on peut considérer que le pouvoir de blocage se manifeste par la possibilité, lorsque le débiteur se libère entre les mauvaises mains, de lui demander de payer deux fois afin de se libérer auprès du créancier nanti. A retenir la seconde analyse, le créancier nanti serait titulaire d'un droit de rétention effectif sur la créance nantie. Ce droit pourrait déployer son efficacité dans tous les types de procédures collectives assurant ainsi au créancier une exclusivité sur la créance nantie opposable aux créanciers du constituant.

112. Le flou juridique en l'absence de notification - Néanmoins ce droit de rétention n'est reconnu par l'article 2363 du Code civil que pour la période qui suit la notification. Comme il a été vu précédemment, la situation du créancier nanti reste incertaine pour la période précédant la notification. Il n'est pas sûr qu'il dispose alors de la même exclusivité sur la créance nantie. Pour cette raison, il est plus prudent d'avoir recours à une cession de créance à titre de garantie pour le créancier qui souhaiterait s'assurer de disposer d'un droit exclusif sur l'objet de sa garantie afin de ne pas rentrer en concours avec les autres créanciers de la procédure collective.

²⁰⁰ Art. L. 622-7, I, al 2, C.com.

²⁰¹ Art. L. 631-14, al 1, C.com.

Il convient néanmoins de mentionner, qu'à l'image de la cession de créance à titre de garantie, la jurisprudence devrait admettre que la notification d'un nantissement puisse intervenir après l'ouverture de la procédure collective car il ne s'agit pas d'une mesure d'exécution de la sûreté prohibée par le droit des procédures collectives mais affecte seulement le mode d'exécution par le débiteur cédé de son obligation de payer.

113. Créancier nanti bénéficiant d'un pacte comissoire - L'intérêt de la cession de créance à titre de garantie demeure lorsque le créancier nanti bénéficie d'un pacte comissoire. En effet, le transfert de propriété de la créance cédée s'opère dès la date de l'acte de cession ce qui permet au cessionnaire d'éviter la contrainte de la prohibition du pacte comissoire en procédure collective prévue au troisième alinéa de l'article L622-7 I du Code de commerce contrairement au créancier bénéficiant d'un nantissement. De même, le créancier nanti ne peut pas demander l'attribution judiciaire de la créance nantie en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire tandis que le cessionnaire n'a pas ce problème.

Nous venons de voir que le bénéficiaire d'une cession de créance à titre de garantie échappe au concours avec les autres créanciers du cédant. En outre, le cessionnaire n'aura pas à déclarer la créance cédée à la procédure collective du cédant.

B) La déclaration facultative de la créance cédée à la procédure collective du cédant

114. La déclaration de la créance cédée - L'article L. 622-24 du Code de commerce pose l'exigence pour les créanciers du débiteur en difficultés de déclarer leur créance à la procédure collective de ce dernier. Ainsi, le cessionnaire qui déclarerait sa créance à l'encontre du cédant doit-il également déclarer la créance cédée qui l'accompagne à titre de garantie ?

La majorité de la doctrine considère que le cessionnaire n'est pas tenu de déclarer la créance cédée à la procédure du cédant car cette créance ne fait plus partie du patrimoine de ce dernier suite à son transfert au cessionnaire²⁰². En effet, la formalité de la déclaration de créance a pour objectif de permettre aux créanciers de participer aux distributions à l'issue de la procédure. Or le cessionnaire étant désintéressé de la créance cédée en dehors de la procédure collective du constituant, il n'a pas besoin de participer aux répartitions.

La question de la déclaration de la créance cédée à la procédure collective du cédant s'est posée en matière de cession de Dailly car on se demandait si la déclaration devait avoir été faite

²⁰² En ce sens : F-X. Lucas, « Efficacité de la sûreté », *La fiducie-sûreté*, Association française des fiduciaires, Actes de colloque, LGDJ, 2015, p. 33.

afin que le cessionnaire puisse actionner sa garantie de paiement à l'encontre du cédant²⁰³. Or, dans une décision du 30 juin 2015²⁰⁴, la Cour de cassation a affirmé qu'il ne « peut y avoir une déclaration au titre de la créance garantie et une autre au titre de la garantie » car « il n'y a pas une créance au titre de la créance garantie et une autre au titre de la garantie » ; ce qui n'empêche pas le cédant de rester tenu à l'égard du cessionnaire en tant que garant.

115. La déclaration de la créance garantie - Si le cessionnaire n'est pas tenu de déclarer la créance cédée à la procédure collective du cédant, il doit, par contre, déclarer la créance garantie. Le créancier n'est dans une situation d'exclusivité que vis-à-vis de la créance donnée en garantie, de sorte que la déclaration de la créance garantie n'est assortie d'aucun privilège donnant au créancier le droit d'être préféré sur un élément du patrimoine de son débiteur²⁰⁵.

La jurisprudence considère que le cessionnaire devra déclarer l'intégralité de la créance garantie sans déduire de son montant les éventuels règlements réalisés par le débiteur cédé²⁰⁶. En effet, la créance cédée ne peut être restituée qu'après complet paiement de la créance garantie par le cédant.

En vertu de l'article L. 622-25 du Code de commerce, la sûreté qui accompagne la créance garantie - et plus spécifiquement, son assiette - doit être mentionnée dans la déclaration de cette dernière. Ainsi, si le cessionnaire procède à la déclaration de sa créance à l'encontre du cédant, il devra mentionner la créance cédée à titre de garantie et son montant. Il ne s'agit pas d'une déclaration à part entière de la créance cédée comme présentée au paragraphe précédent mais simplement de sa mention dans la déclaration de la créance garantie.

Si le créancier ne procède pas à la déclaration de la créance garantie, cette créance sera rendue inopposable à la procédure collective du cédant²⁰⁷. Pourrait-il néanmoins se prévaloir de la cession de créance à titre de garantie pour demander paiement au débiteur cédé ? La créance garantie n'étant pas annulée, elle n'emporte pas extinction de la garantie qui l'accompagne. Ainsi, le cessionnaire reste créancier du débiteur cédé et devrait, en tant que tel, pouvoir exiger le paiement de la créance cédée. Alors, puisque le créancier ne participera pas aux distributions, il ne pourra pas recevoir paiement de la créance garantie par le cédant, de sorte que l'obligation de restitution ne devrait pas jouer. A cause de l'absence de déclaration

²⁰³ Art. L. 313-24 C. mon. fin.

²⁰⁴ Cass. com., 30 juin 2015, n°14-13.784.

²⁰⁵ Cass. com., 20 févr. 2007, n°05-20.562 : si une cession de créance professionnelle à titre de garantie attribue au cessionnaire un droit exclusif sur cette créance afin de garantir le recouvrement du concours consenti, elle ne saurait conférer au concours déclaré au passif du cédant un privilège dont il serait assorti lui donnant le droit d'être préféré aux autres créanciers sur un élément du patrimoine de son débiteur.

²⁰⁶ Cass. com., 30 juin 2015, *op. cit.*

²⁰⁷ Art. L. 622-26, C. com.

imputable au cessionnaire, le cédant se voit privé de la possibilité de récupérer la créance cédée. Les juges pourraient éventuellement considérer qu'il s'agit d'une cause d'engagement de la responsabilité contractuelle du cessionnaire en ce qu'elle fait perdre au cédant une chance réelle et sérieuse de recouvrement de la créance cédée.

En tout état de cause, il reste plus prudent pour le cessionnaire de déclarer la créance garantie à la procédure du cédant dans l'hypothèse où la créance cédée à titre de garantie serait d'un montant inférieur à la créance cédée ou encore pour se prémunir du risque de ne pas pouvoir récupérer le montant de la créance cédée auprès du débiteur cédé²⁰⁸.

116. En cas de procédure collective ouverte contre le débiteur cédé - Enfin, si une procédure collective est ouverte non pas, à l'encontre du cédant mais, du débiteur cédé, le créancier devra déclarer la créance cédée au patrimoine du cédé. Il aura seulement la qualité de créancier chirographaire sur cette créance face aux autres créanciers du débiteur cédé.

En matière de cession Dailly effectuée à titre de garantie, la jurisprudence a pu décider que le cédant reste tenu en sa qualité de débiteur principal vis-à-vis du cessionnaire qui lui a accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif de la procédure collective du débiteur cédé²⁰⁹. L'explication de cette solution réside dans le caractère accessoire de la garantie : la créance principale n'est pas affectée par le fait que la garantie ne puisse être mise en œuvre.

Nous venons de voir que le cessionnaire dispose d'une situation d'exclusivité sur la créance cédée à titre de garantie qui lui permet d'être traité en dehors du cadre des procédures collectives. Ce placement hors concours du cessionnaire contrevient à l'efficacité des procédures collectives.

§2 Un effet attentatoire à l'efficacité des procédures collectives

La cession de créance à titre de garantie peut rendre impossible le sauvetage du débiteur placé en procédure collective (A). Afin de remédier à ce constat, il est possible d'invoquer la disproportion de la garantie et d'imaginer certaines modifications du droit actuel (B).

²⁰⁸ Ph. Roussel Galle, « La déclaration de créances et les sûretés réelles », *LPA* 2011, n°30, p. 37 ; C. Favre-Roche, *Sûretés et procédures collectives*, *op. cit.*, n°286 p. 279.

²⁰⁹ Cass. com., 20 oct. 2009, n°08-18.233.

A) Un obstacle au sauvetage de l'entreprise

Bien que l'existence de sûretés efficaces soit de nature à convaincre plus facilement les créanciers d'accorder des crédits aux entreprises, la constitution de sûretés-proprétés peut se retourner contre le débiteur placé en procédure collective. Ces conséquences néfastes se manifestent particulièrement lorsque le débiteur a cédé des créances issues d'un contrat à exécution successive. Il risque alors d'être privé d'une trésorerie indispensable pour son sauvetage. En effet, seul le cessionnaire percevra le paiement des créances cédées. Cet effet d'accaparement est aggravé par le fait que le cessionnaire est en mesure de percevoir l'intégralité des sommes dues par le débiteur cédé même si elles sont d'un montant supérieur à la créance garantie²¹⁰. De plus, il rencontrera plus de difficultés à céder les contrats qui font l'objet d'une cession de créance rendant ainsi la cession de l'entreprise plus difficile²¹¹.

117. L'affaire Cœur défense - L'affaire *Cœur défense*²¹² est emblématique de l'obstacle que peut représenter la constitution d'une cession de créances à titre de garantie pour l'adoption d'un plan de sauvegarde. En l'espèce, il s'agissait d'une cession Dailly consentie sur les créances de loyers d'un complexe immobilier en garantie du prêt qui a permis de financer son acquisition. Ce complexe constituait le seul bien du débiteur. Suite à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à son encontre, les créanciers notifient la cession aux débiteurs cédés. Le cédant se retrouve alors privé des seules ressources propres à financer la continuation de son activité.

118. Les remèdes insuffisants de l'ordonnance de 2021 - En prohibant la constitution d'une cession de créance à titre de garantie pendant la période suspecte ainsi qu'en interdisant l'accroissement de l'assiette d'une cession préexistante, l'ordonnance de 2021 a tenté de remédier aux inconvénients que présente une telle sûreté en procédure collective. Toutefois ces mesures ne sont que partiellement efficaces puisqu'elles ne concernent pas les cessions Dailly issues d'un contrat-cadre. Si la cession de droit commun est paralysée, les avantages de la cession Dailly ne sont pas remis en cause. De plus, l'accroissement de l'assiette empêche un cessionnaire de demander paiement d'une créance future née après le jugement d'ouverture mais pas d'une créance née d'un contrat à exécution successive avant l'ouverture de la procédure et qui ne deviendrait exigible qu'après comme dans l'affaire *Cœur défense*.

²¹⁰ Cass. com., 18 nov 2014, n°13-13.336.

²¹¹ Rapport de la Cour de cass., la documentation française, 2002.

²¹² Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-20.732.

119. Le remède insuffisant de la faculté de résiliation des contrats par les organes de la procédure - Il est possible que le contrat générateur des créances cédées soit résilié par le débiteur ou l'organe compétent de la procédure collective. Deux conditions doivent être réunies : la résiliation doit être nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne doit pas porter une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant²¹³. Or la réunion de ces conditions risque de poser problème en pratique. A prendre l'exemple d'un contrat de bail, sa résiliation préjudiciera nécessairement le preneur-débiteur cédé et risque même d'accroître le passif du cédant en raison des dommages-intérêts réclamés par le cocontractant évincé²¹⁴.

120. Une atteinte à l'efficacité de la procédure néfaste au cessionnaire lui-même - Paradoxalement, l'efficacité des sûretés sur créances est tributaire de la continuation de l'activité du débiteur en difficulté. Le débiteur cédé tenu par un contrat à exécution successive cessera de s'exécuter s'il ne reçoit plus rien de la part du cédant et pourra opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution. Ce dernier sera alors privé de ses droits. Ainsi il a plus intérêt à ce que le cédant soit soumis à une procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement que de liquidation.

Afin de remédier aux inconvénients de la cession de créance en procédure collective, certains palliatifs sont envisageables.

B) Les palliatifs à l'atteinte aux procédures collectives

121. La sanction de la disproportion de la garantie - L'article L. 650-1 du Code de commerce permet d'engager la responsabilité du créancier qui se serait fait consentir des garanties disproportionnées par rapport au concours consenti au débiteur en procédure collective. Le débiteur devra démontrer que cette disproportion lui a causé un préjudice. La garantie pourra alors être réduite ou annulée par le juge. La disproportion n'est pas appréciée au regard des facultés financières du constituant mais bien en fonction du concours qui lui a été consenti. Ainsi, il est possible que cet article ne permette pas de réduire des garanties qui pourtant compromettent le sauvetage du débiteur. Par exemple, dans l'affaire *Cœur défense*, il est probable que les juges auraient considéré que la cession des loyers n'était pas disproportionnée puisque le crédit consenti par le créancier a permis d'acquérir le complexe immobilier permettant de générer ces loyers.

²¹³ L. 622-13, IV, C. com. ; L. 631-14, al 1, C. com. ; L. 641-11-1, IV, C. com.

²¹⁴ C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, op. cit., n°263 p. 263 à 264.

122. La suspension des effets de la cession en cours de procédure - Certains auteurs proposent que les droits des titulaires de propriété-sûretés soient suspendus pendant la période d'observation de la procédure collective. Cette suspension devrait s'accompagner de mécanismes permettant de préserver la valeur de leur sûreté²¹⁵. Et « si, au terme de la période d'observation, aucune solution de redressement n'était trouvée, le débiteur ferait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire dans le cadre de laquelle le créancier bénéficiant d'une sûreté réelle disposerait d'un droit de priorité absolu sur la valeur de réalisation du bien objet de sa sûreté »²¹⁶.

La fiducie-sûreté connaît déjà un aménagement de son régime pour l'aligner sur le droit des procédures collectives. En effet, le créancier qui bénéficie d'une fiducie-sûreté sans dépossession ne peut obtenir l'attribution des biens figurant dans le patrimoine fiduciaire pendant la période d'observation, ni pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement²¹⁷. Le débiteur en difficulté est ainsi assuré de pouvoir accéder aux biens qui figurent au patrimoine fiduciaire et qui sont souvent indispensables à la poursuite de son activité. Le créancier ne retrouve la plénitude de ses droits qu'en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement et de liquidation judiciaire de son débiteur²¹⁸.

Le législateur pourrait intervenir pour prévoir un traitement similaire de la cession de créance à titre de garantie²¹⁹. Ainsi, le cédant sous procédure collective ne serait pas privé de trésorerie pendant la période d'observation ce qui rendrait plus facile l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement. En effet, même si les sommes reçues par le cédant au titre de son mandat de recouvrement sont exclusivement destinées au cessionnaire, il est fréquent dans la pratique de la cession Dailly, que ce dernier accepte d'imputer sur la créance garantie les sommes que le cédant lui reverse au fil des échéances de la créance cédée.

²¹⁵ R. Dammann, « Réflexions sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives : pour une attractivité retrouvée du gage », *D.* 2005, p. 2447 ; J.-E. Kuntz et V. Nurit, « La cession de créance à titre de garantie à l'épreuve du plan de sauvegarde », *Bull. Joly*, n°1, janv. 2014, p. 58.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Art. L. 622-23-1, C. com.

²¹⁸ P.-M. Le Corre, « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *D.* 2009, n° 882.

²¹⁹ Sur ce point : C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, LGDJ, 2018, n° 441 p. 459 : « Neutraliser l'efficacité de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition sans neutraliser les autres sûretés-propiété est incohérent. Dès lors que l'objectif de redressement est assumé par le législateur, l'ensemble des sûretés-propiétés [...] doivent y être soumises ».

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il apparaît que la cession de créance à titre de garantie est une sûreté simple de constitution et de réalisation, capable d'appréhender à la fois un ensemble de créances et des créances futures, efficace en procédure collective et qui a l'avantage de s'adresser à tous ceux qui souhaiteraient l'adopter contrairement à la cession Dailly et à la fiducie qui ne s'adressent qu'à certains sujets de droit. En outre, la cession Dailly et la fiducie-sûreté sont plus pénibles à constituer en raison des mentions qu'elles exigent à titre de validité. De plus, la création d'un patrimoine fiduciaire doit s'accompagner d'une formalité d'enregistrement qui rend cette sûreté plus onéreuse.

En revanche, la fiducie offre une faculté de rechargement à son bénéficiaire et permet de mobiliser des actifs variés (et pas seulement des créances) en garantie d'une seule et même dette. Quant à la cession Dailly, elle reste plus efficace en procédure collective que la cession de créance de droit commun puisqu'elle échappe aux nullités de la période suspecte ainsi qu'à l'interdiction de l'accroissement de l'assiette des sûretés réelles, à supposer toutefois qu'elle intervienne en application d'une convention-cadre. La possibilité de faire accepter la cession au débiteur cédé, le mandat implicite de recouvrement et la garantie de paiement qui incombent au cédant contribueront également à confirmer son hégémonie au sein des praticiens²²⁰.

Pour autant, le nantissement de créance ne devrait pas être en reste face à ces trois propriétés-sûretés. Bien que les contours de l'efficacité qu'il est censé conférer au créancier nanti restent plus incertains avant sa notification et en procédure collective que la force tirée de l'exclusivité du droit de propriété du cessionnaire, il devrait être préféré à la cession de créance par les constituants de sûretés²²¹. En effet, puisqu'il conserve la propriété des créances nanties, le bilan comptable du débiteur n'est pas dégonflé de ces valeurs²²² et il peut constituer d'autres nantissements sur la même créance. En outre, il n'a pas à supporter le risque de saisie des créances nanties par les créanciers du bénéficiaire de la sûreté ainsi que celui de la dilapidation des sommes versées à ce dernier en raison de leur affectation sur un compte spécial. Le

²²⁰ M. Julienne, « Nantissement ou cession fiduciaire que choisir ? », *op. cit.* : « La cession Dailly devrait demeurer « la reine » [...], malgré les atouts du nantissement et le potentiel de la fiducie civile. ».

²²¹ M.-P. Dumont, « La cession de créance à titre de garantie », *op. cit.* : le débiteur devrait trouver « davantage de satisfactions dans le nantissement de créance ».

²²² *Ibid* : Ce qui peut représenter un atout pour des raisons comptable et vis-à-vis de ses relations avec les tiers.

créancier peut y trouver son compte puisque la gestion et le recouvrement de la créance nantie restent à la charge du constituant.

Compte tenu des différences pointées entre ces sûretés sur créances, la consécration de la cession de créance à titre de garantie en droit commun est opportune car elle offre aux parties la possibilité de choisir la sûreté qui leur convient le mieux au nom de la liberté contractuelle.

Avec la multiplication des propriétés-sûretés en droit commun, le droit des sûretés n'est pas à l'abri d'un rapprochement des régimes des propriétés-sûretés et des sûretés traditionnelles à l'avenir. Celui-ci se traduirait, d'un côté, par le renforcement des effets attachés aux sûretés ordinaires afin d'assurer leur compétitivité face aux propriétés-sûretés. Cette tendance s'exprime déjà par la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de conférer un droit exclusif au créancier nanti. De l'autre côté, ce rapprochement pourrait se manifester par une atténuation de l'exclusivité conférée au bénéficiaire d'une propriété-sûreté en admettant, par exemple, de constituer une sûreté de second rang sur une créance qui a fait l'objet d'une cession à titre de garantie. Si cette tendance se concrétise, elle devrait ultimement aboutir à une fusion du nantissement de créance avec la cession de créance à titre de garantie.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- P. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e ed., PUF, Coll Droit fondamental, 1998
- L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 15^e éd., LGDJ, Droit civil, 2021
- D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 14^e éd., LGDJ, Manuel, 2021
- G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, Quadrige, 2022
- M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Sirey Université, 2020
- P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 11^e éd., Dalloz Action, 2020
- Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 17^e éd., Sirey Université, 2020

II. Monographies et ouvrages spéciaux

- J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010
- P. Crocq, « La réforme des sûretés mobilières », *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (dir. Y. Picod et P. Crocq), Droit Procédures, 2006
- M. Grimaldi, « Réflexions sur les propriétés-sûretés », *Mélanges J. Dupichot*, Bruylant, 2005
- V. Lasserre, « La cession de créance en droit français et en droit allemand », *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018
- P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019
- J.-D. Pellier, « Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie », *La réforme du droit des sûretés* (dir. L. Andreu et M. Mignot), LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2019
- J. Derrupé, « De la fiducie au crédit bail », *Ét. Ellul*, PUF, 1983

III. Thèses

S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960

Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, LGDJ Coll « Bibl de droit des entreprises en diff », 2017

P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995

C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, LGDJ, 2020

C. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, Economica, 2015

F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, 2007

L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012

F-X. Lucas, « Efficacité de la sûreté », *La fiducie-sûreté*, Association française des fiduciaires, Actes de colloque, LGDJ, 2015

C.-A. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, LGDJ, 2018

IV. Articles

D. Legeais, « La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance », *JCP E* n° 16, 18 avr. 2007, II, p.10067

P. Théry, « Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir », *RDA*, déc. 2019, p. 122

R. Libchaber, « L'usufruit des créances existe-t-il ? », *RTD Civ.*, 1997, p.615

M. Julienne, « Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir ? », *RDC* 2018, p. 318

L. Aynès, « Le nantissement de créance : entre gage et fiducie », *Dr. et patr.*, 2007, n° 162, p. 66

- D. Legeais, « Le nantissement de créance », *Dr. et patr.*, sept. 2007, p. 54
- A. Aynès, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *JCP N* n°47, 26 nov. 2021, p. 1334
- X. Delpech, « Restitution des créances cédées à titre de garantie inscrites en compte courant », *D.* 2006. p. 2028
- F. Pérochon, « Cession de créances professionnelles : obligation du cédant de rembourser le crédit en dépit de l'extinction de la créance cédée en garantie », *Rev. proc. coll.* 2010, n° 2, comm. 63
- F. Petit, « L'absence de déclaration d'une créance cédée à titre de garantie d'un crédit ne prive pas le cessionnaire de son action contre le cédant pris en sa qualité de débiteur principal », *Act. proc. coll.*, 2009-20, comm. 303.
- P. Deniau et P. Rouast-Bertier, « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *RD banc. fin.*, juill. 2008, étude 13, p. 11
- V. Lasbordes de Virville, « La cession de créance à titre de garantie », *RD banc. fin.*, n° 1, Janvier 2009, dossier 3
- P. Crocq, « L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie », *RTD Civ.*, 2007, p.160
- F. Danos, « Cession de créance à titre de garantie : rejet prétorien d'une généralisation à raison d'une validation législative limitée », *LPA*, 18 juill. 2007, n°PA200714303, p. 22
- C. Larroumet, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *D.* 2007 p.344
- M.-P. Dumont, « La cession de créance à titre de garantie », *RD banc. fin.*, n°2, mars 2022
- J.-D. Pellier, « Plaidoyer en faveur de la saisissabilité des créances éventuelles », *D.* 2021, p.2139
- F. Danos, « Proposition de modification de l'article 1323 du Code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future », *RDC* 2017, p. 200

O. Deshayes, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie : Révolution dans le monde des sûretés sur créances ? », *JCP E*, n°46, 18 nov. 2021, p. 1493

R. Mortier, A-F. Chénau, M. Dubois, S. Bol et J. Labedan, « Réforme du droit des sûretés et sociétés », *Dr. sociétés*, n° 1, Janvier 2022, étude 1

Ph. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* n°6, nov-déc. 2021

N. Borga et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *D.* 2021, p. 1773

Ph. Roussel Galle, « La déclaration de créances et les sûretés réelles », *LPA* 2011, n°30, p. 37

R. Dammann, « Réflexions sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives : pour une attractivité retrouvée du gage », *D.* 2005, p. 2447

J.-E. Kuntz et V. Nurit, « La cession de créance à titre de garantie à l'épreuve du plan de sauvegarde », *Bull. Joly*, n°1, janv. 2014, p. 58

P.-M. Le Corre, « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement », *D.* 2009, n° 882

V. Notes de jurisprudence

P. Théry, *Defrénois*, 28 févr. 2008, p. 414, note sous Cass. com., 19 déc. 2006, n°05-16395

D. Fenouillet, *RJ Com.* 1993, n°39 s., p. 208 s., note sous Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89- n° 89-13.711

C. Larroumet, *D.* 1995, p. 124 et 216, note sous Cass. com. 17 mai 1994, n°91-20.083