

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 2 juin 2014

**SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES EN
DROIT FRANÇAIS, ANGLAIS ET VIETNAMIEN**



Université Panthéon-Assas

BUI Duc Giang

Sous la direction de :

Mme. NGUYEN Thi Mo

Professeur à l'École Supérieure du Commerce Extérieure de Hanoi ; et

M. Michel GRIMALDI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

M. Pierre CROCQ

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Philippe DUPICHOT

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

M. Maxime JULIENNE

Professeur à l'Université d'Angers

M. Franck JULIEN

Chargé d'enseignements – Université Panthéon-Assas (Paris II)
– Université François-Rabelais (Tours)
Senior Legal Counsel, CREDIT AGRICOLE CORPORATE &
INVESTMENT BANK

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit & Économie & Sciences Sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier ici tout particulièrement Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI qui m'a opportunément suggéré ce sujet de recherche portant sur le thème des sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien (étude comparée) qui m'a permis des réflexions, des raisonnements mais aussi des découvertes passionnants. Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI m'a également prodigué des pistes de réflexion, des remarques et conseils pertinents, qui se sont révélés indispensables à la réalisation de cette thèse. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus sincère et vive reconnaissance.

Je remercie Madame le Professeur NGUYEN Thi Mo pour ses conseils inestimables concernant le droit vietnamien.

Mes remerciements vont aussi à Monsieur Franck Julien (Crédit Agricole Corporate and Investment Bank), Charlotte Guillemain (Groupe Legrand), Antoine Logeay (Audier and Partners Vietnam LLC) et Alcide Perrin (Airbus Defence & Space) pour leur relecture et leur disponibilité. Monsieur Franck Julien m'a également éclairé sur différentes questions relatives à la constitution et à la mise en œuvre des sûretés en pratique.

J'ai également une pensée reconnaissante pour le cabinet d'avocats Audier and Partners Vietnam LLC qui a su créer à mon attention les conditions idoines pour me permettre de mener à bien ce travail de recherche.

L'accès à la documentation de droit anglais m'a été facilité notamment avec l'aide du professeur John Gillespie (Monash University) qui m'a en outre, avec beaucoup d'amabilité et de patience, expliqué des concepts de la *common law*. Maître Richard Calnan (Norton Rose Fulbright LLP) m'a fourni différents éléments pratiques concernant les sûretés sur créances en droit anglais. Madame le Professeur Louise Gullifer (University of Oxford) m'a éclairé sur l'inscription des cessions en équité suite à la réforme de 2013. Maître David Osborne (Watson, Farley & Williams LLP) m'a procuré des explications utiles sur la *mortgage* des créances par voie de *novation*. Qu'ils en soient ici remerciés.

Sont remerciés enfin tous ceux qui ont contribué, chacun à leur manière, à l'achèvement de ce travail.

ACKNOWLEDGEMENTS

I would like to particularly thank Professor Michel Grimaldi for suggesting my research topic: consensual security on receivables in French, English and Vietnamese law (a comparative study). It has opened the way for much reflection, reasoning and fascinating discoveries. Professor Michel Grimaldi also suggested to me new paths for reflection as well as pertinent comments and advice that I found indispensable in writing this thesis. I express my sincerest gratitude to him.

I would also like to thank Professor Thi Mo Nguyen for her valuable advice on Vietnamese law.

Thank you also to Mr. Franck Julien (Crédit Agricole Corporate and Investment Bank), Charlotte Guillemin (Legrand group), Antoine Logeay (Audier and Partners Vietnam LLC) and Alcide Perrin (Airbus Defence & Space) for their proofreading and availability. Mr. Franck Julien has also enlightened me on various issues relating to the attachment and enforcement of security in practice.

I would also like to thank Audier and Partners Vietnam LLC who brought together the appropriate conditions that led me to this research work.

Access to English law documentation was made easier for me with the help of Professor John Gillespie (Monash University) whose patience and kindness in his explanations furthered my understanding of common law concepts. Mr. Richard Calnan (Norton Rose Fulbright LLP) has given me various practical clarifications on security over receivables under English law. Professor Louise Gullifer (University of Oxford) has enlightened me on the registration of equitable assignments following the 2013 reform. Mr. David Osborne (Watson, Farley & Williams LLP) has provided me with useful explanations (specifically, with respect to mortgages over receivables by way of novation). I am particularly indebted to them.

Finally, thank you to those who have contributed in their own way to the completion of this work.

RÉSUMÉ

Les créances monétaires constituent une excellente source de crédit et les sûretés sur créances existent en droit français, droit anglais et droit vietnamien. Cependant, si elles sont reconnues de longue date en droit anglais, l'évolution de leur régime juridique est récente en droits français et vietnamien.

Par ailleurs, si ces trois droits connaissent tous les sûretés traditionnelles sans transfert de propriété (nantissement de créances, *charges* sur les créances et hypothèque de créances), l'admission en droit français des seules fiducie sur créances et cession de créances professionnelles à titre de garantie par bordereau Dailly ainsi que le rejet par les juges vietnamiens des cessions innommées à titre de garantie démontrent que l'exploitation de la fonction de garantie de la propriété d'une créance n'est pas encore généralisée en France et au Vietnam à la différence de ce que l'on peut observer en droit anglais à travers la *mortgage* par voie d'*assignment* ou de *novation*.

Enfin, l'hypothèque de créance de droit vietnamien et la *fixed charge* sur les *book debts* de droit anglais démontrent qu'une sûreté non basée sur le transfert de propriété peut être tout à fait efficace que ce soit dans un contexte de solvabilité ou de procédure collective du titulaire de la créance.

Ces approches révèlent tout l'intérêt d'une entreprise doctorale mise en perspective des nombreux investissements économiques et montages financiers impliquant, de façon croissante, des acteurs économiques et partenaires bancaires internationaux dont les intérêts, les enjeux et les stratégies relèvent par construction, ou nécessité, des ordres juridiques précités.

Mots-clés : Créances monétaires ́ *Receivables* ́ Nantissement ́ Cession ́ *Charge* ́ *Mortgage* ́ Hypothèque ́ Droit exclusif ́ Procédures collectives ́ Notification ́ Enregistrement.

SUMMARY

Receivables constitute an excellent source of credit and security over receivables is available under French, English and Vietnamese law. However, if they have been recognised in English law for a long period of time, their development is quite recent in French and Vietnamese law.

Moreover, although these three legal systems recognise all traditional security interests which are not based on the transfer of ownership over secured receivables (*nantissement de créances* in French law, floating and fixed charge over book debts in English law and hypothecation over debt claims in Vietnamese law), the fact that French law only recognises fiducia over receivables and assignment of trade receivables by way of security and Vietnamese judges have rejected the transfer of ownership by means of security, demonstrates that the use of functionality of ownership over receivables has not become widespread in France and in Vietnam. In contrast, in England, mortgages over receivables allow for the transfer of ownership as security, whether by way of an assignment or a novation.

Finally, the hypothecation over debt claims of Vietnamese law and the fixed charge over book debts of English law show that security that does not entail the transfer of ownership can be perfectly efficient inside and outside insolvency proceedings.

These approaches reveal the interests of a doctoral enterprise put in perspective from numerous economic investments and financing structures involving, in a rising fashion, economic stakeholders and international bank partners whose interests, stakes and strategies fall under (by construction, or necessity) the aforementioned jurisdictions.

Key words: Monetary claims Ó Receivables Ó *Nantissement* Ó Assignment Ó Charge Ó Mortgage Ó Hypothecation Ó Exclusive right Ó Insolvency proceedings Ó Notice Ó Registration.

SOMMAIRE

TITRE PRÉLIMINAIRE : APERÇU GÉNÉRAL DES SÛRETÉS EN DROIT ANGLAIS ET VIETNAMIEN.....	22
CHAPITRE I : DROIT ANGLAIS.....	23
CHAPITRE II : DROIT VIETNAMIEN.....	63
PARTIE I : SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES SANS TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ.....	94
TITRE I : CONSTITUTION DES SÛRETÉS.....	94
CHAPITRE I : SÛRETÉS SUR CRÉANCES DE DROIT COMMUN.....	95
CHAPITRE 2 : DISTINCTION AVEC DES SÛRETÉS SPÉCIFIQUES SUR CRÉANCES.....	127
TITRE II : EFFETS DES SÛRETÉS.....	190
CHAPITRE I : EFFETS DU NANTISSEMENT DE CRÉANCE DE DROIT FRANÇAIS.....	191
CHAPITRE II : EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE DE CRÉANCE DE DROIT VIETNAMIEN.....	214
PARTIE II : SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES AVEC TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ.....	238
TITRE I : DROIT FRANCAIS.....	239
CHAPITRE I : CESSION FIDUCIAIRE DE CRÉANCES PRÉVUE ET RÉGLEMENTÉE PAR LA LOI.....	240
CHAPITRE 2 : AUTRES CESSIONS FIDUCIAIRES DE CRÉANCE.....	287
TITRE II : AUTRES DROITS.....	309
CHAPITRE I : DROIT ANGLAIS.....	311
CHAPITRE II : DROIT VIETNAMIEN.....	364

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act.proc. coll.</i>	<i>Lettre d'actualité des procédures collectives</i>
<i>AJ Famille</i>	<i>Actualité Juridique famille</i>
<i>and (et) seq.</i>	<i>and the following</i>
art.	article
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de Cassation</i>
Cass. 1 ^{ère} civ.	arrêt de la première Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. 2 ^{ème} civ.	arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. 3 ^{ème} civ.	arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation
Cass. com.,	arrêt de la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de Cassation
Cass. mixte	arrêt d'une chambre mixte de la Cour de Cassation
Cass. ass. plén.,	arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. monét. fin	Code monétaire et financier
C. marchés publ.,	Code des marchés publics
chron.	chronique
cf.	se reporter à
comm.	commentaire
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. Aff.</i>	<i>Dalloz Affaires</i>

<i>Deffrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Deffrénois</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Revue Droit et patrimoine</i>
éd.	édition
etc.	<i>et cetera</i>
fasc.	fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl. Banque et crédit</i>	<i>Juris-Classeur Banque et crédit</i>
<i>J.-Cl. Civil</i>	<i>Juris-Classeur Code civil</i>
<i>J.-Cl. Commercial</i>	<i>Juris-Classeur Commercial</i>
JCP E	<i>Juris-classeur périodique</i> R La semaine juridique édition entreprise et affaires
JCP G	<i>Juris-classeur périodique</i> R La semaine juridique édition générale
JCP N	<i>Juris-classeur périodique</i> R La semaine juridique édition notariale
JO	Journal officiel
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
n ^o	numéro
not.	notamment
<i>Op. cit.</i>	ouvrage cité
ord.	ordonnance
obs.	observations
p.	page
préc.	précité (e)
préf.	préface
rapp.	rapport
<i>RDBB</i>	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
<i>RDBF</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>

<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revue générale du droit des assurances</i>
<i>RJ Com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>Resp. civ. et assur.</i>	<i>Revue Responsabilité civile et Assurances</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
réf.	référence
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. com. Dalloz</i>	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy de droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy de droit civil</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et économique</i>
<i>Rev.</i>	<i>Revue</i>
s.	suivant
<i>supra</i>	ci-dessus
th.	thèse
v.	voir
vol.	volume

INTRODUCTION

1. Rôle des biens incorporels **R** Les biens incorporels tendent aujourd'hui à constituer la part la plus importante de l'actif d'une entreprise¹. Leur affectation en garantie présente d'énormes avantages par rapport au recours aux biens corporels dans la mesure où ils ne sont exposés ni à la perte, ni à la détérioration, ni à la destruction. Ils peuvent être stockés et transférés par voie informatique sans subir de contraintes en termes de taille ou au regard de l'exigence de remise physique. Ils peuvent aussi dépasser les frontières des pays par un clic. Il s'agit d'une catégorie idéale de biens susceptibles d'être engagés en garantie².

En pratique, il n'est pas rare de voir aujourd'hui les sûretés grevant les biens incorporels³. L'assiette de ces sûretés peut être constituée des créances, des droits nés des contrats, des comptes-titres, des droits intellectuels, des parts sociales, etc. L'exploitation de la fonction de garantie des biens incorporels facilite l'octroi du crédit. Elle est devenue aujourd'hui la tendance : si les premières sûretés grevaient jadis les biens corporels, les sûretés consenties à présent portent davantage sur les biens incorporels que ceux-ci. Ainsi, les règles régissant les sûretés ayant pour assiette des biens incorporels deviennent de plus en plus élaborées.

2. Caractère mixte d'une créance **R** La créance monétaire relève une nature mixte. Elle est d'abord un droit personnel que le créancier détient sur un débiteur déterminé ou un groupe de débiteurs. Ce droit permet au créancier d'exiger du (des) débiteur(s) le paiement du montant de la créance. L'effet relatif des droits personnels veut que le créancier ne puisse exiger un tel paiement du seul débiteur et non d'une autre personne car la créance n'établit les rapports qu'entre le créancier et le débiteur⁴. À ce stade, les créances sont soumises au droit des obligations.

¹ Par exemple, la technique de *leasing* permet à de nombreuses entreprises de louer la plupart de leurs immobilisations. C'est pourquoi, l'actif de celles-ci consiste essentiellement des créances.

² Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn, 2008, para.3-01.

³ Pour une étude complète des sûretés sur les biens incorporels, v. C.Lisanti-Kalcynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th. Litec, 2001, préf. F. Pérochon.

⁴ F. Terré et Ph. Simler, *Droit Civil, Droit des biens*, 8^e éd, Dalloz, 2010, n°47.

Une créance monétaire ne traduit pas seulement un lien de droit entre les personnes mais elle est aussi un bien incorporel à part dont la propriété peut être transférée. Le droit français⁵, le droit anglais et le droit vietnamien reconnaissent tous le statut de bien aux créances monétaires. Il s'agit avant tout d'un droit au paiement actuel ou futur d'une somme d'argent. Mais en substance, la valeur de la créance monétaire réside dans la valeur des fonds issus de son paiement.

Les créances monétaires sont alors à l'intersection du droit des biens et du droit des obligations.

3. Aptitude des créances à constituer l'assiette des garanties R Les sûretés portant sur des créances ont alors pour assiette apparente les créances elles-mêmes et pour assiette effective les fonds reçus en leur paiement.

Au sein des biens incorporels, la créance monétaire est la catégorie de biens la plus attrayante pour constituer l'assiette d'une sûreté. En effet, non seulement, elle présente les atouts susmentionnés propres aux biens incorporels, mais aussi, le droit au paiement garantit la perception, par le créancier garanti, des fonds issus du paiement à échéance de cette créance monétaire. Le créancier garanti n'a donc pas à procéder à la vente du bien grevé en paiement de l'obligation garantie comme dans le cas des autres biens incorporels (parts sociales, droits intellectuels, comptes-titres, etc.). Par ailleurs, pour la même raison, la créance monétaire est plus certaine que tout autre droit purement contractuel⁶.

4. Opérations tripartites R Comme les autres opérations sur créances (cession à titre de vente, délégation, stipulation pour autrui), les sûretés sur créances constituent avant tout une opération à trois acteurs. Le constituant est le créancier initial qui bénéficie du paiement du montant de la créance. Le créancier garanti devient le nouveau bénéficiaire de ce paiement à la place du constituant. Ces deux acteurs sont les parties au contrat de sûreté alors que le débiteur de la créance grevée a l'obligation d'effectuer le paiement du montant de la créance. Par l'effet de la sûreté sur créances, le créancier garanti acquiert un droit au paiement de la créance grevée. La réalisation de la sûreté se traduit par le droit reconnu au créancier garanti de réclamer le paiement du montant de la créance grevée au débiteur de celle-ci.

⁵ Certains auteurs s'interrogent pourtant sur l'aptitude des créances à constituer une catégorie de biens. V. par exemple, J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009.

⁶ Le droit anglais et le droit vietnamien font la distinction entre les créances monétaires (money claims, debts, book debts ou receivables) et les droits nés des contrats (contractual rights ou rights under a contract).

5. Le débiteur de la créance cédée : sujet passif de l'obligation de paiement

 Dans la mesure où la conclusion de la sûreté sur créances est une transaction seulement entre le constituant et le créancier garanti, l'information du débiteur de la créance grevée est capitale dans la détermination de l'*accipiens* du paiement du montant de la créance grevée. La transaction ainsi conclue ne doit pas nuire au débiteur de la créance cédée, qui n'est que sujet passif de l'obligation de paiement : il n'entre dans cette transaction que s'il en est informé. Son information peut être réalisée par la notification qui lui est faite ou par son intervention à l'acte de sûreté. Cependant, les parties peuvent décider de ne pas procéder à l'information du débiteur de la créance cédée en vertu du principe de la liberté contractuelle. La sûreté reste valable bien qu'elle ne soit pas encore opposable au débiteur de la créance cédée.

6. Diversité des sûretés sur créances

 En raison de son excellente aptitude à constituer l'assiette des garanties, la créance monétaire est devenue une véritable source du crédit⁷. Les dispositions relatives aux sûretés sur créances figurent dans la plupart des systèmes juridiques⁸. Au niveau international, il faut noter la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international du 12 décembre 2001 et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2010 (articles 9.1.1 à 9.1.15).

Les sûretés sur créances revêtent des formes particulièrement diverses. Cette diversité provient de la prise en compte de la nature des créances, de leurs caractéristiques, mais aussi de la spécificité des droits et attributs qu'elles offrent aux créanciers garantis. Ainsi, en droit anglais, il est possible de consentir des *charges* ou des *mortgages* sur les créances. De même, en droit français, on peut consentir soit le nantissement de créance ou une cession fiduciaire de créances à titre de garantie selon les règles de droit commun, soit une cession ou un nantissement de créances professionnelles par bordereau Dailly. Enfin, bien qu'il existe en droit vietnamien une seule forme de sûreté sur créances à savoir l'hypothèque de créances, il est souhaitable que les autres catégories de sûretés sur créances largement testées ailleurs soient introduites dans ce droit lors de la prochaine réforme en réponse aux besoins de la pratique.

⁷ Dès 1986, le professeur Dominique Legeais a proposé une analyse exhaustive des garanties conventionnelles sur créances. V. ainsi D. Legais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, th. Economica, 1986, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stofflet.

⁸ Pour une étude synthétique de la position de 39 systèmes de droit dans le monde concernant les sûretés sur créances, v. William Johnston, *Security over receivables: an international handbook*, Oxford, 2008.

Par ailleurs, des règles spécifiques ont vocation à s'appliquer à certaines catégories particulières de créances (notamment créances de marchés publics, créances nées des contrats d'assurances, créances professionnelles et soldes créditeurs de comptes bancaires). Ces règles peuvent venir en complément des règles générales applicables aux sûretés sur créances mais elles peuvent également constituer des corps séparés de règles qui sont bien distincts de celles-ci.

D'une manière générale, les sûretés conventionnelles dont l'assiette est une créance reconnue par les droits visés peuvent être regroupées en deux grandes catégories en fonction de la présence ou de l'absence du transfert du droit de propriété sur la créance grevée. Ainsi, les sûretés traditionnelles sont celles qui n'impliquent pas de transfert de propriété sur les créances grevées à l'opposition des sûretés basées sur un tel transfert au profit des créanciers garantis. Le nantissement de créances de droit français, l'hypothèque de créance de droit vietnamien et les *floating et fixed charges* sur créances de droit anglais constituent des exemples de la première catégorie de sûretés sur créances tandis que la cession de créances à titre de garantie dans le cadre d'une fiducie-sûreté ou par bordereau Dailly de droit français, la *mortgage* sur créances de droit anglais⁹ sont des exemples de la seconde catégorie.

Les sûretés sur créances ne sont donc pas les mêmes dans les trois systèmes de droit étudiés. En effet, la conception des sûretés varie d'un droit à l'autre et la pratique des affaires diffère également. Cependant, l'essentiel réside dans l'efficacité des sûretés et non dans leur dénomination. Cette efficacité se mesure entre autres au travers de la simplicité de leurs formalités de constitution et de leurs effets, hors et dans le contexte des procédures collectives.

7. Sûretés sur créances et financements bancaires Les sûretés doivent être au service particulier du créancier nanti et au service plus large de l'intérêt général, en l'occurrence du commerce économique au sens large par le biais de l'effet de levier qu'elles génèrent. Or, il est important de conserver à l'esprit qu'une sûreté ou garantie destinée à être mise en place pour les besoins d'une opération doit présenter un certain nombre de caractéristiques. D'abord, elle doit être simple à constituer. Cette simplicité permettra une meilleure appréhension par les grilles de lecture et d'analyse issues de la réglementation Bâle III, la pondération du coût du risque au sein des établissements de crédit et donc la diminution du coût du financement

⁹ Ce type de sûreté existe depuis fort longtemps en droit anglais et n'est donc pas une sûreté moderne.

bancaire. Ensuite, elle doit pouvoir rester efficace même en cas de procédure collective du constituant ou du débiteur dont les obligations sont ainsi garanties. Enfin, en tant qu'accessoire de l'obligation contractuelle qu'elle garantit, elle doit pouvoir être cessible très simplement, sans formalités excessives. Cet aspect est décisif, étant rappelé que lorsqu'une opération de financement évolue mal, les prêteurs vont chercher à en sortir rapidement en transférant leurs droits et obligations, ainsi que les sûretés y attachées.

8. Faiblesses des règles ¶ Bien que les systèmes de droit visés par cette étude se dotent des règles de droit commun gouvernant les sûretés sur créances, la pratique peut encore s'interroger sur leur pertinence. Cette interrogation peut porter, *entre autre*, sur l'efficacité des sûretés, sur la cohérence des règles ou encore sur leurs lacunes. Aucun des trois droits ici étudiés ne semble pas être exemplaire dans ce domaine.

9. Droit français ¶ En ce qui concerne le nantissement de créances, la réforme du droit français engagée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés ne visait pas seulement à modifier les règles de forme et à compléter le régime applicable mais encore à faire revivre une sûreté largement oubliée par la pratique en la rendant plus efficace. Le nantissement de créances ne relève plus du régime général du gage mais il est traité dans un chapitre séparé (articles 2355 à 2366) du Code civil. Ces dispositions régissent de manière détaillée la constitution et les effets du nantissement de créances¹⁰. Cependant, la réforme ne semble pas résoudre toutes les questions de fond concernant le nantissement de créances. En effet, on peut s'interroger *entre autre* sur la nature du droit au paiement du créancier nanti. S'agit-il d'un droit de préférence comme dans le cas des sûretés traditionnelles ou d'un droit exclusif qui mettra le créancier nanti à l'abri de tout concours même dans le contexte d'une procédure collective ? Le débat se situe essentiellement autour de l'interprétation de l'article 2363, alinéa 1 du Code civil, selon lequel « *après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts* ». La position du législateur n'est pas claire bien qu'il existe des fondements textuels et jurisprudentiels qui suggèrent la consécration d'un droit exclusif au paiement au profit du créancier nanti.

¹⁰ V. M. Julienne, *Le nantissement de créance*, th. Economica, 2012, préf. L. Aynès : l'auteur propose une étude innovante de la nature du nantissement de créances et de son efficacité.

Par ailleurs, la réforme ne touche pas à la question de l'opposabilité des moyens de défense que le débiteur de la créance cédée pourra invoquer pour réduire le montant des fonds à payer au créancier nanti ou même pour ne rien payer. Certes, l'application par analogie des solutions retenues en matière de cession de créances professionnelles par bordereau Dailly et de celles proposées par la doctrine est possible, mais le législateur aurait pu énoncer certains principes permettant de résoudre plus simplement cette question pourtant essentielle.

En matière de cession de créances à titre de garantie, l'approche française semble bien hésitante. Les lacunes, les imprécisions et les barrières que recèle le droit français constituent des obstacles majeurs à son rayonnement international¹¹. En effet, si la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly, introduite en droit français par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises et donnant lieu à une jurisprudence bien abondante, constitue une sûreté efficace, largement utilisée en pratique, la cession fiduciaire de créances récemment consacrée en droit français paraît une sûreté lourde à constituer et présente des incertitudes notamment dans la mesure où certaines règles spécifiques relatives à ses effets font encore défaut. Par ailleurs, la Cour de Cassation a systématiquement rejeté la cession innommée de créances à titre de garantie consentie sur la base des règles régissant la cession de créances de droit commun (articles 1689 et suivants du Code civil) en la qualifiant en un nantissement de créances¹². Désormais, si on souhaite consentir une cession de créances à titre de garantie, celle-ci doit nécessairement être soit une cession de créances professionnelles par bordereau Dailly, soit une fiducie-sûreté.

10. Droit anglais Les sûretés sur créances de droit anglais comprennent les *charges* (*floating charges* et *fixed charges*) et les *mortgages*. À la différence des secondes, les premières n'impliquent pas de transfert de la propriété des créances au profit des créanciers garantis. Les *fixed charges* et les *mortgages* sont efficaces même en cas de procédure collective du constituant, offrant ainsi une protection efficace au créancier garanti. La différence entre ces deux sûretés est d'ordre procédural : si la propriété juridique de la créance est transférée au créancier garanti, celui pourra poursuivre seul le débiteur de la créance grevée.

¹¹ F. Auckenthaler, « Cession de créance en garantie innommée et compétitivité du droit français », *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France VI*, sous la direction d'Alain Gourio et Jean-Jacques Daigre, 2013.

¹² Cass. com., 19 déc. 2006, n°05-16.395 et Cass. com., 26 mai 2010, n°09-13.388.

Cependant, la réforme récente du droit des procédures collectives et du droit des sociétés a affaibli les *floating charges* dont les bénéficiaires se trouvent désormais en concours avec certaines catégories de créanciers privilégiés. On commence à douter de l'efficacité des *floating charges* sur créances. Par ailleurs, la loi ne précise pas l'articulation entre la notification faite au débiteur de la créance grevée et l'enregistrement de la sûreté en question. On peut alors s'interroger sur les cas où l'enregistrement vaudrait notification.

11. Droit vietnamien ¶ Avant la promulgation du Code civil de 2005¹³, la sûreté sur créances existait sous la forme d'un gage. Ce code a placé la sûreté au sein des hypothèques de biens. D'une manière générale, il s'agit d'une sûreté efficace qui met le créancier garanti en une situation d'exclusivité.

L'hypothèque de créance est régie à la fois par les règles relatives au régime commun des hypothèques de biens du Code civil et par certaines dispositions spécifiques du décret d'application n° 163/2006/ND-CP du Gouvernement en date du 29 décembre 2006 sur les sûretés modifié par le décret n°11/2012/ND-CP du 22 février 2012 (Décret 163). Or, le régime commun des hypothèques de biens paraît ne convenir qu'aux biens corporels. C'est pour cette raison que de nombreux aspects du régime de l'hypothèque de biens ne sont soit pas bien précisés par la loi ou alors inexistants. En outre, dans la mesure où l'hypothèque de créance demeure l'unique sûreté sur créances reconnue par le droit vietnamien, l'introduction d'autres sûretés sur créances dans ce droit serait souhaitable, d'une part afin d'offrir au créancier garanti plus de choix et de l'autre, pour rendre le droit vietnamien des sûretés plus attrayant dans le contexte des affaires internationales.

Enfin, la réforme actuelle du droit vietnamien des sûretés est en cours¹⁴ et certains auteurs proposent de supprimer l'interdiction de disposition par le constituant du bien hypothéqué visée à l'article 348.4 du Code civil¹⁵. Si une telle proposition était retenue, elle affecterait gravement l'efficacité de l'hypothèque de créance.

12. Objet de l'étude ¶ Cet objet est triple. D'abord, cette thèse ambitionne de réaliser une étude synthétique des sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien. Ainsi, nous essayerons de présenter l'ensemble des

¹³ Par la loi n°33/2005/QH11 en date du 14 juin 2005.

¹⁴ Il est prévu l'adoption d'un nouveau code civil en 2015.

¹⁵ Ho Quang Huy, « Sûretés réelles ¶ Quelques problématiques posées lors de la réforme du droit civil vietnamien », *Revue Démocratie et Droit*, numéro hors-série, 2011, p.30.

sûretés sur créances \hat{R} qu'elles relèvent d'un régime général ou spécifique \hat{R} dans chacun de ces trois droits. À cet égard, l'étude démontrera la diversité des sûretés sur créances et les différentes approches adoptées par les droits visés.

Ensuite, la thèse apportera un éclaircissement sur l'efficacité des sûretés sur créances dites traditionnelles car elles n'impliquent pas de transfert de la propriété. En effet, une telle sûreté, que ce soit en droit anglais, la *fixed charge*, ou en droit vietnamien, l'hypothèse de créance, offre au créancier une protection aussi efficace qu'une *mortgage*. Tout dépend en principe de la volonté du législateur. Il n'est donc pas étonnant que le nantissement de créance de droit français puisse se voir conférer une même efficacité qu'une cession de créances à titre de garantie.

Enfin, l'examen de la *legal mortgage* anglaise régie par les dispositions de l'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925* permettra de conclure qu'il est tout à fait possible de consentir une cession de créances à titre de garantie selon les dispositions générales gouvernant la cession de créances à titre de vente. À cet égard, le rejet de la cession innommée de créances à titre de garantie par les juges suprêmes français serait infondé, notamment dans un contexte où la cession de créances à titre de garantie consentie dans le cadre d'une fiducie-sûreté paraît lourde et coûteuse, et que la cession de créances professionnelles ne concerne qu'une catégorie spécifique de créances.

13. Méthode d'étude : analyse comparative \hat{R} Cette étude propose une analyse comparative des sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien. Dans la mesure où l'approche des sûretés en général et des sûretés sur créances en particulier n'est pas homogène dans ces systèmes de droit, la comparaison pointilliste s'avère parfois impossible. Nous mettrons cependant en parallèle les sûretés de nature similaire chaque fois que ceci s'avère possible.

Par ailleurs, nous essayerons d'examiner les sûretés conventionnelles sur créances d'un point de vue pratique. Ainsi, notre analyse mettra l'accent sur l'application de celles-ci dans la vie des affaires. Nous suggérerons ainsi des pistes rédactionnelles tenant compte des intérêts des parties concernées.

Il est à noter que, bien que le droit anglais offre le plus de sûretés alternatives sur les créances, cette étude ne le considère pas comme le modèle pour la réforme éventuelle des sûretés sur créances en droit français ou vietnamien. En effet, les sûretés sur

créances de droit anglais font maintenant l'objet des critiques surtout au niveau de l'efficacité des *floating charges* et de la règle de priorité basée sur la notification faite au débiteur de la créance grevée. De plus, l'approche de chacun des systèmes juridiques de cette étude présente des points forts et des faiblesses que nous essaierons de souligner.

Étant donné que l'hypothèque de créance demeure la seule sûreté sur créance en droit vietnamien, lorsqu'une sûreté sur créances existe en droit français ou anglais et nous semblera efficace, nous tâcherons de suggérer des pistes de réflexion en vue de l'introduire en droit vietnamien en tenant compte des réalités juridiques et économiques de ce pays.

14. Plan La thèse se déclinera en deux parties. La première sera consacrée à l'analyse des sûretés conventionnelles sur créances qui n'impliquent pas de transfert de la propriété, la seconde à la présentation de celles qui sont basées sur un tel transfert. Leur constitution et leurs effets seront analysées respectivement dans cette étude. Pour faciliter la compréhension des sûretés sur créances telles que conçues par les différents droits ici visés, et dans la mesure où notre étude s'adresse avant tout aux juristes français, un titre préliminaire est consacré à la présentation générale des sûretés en droit anglais et vietnamien.

Partie I : Sûretés conventionnelles sur créances sans transfert de propriété.

Partie II : Sûretés conventionnelles sur créances avec transfert de propriété.

TITRE PRÉLIMINAIRE : APERÇU GÉNÉRAL DES SÛRETÉS EN DROIT ANGLAIS ET VIETNAMIEN

15. Similarités Le droit vietnamien appartient à la tradition civiliste alors que le droit anglais représente la tradition de *common law*¹⁶. Cependant, le droit vietnamien des sûretés adopte à certains égards une position relativement similaire à celle du droit anglais. Il s'agit notamment de la nature du cautionnement, de la distinction entre les sûretés avec dépossession et les sûretés sans dépossession ainsi que l'efficacité des sûretés en procédures collectives.

Nous examinerons successivement les sûretés de droit anglais (chapitre I) et les sûretés de droit vietnamien (chapitre II).

¹⁶ D'une manière générale, la *common law* désigne le système juridique anglais et celui des pays qui s'en sont inspirés comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, par opposition aux systèmes juridiques de droit continental. Elle peut désigner plus spécifiquement la source du système juridique anglais issue de la jurisprudence, au côtés des sources normatives (statute law) et issues de l'équité (equity).

CHAPITRE I : DROIT ANGLAIS

16. Panorama **R** Le droit anglais des sûretés est essentiellement un droit privé d'origine jurisprudentielle bien qu'à certains égards, l'intervention du législateur soit notable. C'est une branche de droit où la distinction entre les principes reconnus par les juridictions de *common law* (common law courts) et ceux reconnus par les juridictions d'équité (equity courts) se font encore sentir. D'une manière générale, il est plus facile de créer une sûreté selon les règles de l'équité mais les effets des sûretés reconnus par la *common law* sont en général plus tenaces que ceux des sûretés créées dans les conditions de l'équité.

Par ailleurs, la liberté contractuelle (freedom of contract) est un principe fondamental du droit anglais. Il permet ainsi de créer un régime des sûretés flexible et exigeant le moins de formalités¹⁷. Par ailleurs, le droit anglais favorise l'affectation en garantie d'un éventail particulièrement large de biens, y compris des biens incorporels et fournit des mécanismes simples mais efficaces pour la réalisation des sûretés¹⁸.

Enfin, le droit anglais des sûretés est soumis à des évolutions constantes¹⁹. La dernière réforme qui concerne l'enregistrement des *charges* consenties par les sociétés date du 12 mars 2013²⁰.

17. Véritables sûretés **R** Une sûreté (security, security interest, true security) est un droit conféré à une partie sur un actif d'une autre partie pour garantir le paiement ou l'exécution d'une autre obligation par cette autre partie ou par un tiers²¹. Il existe quatre catégories de sûretés réelles conventionnelles (consensual security) en droit anglais : le gage (pledge), le droit de rétention contractuel (contractual lien), la *charge* et la *mortgage*. Le droit de rétention autre que contractuel est une sûreté née par l'effet de la loi et non une sûreté conventionnelle.

18. Quasi-sûretés **R** Le droit anglais ne requalifie pas une transaction comme une sûreté uniquement parce qu'elle a le même effet économique qu'une sûreté. Les

¹⁷ Roy Goode, *Commercial Law in the next millennium*, Sweet & Maxwell, 1998, p.31.

¹⁸ Gerard McCormack, "Personal Property Security Law Reform in England and Canada", *Journal of Business Law*, 2002; Iwan Davies, "The reform of English personal property security law: functionalism and Article 9 of the Uniform Commercial Code", *Legal Studies*, vol. 24, issue 3, June 2004.

¹⁹ Pour une présentation générale des réformes touchant au droit anglais des sûretés, v. Andrew Steven, "Secured transactions reform", *Edinburgh Law Review*, 2013.

²⁰ Les *Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013* (SI 2013/600) prennent effet à compter du 6 avril 2013. Ce texte contient des modifications significatives. V. Janice Denoncourt, "Reform to the UK company registration of charges scheme", *Nottingham Law Journal*, vol. 22, 2013, pp. 138-140.

²¹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn, 2008, para.1-16.

parties peuvent donc conclure différentes formes de conventions qui sont destinées à fournir une garantie en faveur du créancier mais qui ne créent pas de sûretés selon la loi. On échappe alors à certaines conditions de forme, notamment à la formalité d'enregistrement. Il s'agit des quasi-sûretés (quasi-security) parmi lesquelles se trouvent la réserve de propriété (retention of title, reservation of title) et la sûreté négative (negative pledge)²².

19. Clause de réserve de propriété **R**La clause de réserve de propriété contenue dans un contrat de vente conditionnelle (conditional sale), un contrat de location-vente (hire purchase) ou un contrat de crédit-bail (leasing) n'est pas considérée comme une sûreté dans la mesure où l'acheteur, le locataire ou le preneur a un simple droit de possession²³ sous réserve duquel, le vendeur, le propriétaire ou le bailleur continue de jouir de la propriété absolue en vertu de la convention entre les parties. Le principe général est qu'une sûreté découle de l'octroi d'un droit (grant) ou de la déclaration de *trust* par le débiteur et non de la réserve de propriété par le créancier²⁴. Ainsi, par exemple, une stipulation d'un contrat de vente conditionnel qui permet au vendeur de reprendre possession du bien vendu à la défaillance de l'acheteur ne vaut pas une convention de sûreté dans la mesure où le vendeur n'est pas investi de droits sur un bien de l'acheteur mais réserve simplement son droit de récupérer sa propre propriété.

20. Sûreté négative **R**La sûreté négative consiste en un engagement contractuel, pris par le constituant d'une sûreté en faveur de son créancier, qui restreint la possibilité du constituant de consentir, sans le consentement du créancier, une autre sûreté sur le bien grevé.

En général, il s'agit d'une clause contenue dans une *floating charge* ou une *fixed charge*. Dans le cadre des prêts internationaux, la sûreté négative est souvent consentie à un prêteur chirographaire. Elle n'a pas pour objectif d'interdire au débiteur de consentir une sûreté au profit d'un autre financier mais de s'assurer que si

²² Certains auteurs critiquent l'usage de l'expression *quasi-security*. V. notamment. Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2nd edn, 2011, para.6.24.

²³ Si en droit français, la possession désigne simplement un fait juridique ou l'exercice d'un droit, le droit anglais et le droit vietnamien la considèrent également comme étant un droit à part. Sur la position du droit anglais, v. par exemple, *Halsbury's Laws of England, Personal Property*, volume 80, 5th edn, 2013, paras. 834 *and seq.*

²⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, paras. 1-04 and 1-28.

le débiteur le fait, il doit consentir une sûreté égale au créancier chirographaire sur le même bien ou sur les autres biens de même valeur²⁵.

En principe, un tiers qui bénéficie d'une sûreté consentie ultérieurement par le débiteur serait lié par la sûreté négative s'il en a pris connaissance. Pourtant, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion, jusqu'à maintenant, de prononcer sur la possibilité pour le créancier d'invoquer en équité un *proprietary right*²⁶ à l'encontre d'un autre créancier qui aurait conclu une sûreté avec le même débiteur en connaissance de cause de la sûreté négative préexistante. Cette possibilité est par ailleurs discutable²⁷.

21. Trust et droit des sûretés **R** Le *trust*²⁸ peut figurer dans une transaction de sûreté, lorsqu'un bien est transféré aux *trustees* afin de garantir une obligation : le *security trustee* tient le bien grevé en *trust* pour le compte des créanciers garantis. Le *security trustee* est en charge de la constitution de la sûreté qui est enregistré en son nom²⁹. Le *trust* est utilisé aussi lorsque le propriétaire du bien déclare qu'il agit en qualité de *trustee* pour le compte de ses créanciers à titre de garantie. Cependant, le *trust* n'est pas une sûreté distincte. Il est simplement une forme particulière de *mortgage* en équité (*equitable mortgage*)³⁰.

22. Sûretés avec ou sans dépossession **R** Les sûretés avec dépossession (*possessory security*) prennent deux formes : le gage et le droit de rétention contractuel. Un prêteur peut prendre un gage sur les biens meubles corporels ou même incorporels à caractère documentaire (*documentary intangibles*)³¹ comme un connaissement de transport. Les purs biens incorporels comme les créances ou les droits contractuels ne sont pas susceptibles de possession. Les sûretés sans dépossession comprennent la *mortgage* et la *charge*.

23. Principe de spécialité **R** Le droit anglais n'impose pas l'exigence de spécialité des biens mis en garantis sauf les cas où les *Bills of Sale Acts*

²⁵ Ibid, paras.1-71 *and seq.*

²⁶ Sur la notion, v. *infra*, n°29.

²⁷ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.1-78.

²⁸ Sur cette technique juridique, v. notamment, Moffat (G.), Bean (G.) and Probert (R.), *Trusts Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 5th edn, 2009.

²⁹ Clare Gibbons, "Taking security in secured syndicated cross-border transactions", *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 21, issue 11, December 2006.

³⁰ Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, Penguin, 4th edn, 2010, p.627.

³¹ Sur les biens incorporels à caractère documentaire, v. *infra*, n°28.

s'appliquent³². En conséquence, si une transaction ne tombe pas dans le champ d'application de ces textes, la sûreté peut porter sur un bien déterminé, un groupe de biens ou tous les biens du débiteur, qu'ils soient présents ou futurs. Cette approche facilite largement les *charges* sur les biens futurs, notamment les *floating charges*³³.

Nous examinerons successivement les types de sûretés reconnus par le droit anglais (section I), les règles de publicité des sûretés (section II), les méthodes de réalisation des sûretés (section III), et enfin leurs règles de priorité (section IV).

SECTION I : TYPES DE SÛRETÉS

24. Panorama **R** Dans la mesure où il est possible de consentir une sûreté sur l'ensemble des biens d'une société par voie d'une *floating charge*, les créanciers garantis s'intéressent plus à l'assiette de celles-ci et à leur priorité qu'à la forme des sûretés. Cependant, lorsque les sûretés portent sur des biens séparés, le choix d'un type de sûreté demeure pertinent. Le *gage*, la *charge* et la *mortgage* ayant pour assiette les biens du constituant. Elles constituent avec le droit de rétention contractuel les seules sûretés conventionnelles (§ I). Le cautionnement³⁴ et la compensation sont deux alternatives aux sûretés sur les biens du constituant et sont souvent utilisés en complément de celles-ci (§ II).

§ I : LES SÛRETÉS

25. Formalités **R** En cas d'un *gage* ou de certains types de *legal mortgages*, la sûreté est consentie par la dépossession entre les mains du créancier ou le transfert du titre de droit en sa faveur plutôt que par la signature d'un document par le débiteur. Cette signature, souvent imposée par la pratique, sert de preuve de la transaction en déterminant les conditions dans lesquelles ces sûretés sont créées. En revanche, s'agissant d'une *mortgage* en équité (équitable mortgage) ou d'une *charge*, la sûreté est le plus souvent consentie par le débiteur par la signature de l'*instrumentum*. La

³² V. Bills of Sale Act (1878) Amendment Act 1882, s 4 : "Every bill of sale shall have annexed thereto or written thereon a schedule containing an inventory of the personal chattels comprised in the bill of sale; and such bill of sale, save as hereinafter mentioned, shall have effect only in respect of the personal chattels specifically described in the said schedule; and shall be void, except as against the grantor, in respect of any personal chattels not so specifically described".

³³ Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, pp. 672 and 673.

³⁴ En se basant sur la distinction entre droits réels et droits personnels, certains auteurs considèrent le cautionnement comme une sûreté personnelle (v. par exemple, Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.1-06). Cependant, la conception moderne voit en une sûreté un *proprietary right* portant sur un bien affecté en garantie d'une obligation financière et opposable à tous, ce qui exclut de la liste des sûretés le cautionnement qui est par nature un droit personnel (v. par exemple, Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 3rd edn, 2013).

signature du créancier est, quant à elle, seulement requise dans le cas d'une sûreté sur un bien foncier³⁵ futur ou lorsque l'acte de sûreté comporte des engagements du créancier garanti³⁶.

Seront évoqués successivement les grandes caractéristiques du gage (A), de la *mortgage* (B), de la *charge* (C) et du droit de rétention (D)

A. Le gage

26. Définition **R**Le gage (pledge) est la plus ancienne des sûretés. Il consiste en la dépossession d'un bien entre les mains du créancier à titre de garantie³⁷. Un gage est notamment consenti lorsque les biens meubles corporels (goods) sont livrés par un débiteur à son créancier en garantie d'une obligation monétaire³⁸. Le gage est issu de la *common law*.

27. Transfert du droit de possession **R**Le gage est constitué par le transfert de la possession du bien grevé au profit du créancier³⁹ et son efficacité dépend en général de la possession continue du bien par le créancier gagiste. Bien qu'en pratique, le gage est souvent constaté par un écrit, cet écrit ne crée pas le gage mais sert seulement de preuve de sa constitution⁴⁰.

28. Assiette **R**Dans la mesure où le gage dépend de la possession, seuls les biens susceptibles de possession peuvent constituer l'assiette d'un gage. La catégorie la plus naturelle des biens susceptibles d'être gagés est celle des biens meubles corporels (goods⁴¹).

Mais un gage peut également grever un bien incorporel à caractère documentaire (documentary intangible). Il s'agit d'un document dans lequel s'incorpore le titre de propriété sur les marchandises, de l'argent, ou des valeurs mobilières et le porteur de ce document est investi du droit sur ces biens qui peut être transféré par remise du document avec tout endossement nécessaire. On peut citer par exemples des connaissements, des instruments négociables, des valeurs mobilières négociables, etc.

³⁵ Dans cette étude, un « bien foncier » désigne, en ce qui concerne le droit anglais, un terrain, un fonds de terre (land).

³⁶ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2nd edn, 2011, para.5.74.

³⁷ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.1-43.

³⁸ Arrêt *Coggs v Bernard* [1703] 2 Ld Raym 909.

³⁹ Arrêt *Re Hardwick, ex parte Hubbard* [1886] LR 17 QBD 690.

⁴⁰ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage préc., para.2.6.

⁴¹ Le droit anglais a recours aux termes *chattels* et *goods* qui sont interchangeable bien que le terme *goods* relève d'un usage moderne (Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage préc., footnote 5 sous para.2.10).

29. Droit du créancier gagiste R Dans la mesure où le gage est un concept de la *common law*, le créancier gagiste acquiert un *proprietary right* légal⁴² sur le bien grevé bien que la propriété appartienne toujours au constituant. Un *proprietary right* est un droit qu'une personne a sur un bien et qui est opposable non seulement à celui qui le lui a octroyé mais aussi à toute autre personne⁴³. Le *proprietary right* légal présente des avantages notables en comparaison avec un droit en équité (par exemple par effet d'une *charge*) d'autant plus qu'il est opposable à tous ceux qui obtiennent ultérieurement un *proprietary right* sur le bien gagé.

Ce droit lui permet d'utiliser le bien (à condition de ne pas le détériorer), de le remettre en dépôt, de créer un sous-gage sur le bien et même de le vendre en cas de défaut par le constituant. Ce droit est également cessible à titre onéreux ou gratuit⁴⁴.

30. Intérêt pratique R Une société a en général besoin d'utiliser ses actifs dans la conduite de ses affaires et leur dépossession entre les mains du créancier n'est donc pas forcément une solution satisfaisante. C'est pourquoi, les sociétés ne recourent pas souvent aux gages pour mobiliser du crédit. En pratique, les prêteurs préfèrent les gages sur les biens meubles appartenant aux personnes physiques afin d'éviter de se soumettre aux exigences des *Bills of Sale Acts*⁴⁵. Par ailleurs, dans le cadre du commerce international, les banques acceptent souvent les gages grevant les connaissements dans la mesure où, d'une part, les financements en cause étant de courts termes, l'absence de l'exigence d'enregistrement des gages est utile, et d'autre part, les gages peuvent ainsi être réalisés d'une manière efficace⁴⁶.

B. La *mortgage*

31. Définition R La *mortgage* est consentie par le transfert du titre de droit (title) au bénéficiaire du créancier. Le juge Lindley MR a décrit la nature d'une *legal mortgage* dans l'arrêt *Santley v Wilde*⁴⁷ de manière suivante : « *The principle is : a mortgage is a conveyance of land or an assignment of chattels as a security for the payment of a debt or the discharge of some other obligation for which it is given. This is the idea of*

⁴² Sous réserve de quelques exceptions, ce droit légal est opposable à toute personne qui obtient un *proprietary right* ultérieur sur le bien grevé.

⁴³ Par exemple, un bail de terrain (*lease of land*) crée un *proprietary right* (qui est opposable à toute personne) alors qu'une licence de terrain (*licence of land*) ne crée pas de *proprietary right* (elle seulement est opposable au concédant). V. Richard Calnan, *Proprietary Rights and Insolvency*, Oxford University Press, 2010.

⁴⁴ Arrêts *Donald v Suckling* [1866] L.R. 1 Q.B. 585 et *The Odessa* [1916] A. C. 145 at 158-159.

⁴⁵ V. *infra*, n°64 et s.

⁴⁶ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 2.87 and seq.

⁴⁷ [1899] 2 Ch 474 at 474.

a mortgage and the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation...». Ainsi, une mortgage est le transfert du droit de propriété (ou d'un droit moins absolu dont est titulaire l'auteur du transfert) à titre de garantie sous la condition explicite ou implicite que cette propriété sera retransférée au débiteur lors de l'exécution de l'obligation garantie⁴⁸.

32. Caractéristiques R La *mortgage* ne requiert pas la dépossession entre les mains du créancier. En conséquence, tout bien qu'il soit corporel ou incorporel, est en principe susceptible de *mortgage*⁴⁹. Si le titre économique (beneficial title) est transféré, la *mortgage* est une *equitable mortgage* alors que si le titre juridique (legal title) est transféré, la *mortgage* est une *legal mortgage*. Dans les deux cas, le créancier obtient un *proprietary right* qui est efficace même en cas de procédure collective du débiteur.

Le constituant dispose d'un droit à la restitution par rachat (*equity of redemption*), c'est-à-dire le droit de récupérer le bien grevé en cas de paiement de l'obligation garantie. Il s'agit d'un *proprietary right* portant sur le bien grevé malgré sa soumission au *proprietary right* du créancier.

33. Mortgage sur un bien futur R Il n'est pas possible de créer une *legal mortgage* sur un bien à moins que ce bien soit présent au moment de la constitution de la *mortgage* et qu'il appartienne au constituant à ce moment-là⁵⁰. En conséquence, il est impossible de constituer une *legal mortgage* sur un bien futur⁵¹. En vue de consentir une *legal mortgage*, une fois que le constituant aura acquis le bien futur, il doit entreprendre des démarches supplémentaires en relation avec ce bien pour justifier de son intention de transférer la propriété au créancier. Cela peut prendre la forme de la signature d'un nouveau acte de *mortgage* ou de la dépossession entre les mains du créancier. C'est pour cette raison qu'en pratique, la *legal mortgage* fait souvent partie d'un ensemble de sûretés consenties à un créancier financier (security package) qui contient d'autres types de sûreté. Par exemple, dans un *debenture*, la *legal mortgage* portera sur un terrain existant du constituant et les *fixed and floating charges* auront pour assiette tous les autres biens présents et futurs du constituant⁵². Il

⁴⁸ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.1-50.

⁴⁹ Ainsi, une *mortgage* peut porter sur un bien foncier, des biens meubles corporels, des biens incorporels à caractère documentaire et des purs biens incorporels.

⁵⁰ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.3.41.

⁵¹ Arrêts *Akron Tyre Co Pty Limited v Kittson* [1951] 82 CLR 477 et *Lunn v Thornton* [1845] 1 CB 379.

⁵² Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.5.57.

est à noter qu'en matière de sûretés⁵³, un *debenture* est un acte créateur (i) d'une *fixed charge* sur les biens d'une société qui ne peuvent pas être aliénés dans la conduite de ses activités et (ii) d'une *floating charge* sur les autres biens de cette société. Un *debenture* peut également créer une cession à titre de garantie des biens incorporels ou une *mortgage* sur des biens spéciaux comme les biens immobiliers ou les actions et parts sociales.

En revanche, la position est différente en équité : si le constituant conclut un contrat pour consentir une sûreté sur un bien qui ne lui appartient pas, elle sera reconnue, une fois que celui-ci appartient au constituant. La sûreté grève automatiquement le bien lors de son acquisition par le constituant sans qu'il ne doive procéder à une quelconque démarche⁵⁴. Cependant, entre le temps de constitution de la *mortgage* et la date d'acquisition du bien par le constituant, il n'y a qu'un contrat entre les parties et non un *proprietary right* sur le bien⁵⁵.

34. Dettes garanties R Une *mortgage* peut être consentie en garantie des obligations nées d'un contrat de crédit déterminé mais aussi de toutes obligations dont le constituant est débiteur d'un moment à l'autre. Le droit anglais appelle une telle *mortgage* « *all moneys' security* ». L'étendue de la dette garantie est une question d'interprétation du document de sûreté à la lumière des autres documents de financement et des circonstances qui existaient au moment de conclusion de la transaction⁵⁶.

C. La charge

35. Définition R Dans l'arrêt *Re Bank of Credit and Commerce International (No.8)*⁵⁷, le juge Hoffmann a reconnu la difficulté de fournir une définition exhaustive d'une *charge*⁵⁸. Il s'est contenté de décrire une *charge* comme étant un *proprietary right* conféré à titre de garantie sans transfert de titre de droit ou de possession sur le bien grevé. On définit également une *charge* comme étant l'appropriation d'un actif

⁵³ Dans son sens large, un *debenture* est un « document qui crée une dette ou la reconnaît » (arrêt *Levy v Abercorris Stale & Slab Company* (1887) 37 Ch D 260).

⁵⁴ Arrêts *Holroyd v Marshall* [1861-62] 10 HLC 191 et *Tailby v Official Receiver* [1888] 13 App Cas 523.

⁵⁵ Arrêt *Collyer v Isaacs* [1881] 19 Ch D 342 at 351.

⁵⁶ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 3.168 *and seq.*

⁵⁷ [1998] AC 214 at 226.

⁵⁸ La *charge* est aussi appelée *hypothecation*.

en paiement d'une obligation⁵⁹. Une *charge* peut être une *fixed charge* ou une *floating charge*.

36. Caractéristiques R La *charge* crée un nouveau droit sur les biens grevés. Dans la mesure où elle est un concept venant de l'équité, le droit du créancier est reconnu seulement dans cette branche de la *common law*. Par ailleurs, le droit qu'obtient le créancier est un *proprietary right* et non un droit personnel. En conséquence, ce droit est efficace en cas de procédure collective du constituant et opposable aux tiers entre les mains de qui se trouvent les biens grevés.

37. Distinction entre une *fixed charge* et une *floating charge* R La différence entre une *fixed charge* et une *floating charge* réside en ce que dans le cas d'une *floating charge*, le constituant a le droit de disposer des biens grevés. Ainsi, les *fixed charges* portent souvent sur des actifs permanents de l'entreprise comme biens immobiliers (par nature ou par destination), alors qu'une *floating charge* peut avoir pour assiette (i) des biens circulant dans la production comme des matières premières, dans la vente comme des marchandises en stock (stock-in-trade), ou dans la collecte des fonds comme des créances ou (ii) tous les biens de l'entreprise, qu'ils soient présents ou futurs⁶⁰.

38. Crystallisation R En cas de *floating charge*, le droit de disposer des biens grevés disparaît lors de la *crystallisation* qui permet à une *floating charge* de devenir une *fixed charge*.

Les faits générateurs d'une *crystallisation*⁶¹ sont les suivants :

- la cessation de l'activité de l'entreprise, lorsque cette dernière a cessé son activité⁶², notamment lors qu'elle fait l'objet d'une procédure de liquidation⁶³ ou même d'*administration*⁶⁴;
- l'intervention du bénéficiaire de la *charge* en vue de prendre contrôle des actifs grevés⁶⁵, notamment par la désignation d'un *receiver* ou *administrator* ;

⁵⁹ Arrêt *Carreras Rothmans v Freeman Mathews Treasure* [1985] 1 Ch 207 at 227.

⁶⁰ Le droit du bénéficiaire de la *floating charge* porte d'abord sur un ensemble rechargeable de biens et non sur des biens spécifiques. Sur l'historique de la consécration de la *floating charge* sur tous les biens de l'entreprise, v. Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 4.8 *and seq.*

⁶¹ Pour une présentation détaillée de ces événements, v. par exemple, Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, paras. 4-30 *and seq.*

⁶² Arrêt *Hubbuck v Helms* (1887) 56 LJ Ch 536 et 539, per Sterling J.

⁶³ Arrêt *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company* (1870) LR 5 Ch App 318.

⁶⁴ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para. 4.68.

- les stipulations à cet effet dans la convention de *charge*, qui prévoient (i) le droit du créancier garanti de provoquer la *crystallisation* sur simple notification faite au constituant ou (ii) une *crystallisation* de plein droit en cas de la survenance d'événements stipulés, tels que la création par le constituant d'une autre *charge* en faveur d'un tiers ou l'exécution d'une décision de justice sur les biens du constituant⁶⁶ ;
- les dispositions légales issues de l'*Agricultural Credits Act 1928*, s'agissant de *charges* agricoles consenties par un agriculteur.

La *crystallisation* d'une *floating charge* n'impose aucun enregistrement supplémentaire ou modificatif auprès de la *Companies House* dans la mesure où elle ne donne lieu pas à la création d'une nouvelle sûreté.

D. Droit de rétention

39. Panorama Le droit de rétention (lien) en tant qu'une sûreté née par l'effet de la loi comprend trois catégories : le droit de rétention légal (legal lien), le droit de rétention en équité (equitable lien) et le droit de rétention prévue et réglementée par la loi (statutory lien). Le droit de rétention peut être créé par un contrat. Il s'agit du droit de rétention contractuel (contractual lien). Les droits de rétention ne sont pas enregistrables au titre de la *Companies Act 2006* ou des *Bills of Sale Acts 1878-1891*.

40. Le droit de rétention légal Le droit de rétention légal est créé dans un certain nombre d'hypothèses où le créancier est en possession d'un bien du débiteur. Cette possession suppose de manière cumulative que⁶⁷ :

- Le créancier doit entrer en possession des biens meubles corporels ;
- Il doit retenir la possession de ces biens meubles corporels ;
- La possession doit être licite ; et
- Il doit avoir le droit de possession continue.

Un droit de rétention légal peut être particulier ou général. Le droit de rétention particulier (particular lien) est né dans deux cas⁶⁸ :

⁶⁵ Arrêt *Governments Stock and Other Securities Investment Co v Manila Rail Co* (1897) AC 81 at 86 : "It is of the essence of ...[a floating] charge that it remains dormant until the undertaking charged ceases to be a going concern, or until the person in whose favour the charge is created intervenes".

⁶⁶ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para. 4.71 and seq. V. également les arrêts *Re Horne & Hellard* (1885) LR 29 Ch D 736 ; *Re Brightlife Limited* (1987) Ch 200 et *Covacich v Riordan* (1994) 2 NZLR 502.

⁶⁷ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 10.33 and seq.

- Lors qu'une personne a l'obligation selon le droit commun de recevoir des biens meubles corporels, elle bénéficie d'un droit de rétention sur ces biens pour le récompenser pour cette obligation. Par exemple, un transporteur a l'obligation de transporter des biens qui lui sont livrés. De même, le propriétaire d'un hôtel doit héberger les touristes et leurs bagages ; ou
- Lorsqu'une personne améliore un bien meuble corporel par son travail et sa compétence, elle bénéficie d'un droit de rétention sur ce bien pour le prix de son travail d'amélioration.

Le droit de rétention général (general lien) découle des coutumes commerciales⁶⁹. Il permet à certaines catégories de personnes de retenir toute marchandise en leur possession jusqu'à ce que toutes les sommes qui leur sont dues par le débiteur soient payées. Ainsi, les courtiers en valeurs mobilières, les banquiers, les conseillers juridiques et les aubergistes en bénéficient et ce sans stipulation contractuelle particulière.

41. Le droit de rétention contractuel R Le contrat peut élargir les droits du créancier titulaire d'un droit de rétention légal dans la réalisation de la sûreté en lui donnant le droit de vente des biens meubles corporels à la défaillance du débiteur. Le droit de rétention contractuel diffère d'un gage en ce sens que les biens meubles corporels ne sont pas déposés à titre de garantie mais dans un autre but (par exemple aux fins de dépôt ou de réparation). Le droit de vente ainsi conféré au titulaire d'un droit de rétention contractuel pourrait avoir pour conséquence la requalification de la sûreté en un gage ou une *charge*. Mais cette question a été rarement soulevée par la jurisprudence ou n'a pas attiré l'attention des juges.

Le contrat peut également étendre le champ d'application d'un droit de rétention légal soit en augmentant la portée des obligations garanties (par exemple en convertissant un droit de rétention particulier en un droit de rétention général), soit en élargissant l'étendue des biens objets du droit de rétention (en étendant le droit de rétention aux marchandises gardées en lieu sûr). Ce type de droit de rétention bénéficie notamment aux transporteurs et aux magasiniers.

⁶⁸ Arrêts *Majeau Carrying Co v Coastal Rutile* [1973] 129 CLR 48 at 54, *Robins & Co v Gray* [1895] 2 QB 501 et *Scarfe v Morgan* [1838] 4 M & W 270.

⁶⁹ Arrêt *Bock v Gorrissen* [1860] 2 De GF & J 434 at 443.

42. Droit de rétention prévue et réglementée par la loi R Ce type de droits de rétention est, dans de nombreux cas, une simple reformulation de droits de rétention qui avaient été reconnus par la *common law*. Par exemple, le droit de rétention d'un vendeur de marchandises impayé est maintenant contenu dans le *Sale of Goods Act 1979* et le droit de rétention légal d'un courtier d'assurance maritime dans la *Marine Insurance Act 1906*. D'autres droits de rétention sont indépendants de la *common law* comme le droit d'un aéroport de détenir des aéronefs selon l'article s 88 du *Civil Aviation Act 1982*.

43. Effets d'un droit de rétention R Le titulaire d'un droit de rétention a le droit retenir possession du bien jusqu'à ce que l'obligation garantie soit payée. Par contre, il n'a pas le droit de vendre le bien sauf stipulation contraire ou ni de demander au juge d'ordonner la vente du bien⁷⁰.

Par ailleurs, le droit de rétention peut être mis en œuvre en cas de procédure collective du débiteur sauf en cas où celui-ci fait l'objet de la procédure d'*administration* ou s'agissant d'une petite entreprise, lorsque le débiteur essaie de mettre en place un *company voluntary arrangement*⁷¹.

44. Droit de rétention en équité R Le droit de rétention en équité n'exige pas la possession du bien grevé (le plus souvent le bien foncier). Il est difficile voire impossible de lister les hypothèses dans lesquelles un tel droit de rétention peut avoir lieu⁷².

Le droit de rétention en équité est né notamment dans le cadre des contrats de vente en faveur d'un vendeur impayé ou d'un acquéreur qui a payé une partie du prix de vente. La jurisprudence a récemment eu à se prononcer sur l'existence d'un tel droit au profit d'un assureur qui aurait trop indemnisé son assuré. Dans l'arrêt *Lord Napier & Ettrick v Hunter*⁷³, les assureurs avaient d'abord payé l'intégralité des indemnités d'assurance dues aux assurés, puis leurs avocats conseillers (sollicitors) avaient obtenu des dédommagements additionnels de tiers au bénéfice de leurs clients. Dans ce contexte, les assureurs avaient le droit de se faire rembourser par les assurés le

⁷⁰ Le juge peut en revanche ordonner la vente des marchandises périssables ou qui nécessitent d'être vendues rapidement (*Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, r 25.1(1)(c)(v) et arrêt *Larner v Fawcett* [1950] 2 All ER 727). Par contre, certaines dispositions légales permettent la vente du bien retenu : par exemple, un vendeur impayé de marchandises titulaire d'un droit de rétention peut les vendre dans certains cas (*Sale of Goods Act 1979*, ss 39(1)(c) and 48).

⁷¹ V. *infra*, n°92.

⁷² Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.10.89.

⁷³ [1993] AC 713.

montant du trop perçu. La *House of Lords* a alors reconnu en équité un droit de rétention au profit des assureurs sur les sommes conservées par ces avocats conseillers, afin de garantir l'obligation des assurés de rembourser du trop perçu, et en dehors de stipulation à cet effet dans le contrat d'assurance. Toutefois, la *House of Lords* a laissé ouverte la question de savoir si un tel droit de rétention aurait existé avant que le dédommagement n'ait été collecté au bénéfice des assurés.

Par ailleurs, la consécration d'un droit de rétention en équité sur certains biens incorporels comme les parts sociales d'une société ou le brevet d'invention demeure incertaine⁷⁴.

§ II : LES ALTERNATIVES AUX SÛRETÉS

45. Panorama R Le cautionnement offre au créancier une source alternative de responsabilité en cas de défaillance du débiteur principal. L'absence de bénéfice de discussion marque une des spécialités du droit anglais dans ce domaine (A), aux côtés de la diversité des formes de compensation (B).

A. Cautionnement⁷⁵

46. Nature R Par cautionnement, un tiers s'engage envers le créancier à répondre de la non-exécution d'une obligation du débiteur, en général monétaire. Le cautionnement est un contrat accessoire au contrat principal donnant lieu à l'obligation du débiteur principal. Ainsi, la caution ne doit s'exécuter qu'à la défaillance du débiteur principal et tout facteur qui rend nul, réduit ou éteint l'obligation du débiteur principal aura le même effet sur l'obligation de la caution. Mais ce principe n'est que supplétif et donc les parties peuvent en convenir autrement⁷⁶.

Le bénéficiaire d'un cautionnement peut appeler la caution en garantie sans avoir préalablement mis en œuvre ses droits contre le débiteur principal ou un autre cofidélus. En d'autres termes, la caution ne bénéficie pas du droit de discussion. Par ailleurs, un créancier bénéficiant des sûretés grevant les biens de la société débitrice et d'un cautionnement consenti par un tiers a le droit de choisir d'appeler la

⁷⁴ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 10.99 and seq.

⁷⁵ Geraldine Mary Andrews and Richard Milet, *The Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, 5th edn, 2007; John Philips and James O' Donovan, *The Modern Contract of Guarantee*, Sweet & Maxwell, 2004.

⁷⁶ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.8-02.

caution en garantie plutôt que de réaliser les sûretés portant sur les biens de son débiteur⁷⁷.

47. Contrat d'indemnisation R La pratique a inventé le contrat d'indemnisation (indemnity contract) par lequel un tiers accepte d'indemniser le créancier pour tout préjudice que le créancier subit, résultant de la conclusion d'une transaction avec le débiteur. Ce contrat crée une obligation de garantie autonome, indépendante de l'obligation ou d'un défaut d'un tiers. Pourtant, en pratique, un acte de cautionnement contient très souvent une clause d'indemnisation.

48. Autres variantes R Le cautionnement doit être distingué de la garantie autonome (demand guarantee) et de la lettre de crédit *standby*. Ces instruments fréquemment utilisés dans le commerce international créent des obligations autonomes et indépendantes du contrat principal. Ils sont payables sur la présentation d'une demande écrite ou d'un autre document déterminé.

49. Constitution R Le cautionnement étant un contrat, il est en conséquence soumis aux règles normales de formation, d'interprétation et d'exécution des contrats. De plus, selon le *Statute of Frauds 1676*, le contrat de cautionnement ne pourra être mis en œuvre à moins qu'il ne soit constaté par écrit par la caution ou son représentant. Ce principe ne s'applique pas en cas de garanties autonomes, de lettres de crédit *stand-by* et de contrats d'indemnisation.

50. Protection de la caution R Le droit anglais est particulièrement protecteur de la caution. Si le contrat principal est nul, annulable ou inexécutable ou est résilié par le débiteur principal en raison d'une violation significative (repudiatory breach)⁷⁸ commise par le créancier, la caution ne doit pas s'exécuter (arrêt *Watts v Shuttleworth* (1861) 7 H. & N. 353).

De plus, tout acte ou toute omission du bénéficiaire du cautionnement susceptible d'affecter le droit de subrogation de la caution à l'égard du débiteur principal ou des cofidélusseurs peut libérer en tout ou en partie l'obligation de la caution. Ainsi, la

⁷⁷ Arrêt *White v Davenham Trust Ltd* [2011] EWCA Civ 747; David Milman, "Security interests and quasi-security claims in UK corporate insolvency law: current issues", *Company Law Newsletter*, 2011.

⁷⁸ Face à un manquement significatif du contrat, la partie non fautive peut choisir entre la poursuite (affirmation of the contract) ou sa résiliation (acceptance of the repudiation). Sur ces choix, V. *Chitty on contracts, Volume 1* R *General Principles*, Sweet & Maxwell, 31th edn., 2013, paras. 24-001 *and seq.* De plus, la caution ne doit pas s'exécuter si le créancier viole de manière substantielle le contrat de cautionnement (arrêt *Anka Pty Ltd v Westminster Finance (Australia) Ltd* (1987) 70 A.L.R. 641)

caution ne doit pas s'exécuter si le créancier ne peut pas fournir la *consideration*⁷⁹ exigée, en contrepartie de l'obligation de la caution, par le contrat de cautionnement (par exemple en manquant de notifier les cas de défaut à la caution) (arrêts *Scott v Forster Pastoral Co Pty Ltd* [2000] 35 A.C.S.R. 294 ; *Ankar Pty Ltd v National Westminster Finance (Aust) Ltd* [1987] 162 C.L.R. 549). Par ailleurs, même si elle ne subit pas de préjudice, la caution ne doit pas s'exécuter lorsque le créancier libère le débiteur (arrêt *Commercial Bank of Tasmania v Jones* [1893] A.C. 313)), accorde un délai de paiement irrémédiable au débiteur sans conservant ses droits vis-à-vis de la caution (arrêts *Webb v Hewitt* [1857] 3 K.& J. 438] ; *Swire v Redman* [1876] 1 Q.B.D.536), convient avec le débiteur principal du raccourcissement du terme (arrêt *St Microelectronics NV v Condor Insurance Ltd* [2006] EWHC 977 (Comm)), met fin aux sûretés consenties en garantie de l'obligation du débiteur principal en tout ou en partie (arrêt *Pledge v Buss* [1860] John 663) ou modifie autrement les termes du contrat principal avec le débiteur sans accord préalable de la caution et d'une manière susceptible de préjudicier celle-ci⁸⁰.

En revanche, si l'acte ou l'omission du bénéficiaire du cautionnement ne modifie pas les conditions du cautionnement mais affecte simplement la position de la caution, celle-ci ne peut échapper à son obligation que dans la limite du préjudice qui lui a été causé (arrêts *Skipton Building Society v Stott* [2001] Q.B.261 ; *Brueckner v Satellite Group (Ultimo) Pty Ltd* [2002] N.S.W.S.C. 378 ; *Wulff and Billing v Jay* [1872] L.R. 7 Q.B. 756 ; *Barclays Bank plc v Kingston* [2006] EWHC 533 (QB) [30]).

51. Droits de la caution R La caution dispose d'un recours contre le débiteur principal en remboursement des sommes payées (rights of indemnity). De plus, il a un recours en contribution (right of contribution) contre les cofidésseurs afin de s'assurer qu'il ne paie pas plus que sa part effective. Enfin, il a le droit d'être subrogé dans les droits du bénéficiaire du cautionnement (y compris les sûretés dont celui-ci est titulaire) vis-à-vis du débiteur principal et des cofidésseurs.

52. Incidence des procédures collectives⁸¹ R La procédure collective du débiteur principal n'affecte pas les droits du bénéficiaire du cautionnement vis-à-vis de la caution. En effet, il peut déclarer sa dette pour son montant total auprès des organes

⁷⁹ Sur la notion de *consideration*, v. *infra*, n°100.

⁸⁰ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.8-14.

⁸¹ Les procédures collectives ici comprennent la faillite personnelle (bankruptcy of individuals) et la procédure collective des personnes morales (corporate insolvency).

de la procédure et en même temps poursuivre la caution devant le juge et faire exécuter le jugement rendu à hauteur du montant restant dû. Si le débiteur principal est encore solvable alors que la caution fait l'objet d'une procédure collective, le créancier garanti peut faire sa déclaration de dette auprès des organes de la procédure à condition qu'il déduise de la dette garantie les montants reçus du débiteur principal avant la soumission de la déclaration. Enfin, lorsque le débiteur principal et la caution tombent tous les deux en procédures collectives, le créancier a le droit de faire sa déclaration de dette auprès des organes de procédures collectives du débiteur principal et de la caution pour le montant total de sa dette⁸².

B. Compensation

53. Concept La compensation est le droit d'un débiteur, auquel son créancier doit une somme d'argent sur un autre compte ou dans le cadre d'une autre affaire, de compenser cette somme en réduction de sa dette afin de garantir le paiement de sa créance⁸³. Le régime de la compensation est relativement complexe. Un créancier peut en effet bénéficier d'une compensation prévue et réglementée par la loi (statutory set-off, legal set-off, independant set-off), d'une compensation en équité (equitable set-off, transaction set-off), d'une compensation contractuelle (contractual set-off) ou encore d'une compensation d'un champ d'application plus large (compensation en procédure collective (insolvency set-off)). À l'exception de la compensation contractuelle, les caractéristiques communes de ces types de compensation sont les suivantes⁸⁴ :

- Elles se limitent aux situations où les deux créances sont monétaires ou si l'une d'entre elles porte sur un bien, à condition que le débiteur de cette créance soit autorisé à en disposer et donc à le convertir en argent ; et
- Elles exigent la mutualité des parties : les créances doivent être dues par les mêmes parties et dans les mêmes droits.

54. Compensation prévue et réglementée par la loi Initialement prévue par les *Statutes of Set-Off*, cette forme de compensation est aujourd'hui contenue dans les *Civil Procedure Rules 1998* (CPR), article *r 16.6*. Elle ne peut être invoquée que

⁸² Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, paras. 8-16 and seq.

⁸³ V. Philip Wood, *English and International Set-off*, Sweet Maxwell, 1989 ; and *Law and Practice of International Finance: Set-off and netting, derivatives, clearing system*, Sweet Maxwell 2008; Rory Derham, *The law of set-off*, 4th edn, Oxford University Press, 2010.

⁸⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.7-03.

devant le juge comme un moyen procédural de défense et non hors procédure judiciaire. Elle peut être mise en jeu lorsque les créances sont liquides ou lorsque leur montant peut être déterminé sans difficulté, avec certitude ou avec précision⁸⁵. En revanche, sa mise en jeu n'exige pas la connexité entre les créances.

55. Compensation en équité R La compensation en équité peut être invoquée lorsque les créances sont, même si elles ne sont pas nées de la même transaction, si étroitement liées qu'il serait injuste de permettre le paiement de l'une sans tenir compte de l'autre. Sa mise en jeu n'impose pas que les créances soient liquides ou que leur montant soit déterminable avec certitude. De même, elle peut être également invoquée en dehors du cadre d'une procédure judiciaire.

56. Compensation contractuelle R La compensation contractuelle est utilisée lorsque les parties souhaitent élargir ou limiter leurs droits de compensation visés par le droit commun⁸⁶. Elle permet par exemple de compenser des créances non mutuelles ou non encore exigibles. Cependant, les parties ne peuvent pas déroger par convention à la compensation en procédure collective.

57. Compensation en procédure collective R La compensation en procédure collective est d'ordre public. Elle est visée par les articles *r. 4.90* des *Insolvency Rules 1986* (en liquidation), *r. 2.85* des *Insolvency Rules 1986* (en administration) et *s. 323* de la *Insolvency Act 1986* (en cas de faillite personnelle des individus). Elle reflète une approche originale du droit anglais dans la mesure où le droit de compensation du créancier d'un débiteur en procédure collective n'est pas limité mais en revanche élargi.

Deux conditions s'imposent pour sa mise en jeu :

- Il doit y avoir des crédits mutuels, des dettes mutuelles ou d'autres créances monétaires⁸⁷ entre la personne en procédure collective et le créancier ; et
- Les crédits mutuels, des dettes mutuelles ou d'autres créances monétaires doivent avoir été conclues avant la date pertinente prévue par la législation applicable⁸⁸.

⁸⁵ Arrêts *Alexander v Ajax Insurance Co* [1956] VLR 436 ; *Stooke v Taylor* [1879-80] LR 5 QBD 596 at 576; *Hanak v Green* [1958] 2 QB9 at 17 et *Morley v Inglis* [1837] 4 Bing NC 58 at 71.

⁸⁶ Arrêt *Gilbert-Ash (Northen) v Modern Engineering* [1974] AC 689.

⁸⁷ Par exemple, des créances d'indemnité.

⁸⁸ Par exemple, en liquidation, la date du prononcé du jugement de liquidation en cas de liquidation obligatoire ou la date de la résolution de liquidation en cas de liquidation volontaire.

SECTION II : CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ

58. Panorama R Une fois valablement créée par les parties (attachment), la sûreté devient notamment opposable au constituant. Toutefois, son existence ne sera pas nécessairement connue par un tiers qui souhaite acquérir un droit sur le bien grevé ou par d'autres créanciers chirographaires, notamment lorsque le constituant est en possession du bien grevé ou lorsque celui-ci est un bien incorporel. Afin de protéger ces personnes, le droit anglais exige le plus souvent que le créancier entreprenne d'autres démarches, en particulier l'accomplissement de certains actes pour la porter à la connaissance des acquéreurs et des créanciers garantis ultérieurs ou des créanciers chirographaires⁸⁹. Il s'agit de la publicité de la sûreté (perfection) qui a pour but de la rendre opposable aux tiers⁹⁰.

59. Méthodes de publicité R La méthode de publicité varie selon le type de sûretés. La méthode de publicité la plus courante est l'enregistrement de la sûreté auprès du registre des *charges* détenu par la *Companies House* (si la sûreté est consentie par une société) ou auprès de la *Bills of Sale Act Register* (si la sûreté est consentie par une personne qui n'est pas une société) lorsqu'un texte l'exige. La publicité peut être réalisée par d'autres moyens, à savoir la prise de possession ou de contrôle du bien engagé par le créancier garanti, la notification à un tiers spécifique, ou encore la connaissance de celui-ci par une autre source de la sûreté.

Nous évoquerons successivement l'enregistrement R mesure de publicité la plus courante (§ I), puis les autres mesures de publicité (§ II).

§ I : ENREGISTREMENT DES SÛRETÉS

60. Domaine R L'exigence de l'enregistrement des sûretés n'est pas issue de la *common law*, ni de l'équité mais de l'intervention parlementaire. Elle s'applique à certains types de sûretés⁹¹. Bien que l'enregistrement ne soit pas requis dans tous les cas, la plupart des sûretés consenties par des sociétés sont en pratique enregistrées.

Nous présenterons successivement l'enregistrement dans les conditions prévues par la *Companies Act 2006* du 8 novembre 2006, qui ont été récemment modifiées par les

⁸⁹ Comme la clause de réserve de propriété n'est pas considérée comme une sûreté, elle échappe à l'exigence de publicité.

⁹⁰ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.2-16.

⁹¹ Le gage et le droit de rétention ne sont pas soumis à enregistrement.

Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013 (SI 2013/600) en date du 12 mars 2013 (A), par les *Bills of Sale Acts* (B) et enfin l'enregistrement des sûretés auprès des registres spéciaux (C).

A. Enregistrement selon la *Companies Act 2006*

61. Les charges éligibles R L'enregistrement à la *Companies House* concerne toutes les *charges* créées par une société britannique (*Companies Act 2006*, l'article s 859A(1)) à moins qu'elles ne tombent dans la liste des exceptions visées à l'article s 859A(6) de cette loi⁹². Cette liste d'exceptions comprend :

- les *charges* consenties aux bailleurs et grevant un dépôt d'espèces dans le cadre des locations de terrains ;
- les *charges* créées par les membres du *Lloyd's*⁹³ en garantie de leurs obligations en relation avec leur activité d'assurance au *Lloyd's* ; et
- toutes les *charges* qui sont exclues, selon toute autre législation applicable, du champ d'application de la *Companies Act 2006*.

Les deux premières exceptions sont nouvelles alors que la troisième consacre les exemptions d'enregistrement déjà reconnues en cas de *charges* consenties en faveur de la *Bank of England*, de la banque centrale d'un pays ou territoire, de la Banque centrale européenne (les articles s 252 et s 253 du *Banking Act 2009*) et de *charges* grevant des actifs financiers (comme des espèces, des instruments financiers et des créances privées visées par les *Financial Collateral Arrangements (No 2) Regulations*).

Les *charges* visées par la *Companies Act 2006* incluent, aux fins d'enregistrement seulement, les *mortgages*⁹⁴ mais non les gages (*Companies Act 2006*, s 859A(7))⁹⁵.

⁹² L'ancien article s 860 (7) de la *Companies Act 2006* établissait une liste des *charges* consenties par une société qui exigeaient l'enregistrement. Cette liste comprenait notamment les *charges* sur les biens fonciers, sur les *book debts*, et sur les navires et les aéronefs ; les *floating charges* et les *charges* consenties et constatées par un instrument qui, si signées par un individu, exigeraient l'enregistrement comme un acte de vente (bill of sale) et les *charges* sur la clientèle (goodwill) ou sur un droit de propriété intellectuelle.

⁹³ Le *Lloyd's* est un marché où les membres personnes morales (investisseurs et preneurs du risque) se regroupent en syndicats afin d'assurer des risques. Le *Lloyd's* est composé de 2 parties distinctes: le marché R qui inclut de nombreux intervenants indépendants notamment les *Managing agents* R et la Corporation qui supervise le marché.

⁹⁴ Notons que les *charges* comprennent les *mortgages* seulement aux fins d'enregistrement des sûretés alors que ce sont deux sûretés juridiquement distinctes. Dans la mesure où ni le gage, ni le droit de rétention n'est soumis à l'enregistrement, ce mode de publicité des sûretés concerne seulement les *charges* et les *mortgages*.

⁹⁵ Pour une étude de l'enregistrement des *charges*, v. G. McCormack, *Registration of Companies Charges*, Sweet & Maxwell, 1994 ; Mark Evans, Jeremy Walsh, Daniel Peel and Simon Buckingham, "Company Charges III: Registration of Charges, Overseas Companies, and Scotland", *Tolley's Company Law Service*, issue 130, August 2013, paras. C5401 *and seq.* et Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 5th edn., 2013, paras. 2-18 *and seq.*

62. Procédure d'enregistrement R La loi exige que soient adressés au registre par la société ou toute personne intéressée à la *charge*, avant l'expiration du délai de soumission, une copie certifiée du document constatant sa création (*instrumentum, charge instrument*) (s'il y a) et un document comportant certaines mentions obligatoires (prescribed particulars) de la *charge* (*Companies Act 2006, ss 859A (2) & 859A (3)*). Les mentions obligatoires sont visées par l'article *s 859D*. Si la *charge* est constatée par un *instrumentum*, ces mentions obligatoires incluent (i) le nom et le numéro de la société, (ii) la date de création de la *charge*, (iii) le nom du (des) bénéficiaire (s) de la *charge* ou du (des) *security trustee (s)*⁹⁶, qui détient la *charge* pour le compte d'une ou plusieurs personnes, (iv) l'indication que l'*instrumentum* est censé inclure ou non une *floating charge* et si oui, qu'elle grève ou non l'ensemble des biens de la société, (v) l'existence ou non d'une sûreté négative, (vi) la confirmation, qu'un terrain, un bateau, un aéronef ou un droit intellectuel qui est enregistré ou qui doit être enregistré au Royaume Uni constitue l'assiette d'une *fixed charge* incluse dans l'*instrumentum*, accompagnée d'une description brève de ce bien spécial et (vii) et l'indication que l'*instrumentum* inclut ou non une *fixed charge* grevant tout bien corporel ou incorporel non décrit à (vi). Le délai de soumission est de vingt-et-un (21) jours à compter de la date de création de la *charge* (*Companies Act 2006, s 859A(4)*). Il ne peut être prolongé par le juge que dans des conditions prévues à l'article *s 859F*.

L'article *s 859I* exige que le registre attribue à la *charge* un code de référence unique. Ce code de référence permettra à ceux qui consultent le registre de repérer la *charge* plus facilement, y compris son état à un moment donné. Il permettra aussi au registre de mieux refléter dans quelle mesure les biens d'une société sont grevés. Lorsqu'une *charge* a été dûment enregistrée, le registre a l'obligation de délivrer un certificat d'enregistrement. L'*instrumentum* et les mentions obligatoires sont accessibles à tout public (*s 859I(2)(b)*). Pourtant, certaines informations confidentielles (informations personnelles concernant un individu autre que son nom ou le numéro ou autre identifiant d'un compte bancaire ou de valeurs mobilières d'une société ou d'un individu ou les signatures) peuvent ne pas figurer sur l'*instrumentum* ainsi rendu public (*s 859G*).

⁹⁶ S'il y a plus que 4 bénéficiaires ou *security trustees*, il doit être indiqué le nom d'au moins 4 d'entre eux, accompagné d'une déclaration qu'il y a d'autres bénéficiaires ou *security trustees*.

63. Effets de l'enregistrement R L'enregistrement de la *charge* assure son opposabilité aux tiers. L'enregistrement peut également avoir un impact important en termes de priorité dans la mesure où il constitue un moyen de notifier la sûreté.

Le non-enregistrement de la *charge* rend la sûreté inopposable au liquidateur, à l'*administrator* et aux créanciers de la société (*ss 859H(1) et 859H(3)*), étant entendu que ces derniers sont les créanciers ayant des droits sur les biens grevés et ainsi la qualité pour agir sur le fondement du défaut d'enregistrement (créanciers garantis, créanciers en vertu d'une décision de justice, créanciers rétenteurs et créanciers chirographaires en liquidation ou *administration*)⁹⁷. Par ailleurs, toute obligation financière garantie par la *charge* devient immédiatement exigible (*s 859H(4)*).

B. Enregistrement selon les *Bills of Sale Acts*

64. Législation applicable R Un acte de vente (*bill of sale*) est un document qui transfère le titre de droit sur les biens meubles corporels à titre de vente ou de garantie. Les textes applicables aux actes de vente sont le *Bills of Sale Act 1878* régissant les actes de vente absolue et le *Bills of Sale (1978) Amendment Act 1882* gouvernant les actes de ventes à titre de garantie. Le texte de 1882 régit spécialement les formes de *mortgages* et de *charges* sur les biens meubles corporels et leur enregistrement et limite leur domaine. Ces textes s'appliquent aux actes de vente créés par les personnes physiques et les débiteurs qui ne sont pas des sociétés.

Un acte de vente à titre de garantie doit prendre la forme prévue par l'annexe à l'acte de 1882 et tous les biens meubles corporels grevés doivent être décrits dans une annexe à l'acte de vente. De plus, le texte limite aussi la possibilité pour le créancier de réaliser sa sûreté dans la mesure où il ne peut prendre possession des biens meubles corporels que dans les hypothèses visées à l'article *s 7* du texte de 1882.

65. Enregistrement R L'exigence d'enregistrement s'applique seulement aux *mortgages* et aux *charges* sur les biens meubles corporels (*goods*) et aux cessions générales de créances professionnelles (*book debts*) à titre de garantie. Selon l'article 8 du *Bills of Sale (1978) Amendment Act 1882*, la sûreté doit généralement être enregistrée dans un délai de 7 jours à compter de sa signature sous peine de nullité. La procédure d'enregistrement est contenue dans le texte de 1878 et plus complexe que celle imposée par la *Compagnies Act*. En effet, le document doit être certifié par

⁹⁷ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn., 2008, para.2-22.

un avocat conseiller (sollicitor), qui doit déclarer avoir expliqué les effets du document au débiteur constituant (article *s 10 (1)*). Une opinion juridique objective (affidavit) doit être également fait l'objet d'une déclaration sous serment concernant la signature du document. Cette opinion juridique et l'acte de vente doivent être enregistrés auprès de la *Hight Court* (article *s 10 (2)*). L'enregistrement doit être renouvelé tous les cinq ans (article *s 11*).

66. Impacts R En raison des contraintes imposées par la législation applicable aux actes de vente (limitation de l'assiette des sûretés aux biens meubles corporels présents, restrictions en cas de réalisation des sûretés et formalités onéreuses), les *mortgages* et *charges* sur les biens sont rarement consenties par les individus. Le gage est en conséquence préféré. Le gage de biens meubles corporels consenti par un individu peut être soumis au *Consumer Credit Act 1974* mais les exigences imposées par ce texte sont moins onéreuses⁹⁸.

C. Enregistrement auprès des registres spéciaux

67. Registres spéciaux R En plus du registre pour les *charges* créées par les sociétés et du registre des actes de vente, il existe au moins dix registres spéciaux pour l'enregistrement des sûretés ayant pour assiette certains biens spécifiques, notamment les registres pour :

- les *charges* sur les biens fonciers enregistrés (par exemple ceux enregistrés selon le *Land Registration Act 2002*) ;
- les *charges* sur les biens fonciers non-enregistrés régies par le *Land Charges Act 1972* ;
- les *charges* agricoles qui doivent être enregistrées dans le registre foncier (Land Registry) selon l'*Agricultural Credits Act 1928*, article *s.9* ;
- les *mortgages* de navires enregistrés selon le *Merchant Shipping Act 1995*, *Sch 1* ;
- les *mortgages* d'aéronefs enregistrés selon le *Mortgaging of Aircraft Order 1972*, *SI 1972/1268* ;
- les *mortgages* des brevets (*Patents Act 1977*, article *s.33*), des marques (*Trade Marks Act 1994*, article *s 25*) et des designs enregistrés (*Registered Designs Act 1949*, article *s.19*) ; et

⁹⁸ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.6.140.

- les *charges* consenties par un industriel ou une société de prévoyance (*Industrial and Provident Societies Act 1896*, article *s.1*).

68. Caractéristiques R Certains registres spéciaux ont en commun certaines caractéristiques⁹⁹. D'abord, dans la plupart des cas, une *mortgage* ou une *charge* sur un bien peut être enregistré seulement si la propriété de ce bien a été enregistrée. Ensuite, en cas de non-enregistrement, la sûreté prend effet en équité. Par ailleurs, l'enregistrement en détermine souvent la priorité. Enfin, lorsqu'elles sont consenties par une société, la plupart des catégories de *charges* susmentionnées sont également enregistrables au registre des *charges* des sociétés selon la *Companies Act 2006*. En cas de non-enregistrement, les sûretés sont inopposables aux créanciers garantis, au liquidateur, à l'administrateur et à la masse de créanciers en cas de liquidation.

§ II : AUTRES MESURES DE PUBLICITÉ

69. Possession R La prise de possession du bien grevé oblige toute personne désireuse de conclure une transaction avec le constituant sur ce bien de s'informer auprès du créancier garanti et est équivalente à la notification de la sûreté *erga omnes*¹⁰⁰. La publicité est assumée par la possession du bien engagée en cas de gage et du droit de rétention contractuel. Il s'agit le plus souvent de la possession physique mais la loi reconnaît aussi la possession présumée, par exemple en cas d'entiercement (attornment).

70. Prise de contrôle R La publicité d'une sûreté peut être réalisée par voie de prise de contrôle lors que cette sûreté grève certains purs biens incorporels à savoir les valeurs mobilières et créances. Le contrôle peut être obtenu par la *novation*¹⁰¹ ou par entiercement. Par exemple, la publicité d'une sûreté sur les titres de placement directement détenus par le constituant est réalisée par la *novation* via l'enregistrement du créancier garanti comme titulaire de ces titres de placement à la place du constituant. En cas de valeurs mobilières détenues sur un compte-titres ouvert chez un intermédiaire en valeurs mobilières ou une banque de dépôt, ou un fonds commun, la sûreté peut être publiée soit par voie de *novation* R via le transfert de la titularité du compte au profit du créancier garanti, soit par voie d'entiercement R l'intermédiaire

⁹⁹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.2-30.

¹⁰⁰ Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, p.690.

¹⁰¹ Sur cette technique de *novation*, v. *infra*, n°677.

en valeurs mobilières ou la banque de dépôt, ou le fonds commun s'engageant à agir seulement selon les instructions du créancier garanti¹⁰².

71. Notification R En cas de sûretés sur une créance ou sur un autre bien incorporel, il existe une méthode spéciale de publicité par voie de notification de la sûreté, et notamment à la personne débitrice de la créance ou détenant les fonds. Cette personne pourrait être considérée comme un registre auprès duquel les créanciers ultérieurs peuvent s'informer sur la créance. Il s'agit de la règle *Dearle v Hall* que nous examinerons en détail plus tard¹⁰³.

SECTION III : MISE EN ŒUVRE DES SÛRETÉS

72. Panorama R En général, le créancier garanti peut mettre en œuvre sa sûreté sans la nécessité de l'intervention du juge. En effet, le moment et la méthode de réalisation de la sûreté relèvent largement de la convention des parties. En l'absence d'une telle convention, la loi prévoit des modes de mise en œuvre par défaut (default remedies).

En plus de la poursuite du débiteur en paiement de son obligation, le créancier peut, en fonction de la forme de sa sûreté et/ou du type du bien grevé, réaliser sa sûreté selon l'une des méthodes suivantes : prise de possession, mise en vente, désignation d'un *receiver* ou d'un *administrator*, attribution judiciaire en propriété (foreclosure) et appropriation.

Par ailleurs, le créancier garanti peut en principe exercer tous ses droits en même temps à moins qu'ils ne soient contradictoires¹⁰⁴. Par exemple, il peut poursuivre le débiteur en paiement de la dette comme tout autre créancier et en même temps mettre en œuvre sa sûreté par voie de désignation d'un *receiver*, de vente ou d'attribution judiciaire¹⁰⁵.

D'une manière générale, la mise en œuvre des sûretés ne pose pas vraiment de problèmes en Angleterre¹⁰⁶. Les méthodes de réalisation des sûretés sont nombreuses

¹⁰² Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, p.696.

¹⁰³ V. *infra*, n° 725 et s.

¹⁰⁴ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.8.51.

¹⁰⁵ Arrêt *China and South Sea Bank v Tan Soon Gin* [1990] 1 AC 536.

¹⁰⁶ Louise Gullifer, "The reform of the English law of secured transactions", *Dr et Patr.*, 2012, 213.

(§ I). Le droit des procédures collectives n'affecte pas de manière significative le sort des créanciers garantis (§ II).

§ I : MÉTHODES DE RÉALISATION DES SÛRETÉS

73. En pratique R L'attribution judiciaire en propriété est rarement utilisée par un créancier garanti. La prise de possession n'est utilisée que si le créancier garanti souhaite obtenir la possession physique du bien grevé avant de le mettre en vente. Le pouvoir de mise en vente est important dans les transactions en matière de consommation, mais demeure relativement rarement utilisé dans les transactions commerciales. La méthode la plus fréquente est la désignation d'un *administrator* bien que la désignation d'un *receiver* reste utile dans certains cas¹⁰⁷.

A. Prise de possession

74. Bénéficiaires R Si le créancier bénéficie d'un *legal mortgage*¹⁰⁸, il a le droit de possession du bien grevé à la date de la conclusion de la *mortgage*¹⁰⁹ sans la nécessité de l'intervention du juge dans la mesure où il est devenu le propriétaire juridique de ce bien¹¹⁰. En revanche, la possibilité pour le bénéficiaire d'une *mortgage* en équité (*equitable mortgage*) de prendre possession du bien grevé en l'absence d'une stipulation contractuelle expresse n'est pas précisée par la loi¹¹¹. Enfin, en l'absence d'une stipulation contractuelle expresse ou d'un jugement, le bénéficiaire d'une *charge* n'a pas ce droit de prise de possession¹¹².

75. Mise en œuvre R La prise de possession constitue souvent l'étape préalable à la vente pour que le créancier puisse donner possession du bien grevé à l'acquéreur¹¹³. Si la sûreté greève les biens meubles corporels dont la prise de possession peut être effectuée sans la nécessité d'une entrée dans les locaux du constituant, le créancier peut y procéder sans l'intervention du juge. Mais si c'est un bien foncier qui est grevé, en général le créancier garanti peut soit désigner un *receiver* qui prendra possession pour son compte, soit obtenir une décision du tribunal ordonnant la prise de possession (*possession order*) pour éviter une poursuite

¹⁰⁷ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.8.232.

¹⁰⁸ Sauf stipulation contraire, le bénéficiaire d'une *charge* n'a pas le droit de possession du bien grevé.

¹⁰⁹ Peu importe qu'il y ait eu ou non une défaillance de la part du constituant de la *mortgage*.

¹¹⁰ Arrêt *Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd v Ilford Gas Co* [1905] 2 KB 493.

¹¹¹ Charles Harpum, Stuart Bridge and Martin Dixon, *Megarry & Wade: Law of Real Property*, Sweet & Maxwell, 7th edn, 2008, para.25-46.

¹¹² Arrêt *Garfitt v Allen* [1887].

¹¹³ Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, p.681.

pénale éventuelle en cas d'entrée violente visée par l'article *s 6 (1)* du *Criminal Law Act 1977*.

B. Mise en vente

76. Droit de mise en vente prévu par la loi R Même en l'absence de stipulation contractuelle à cette fin, le bénéficiaire d'une *mortgage* ou d'une *charge* sur un bien foncier constaté par un *deed*¹¹⁴ jouit d'un droit de mise en vente à l'échéance de l'obligation garantie selon l'article *s 101* du *Law of Property Act 1925 (statutory power of sale)*, et sauf dans les cas des *mortgage* sur les biens meubles corporels qui sont soumises à des règles spécifiques au titre des *Bills of Sale Acts*. Un *deed* est un écrit formel établi au minimum par deux personnes ayant des intérêts différents, ou par une seule personne ou plus ayant des intérêts similaires¹¹⁵. Il doit être revêtu d'un sceau, signé en présence de témoins et remis à l'autre partie, ce qui signifie que les parties doivent démontrer dans une certaine mesure qu'elles souhaitent que le document les lie et ce même si une partie ne procure pas une *consideration* pour l'obligation de l'autre partie. Un *deed* peut être rapproché d'un acte authentique en droit français. Pourtant, le droit de mise en vente ne devient exerçable que dans les hypothèses visées à l'article *s 103* du *Law of Property Act 1925*¹¹⁶.

L'article *s 101 (3)* de la *Law of Property Act 1925* prévoit que le droit de mise en vente prévu par la loi peut être modifié ou élargi par le titre de sûreté (*mortgage deed*). C'est pourquoi, la plupart des documents de sûreté élargissent ce droit de mise en vente de façon à ce qu'il devienne exerçable suite à la production d'un événement de défaut déterminé (et parfois en absence de défaut) R soit immédiatement ou à l'expiration d'un temps de notification¹¹⁷. Cependant, pour être efficace cette modification doit être incluse par référence dans le titre de sûreté¹¹⁸.

¹¹⁴ Souvent, les actes de sûreté prennent la forme d'un *deed* bien que la loi ne l'exige que si le bien grevé est un bien foncier (Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.5.75).

¹¹⁵ Sur ce concept, v. Jowitt's Dictionary of English Law, Sweet & Maxwell, 3rd edn, 2010, pp. 661-663.

¹¹⁶ "103. Regulation of exercise of power of sale.

A mortgagee shall not exercise the power of sale conferred by this Act unless and until —

(i) Notice requiring payment of the mortgage money has been served on the mortgagor or one of two or more mortgagors, and default has been made in payment of the mortgage money, or of part thereof, for three months after such service; or

(ii) Some interest under the mortgage is in arrear and unpaid for two months after becoming due; or

(iii) There has been a breach of some provision contained in the mortgage deed or in this Act, or in an enactment replaced by this Act, and on the part of the mortgagor, or of some person concurring in making the mortgage, to be observed or performed, other than and besides a covenant for payment of the mortgage money or interest thereon".

¹¹⁷ Simon Whittaker, "The mortgagee's power of sale: new cases, old principles", *Corporate Rescue and Insolvency* (June 2013) 3 CRI 114.

¹¹⁸ Arrêt *Cherry Tree Investments v Landmain Ltd* [2012] EWCA Civ 736.

77. Autres cas R En plus du droit de mise en vente prévu par la *Law of Property Act 1925*, le bénéficiaire d'un *legal mortgage* des biens meubles corporels qui est en possession a un droit présumé de vente en cas de défaillance du constituant et ce pouvoir peut être exercé même si la *mortgage* n'est pas constaté par un *deed*¹¹⁹. La possibilité pour le bénéficiaire d'une *mortgage* en équité sur des biens meubles corporels d'avoir le même droit de mise en vente s'il en est en possession n'est pas claire. Le créancier gagiste dispose d'un droit présumé de mise en vente reconnu par la *common law*, lorsque le constituant est défaillant¹²⁰. Une *charge* qui n'est pas sous forme d'un *deed* ne confère aucun droit de mise en vente sans l'intervention du juge.

78. Cohabitation de plusieurs sûretés sur le même bien R En présence de plusieurs *mortgages*, tout créancier garanti peut procéder à la vente mais l'effet de la vente dépend de son ordre de priorité. La mise en vente par le premier créancier garanti éteint le droit à la restitution par rachat du constituant (*equity of redemption*) et passe outre les droits des créanciers ultérieurement garantis sur le bien grevé¹²¹. Les droits des créanciers ultérieurement garantis sont transférés sur le produit de la vente. Après le paiement de la dette due au premier créancier garanti, tout solde éventuel est conservé en *trust* par celui-ci pour les créanciers ultérieurs en conformité avec leur ordre de priorité. Si ce montant suffit à payer ceux-ci, toute différence sera restituée au constituant. Si le premier créancier garanti décide de ne pas mettre en œuvre sa sûreté, le second créancier garanti peut le faire mais le bien vendu sera grevé de la première *mortgage*¹²².

C. Attribution judiciaire en propriété

79. Mécanisme R Ainsi qu'exposé précédemment, le constituant d'une *mortgage* dispose d'un droit à la restitution par rachat (*equity of redemption*) qui lui permet de récupérer le bien grevé en cas de paiement de l'obligation garantie. L'attribution judiciaire en propriété (*foreclosure*) met fin à ce droit en faisant du créancier garanti le propriétaire absolu du bien. Par ailleurs, elle met aussi fin aux droits de toute personne bénéficiant d'une sûreté ultérieure sur le bien en question. Le juge n'ordonnera l'attribution en propriété que si le montant du prêt restant impayé est

¹¹⁹ Arrêt *Deverges v Sandeman, Clark & Co* [1902] 1 Ch 579.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Article s. 104 (1) de la *Law of Property Act 1925* vise expressément ceci lorsque la mise en vente est effectuée dans les conditions prévues par ce texte.

¹²² Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 8.106 et seq.

supérieur à la valeur du bien grevé. L'emprunteur a souvent six mois pour faire échec à l'exercice de ce droit en payant le prêt, avant que la décision temporaire d'attribution en propriété ne devienne absolue et n'ait force de la chose jugée¹²³.

L'inconvénient de l'attribution judiciaire en propriété consiste à ce que le créancier garanti ne peut pas récupérer la différence entre le prix de vente du bien et le montant de l'obligation garantie. En effet, après la mise en œuvre de l'attribution judiciaire en propriété, s'il souhaite poursuivre le débiteur constituant en paiement du montant total de l'obligation garantie, il doit rouvrir l'attribution judiciaire en propriété¹²⁴. S'il n'est pas à même de permettre au constituant d'exercer son droit à la restitution par rachat, par exemple en mettant le bien en vente, il ne pourra plus poursuivre le constituant pour la différence¹²⁵. En pratique, les banques recourent très rarement à ce mécanisme dans la mesure où elles n'ont pas l'intention de s'approprier les biens grevés.

Il est à noter que cette modalité de mise en œuvre d'une sûreté s'applique seulement aux *legal mortgages* ou aux *equitable mortgages* (lorsque celles-ci contiennent une convention de créer une *legal mortgage*) grevant un terrain, des biens meubles corporels ou des parts sociales ou actions.

80. Sûretés éligibles L'attribution judiciaire en propriété est la plus fréquente dans le cadre des *mortgages* grevant des biens fonciers bien que le principe s'applique également aux *mortgages* sur les biens meubles corporels et sur les parts sociales¹²⁶. Elle peut être utilisée dans le cadre d'une *mortgage* en équité qui contient une convention de créer une *legal mortgage*¹²⁷. Par contre, dans la mesure où le créancier garanti n'a recours à l'attribution judiciaire en propriété que s'il est titulaire d'un titre juridique de droit (*legal title*) sur le bien ou du droit d'obtenir celui-ci, cette méthode de réalisation n'est pas disponible pour le bénéficiaire d'une *charge* ou le créancier gagiste.

¹²³ Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, 5th edn, 2011, para.11.3.

¹²⁴ Le Tribunal peut décider à sa discrétion rouvrir l'attribution judiciaire en propriété si, dans les cas exceptionnels, il apparaît que le constituant d'une *mortgage* a droit à une certaine compensation (arrêt *Campbell v Holyland* (1877) 7 Ch D 166 at 172-174).

¹²⁵ Arrêt *Lockhart v Hardy* [1846] 9 Beav 349.

¹²⁶ Arrêt *General Credit and Discount Company v Glegg* [1883] 22 Ch D 549.

¹²⁷ Arrêts *Cox v Toole* [1855] ; *James v James* [1973].

D. Appropriation

81. Consécration R L'appropriation¹²⁸ de l'argent liquide et des instruments financiers affectés en garantie de l'obligation garantie a été introduite en droit anglais par les *Financial Collateral Arrangements (No) 2 Regulations 2003*¹²⁹ prises en application de la Directive n° 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. Le bénéficiaire de la garantie financière doit évaluer le bien mis en garanti en conformité avec les termes du contrat de garantie financière et dans tous les cas d'une manière commercialement raisonnable et restituer au constituant tout excédent éventuel.

82. Mise en œuvre R La mise en œuvre de cette méthode ne nécessite pas l'intervention du juge. En revanche, pour en bénéficier, le contrat de garantie financière doit conférer au créancier garanti le droit de s'approprier les biens mis en garantie. Il doit également prévoir la façon dont les biens mis en garantie seront évalués lors de leur appropriation.

E. Désignation d'un *receiver*

83. Modes de désignation R Un *receiver* peut être désigné soit en application des articles *s 109* et *s 101* de la *Law of Property Act 1925*, soit selon une clause contractuelle expresse qui donne au créancier garanti le pouvoir de désigner un *receiver*.

Il est possible de demander au tribunal de désigner un *receiver* si le contrat de sûreté ne contient pas un tel pouvoir en faveur du créancier. En effet, l'article *s 37 (1)* du *Senior Courts Act 1981* confère à la *High Court* le pouvoir de désigner un *receiver* dans tous les cas où il apparaît pour la juridiction d'être juste et convenable de le faire. Pourtant, en pratique, la plupart des *receivers* sont désignés par le créancier en application d'une clause contractuelle lui donnant ce pouvoir pour que le juge n'intervienne pas dans ce procès¹³⁰. Selon l'article *s 101 (1) (iii)* de la *Law of Property Act 1925*, lorsque la *mortgage* ou la *charge* est sous forme d'un *deed*, le créancier a un pouvoir présumé de désigner un *receiver* des revenus du bien grevé en question une fois que la dette garantie devient exigible. L'article *s 109* de ce texte

¹²⁸ L'*appropriation* est comparable au *pacte commissaire* en droit français.

¹²⁹ *SI 2003/3226*, modifiées par *SI 2010/2993*.

¹³⁰ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.8.121.

précise ce pouvoir et limite son usage aux hypothèses où le créancier peut mettre en œuvre son droit de vente du bien grevé.

84. Pouvoirs et attributions du *receiver* R Si le *receiver* est désigné par le juge, ses pouvoirs dépendront de la décision portant sa désignation. Normalement, il aura le droit de collecter les revenus issus du bien mis en garantie et de payer le produit net au créancier.

S'il est désigné par le créancier selon les termes du contrat de sûreté, ses pouvoirs sont visés par celui-ci qui lui donne généralement des pouvoirs larges sur le bien grevé. Dans la plupart des cas, le *receiver* est désigné selon une *fixed and floating charge* sur tous les biens présents et futurs d'une société, auquel cas, le *receiver* aura des pouvoirs extensifs de conduire l'activité de la société et de vendre son fonds de commerce.

85. *Administrative receiver* R Un contrat de sûreté sous forme d'un *deed* moderne confère souvent au créancier garanti le pouvoir de désigner un *administrative receiver* ayant pour rôle de conduire l'activité de la société débitrice, de conclure des contrats en son nom, de réaliser ses biens et au bout du compte de disposer de son fonds de commerce. Le contrat prévoit souvent que le *receiver* est l'agent de la société débitrice, qui est seule responsable de ses actes, omissions et rémunération¹³¹. Cependant, l'article *s 72A (1)* du *Insolvency Act 1986* a énoncé l'interdiction de désigner un tel *administrative receiver* en cas d'une *floating charge* sur tous les biens présents et futurs d'une société. Cette interdiction ne s'applique cependant pas à certains types de financement, par exemple les transactions de financement de projet ou des marchés financiers ou de capitaux.

F. Désignation d'un *administrator*

86. Conditions R L'interdiction de désigner un *administrative receiver* est compensée par la possibilité pour le bénéficiaire d'une *floating charge* admissible sur les biens d'une société de désigner un *administrator*.

Les conditions de désignation d'un *administrator* sont les suivantes :

¹³¹ Une telle disposition n'est plus nécessaire dans la mesure où l'article *s 44 (1)* du *Insolvency Act 1986* prévoit que l'*administrative receiver* est réputé être l'agent de la société à moins et jusqu'à ce qu'il tombe en liquidation.

- Le créancier bénéficie des sûretés sur l'ensemble ou presque des biens d'une société ;
- Ces sûretés comprennent une *floating charge* ; et
- La *floating charge* prévoit le pouvoir de désigner un *administrator* ou un *administrative receiver*¹³².

Le créancier peut saisir le tribunal aux fins de désigner un *administrator* (*Insolvency Act 1986, Sch B1, paras 10-13*) bien que cette hypothèse demeure relativement rare en pratique.

87. Procédure de désignation R La désignation d'un *receiver* s'effectue selon les termes du contrat de sûreté. En général, la seule exigence est l'envoi d'une notification écrite à la société débitrice. En revanche, la possibilité de désigner un *administrator* est visée par l'*Insolvency Act 1986* et la procédure de désignation d'un *administrator* est prévue par ce texte et non par le contrat de sûreté.

Cette procédure est contenue à l'alinéa 18 de l'annexe *Sch B1* de l'*Insolvency Act 1986* :

- Le créancier doit remplir certains documents auprès du tribunal, incluant une déclaration que la *charge* est valable et peut être réalisée ;
- L'*administrator* ainsi désigné doit confirmer qu'à sa connaissance, l'objectif de l'*administration* peut être raisonnablement atteint ;
- Lorsqu'il y a un créancier antérieur bénéficiant d'une *floating charge*, un délai de notification doit être accordé à cette personne à moins que son consentement ne soit obtenu¹³³.
- En cas de saisie du juge aux fins de désignation d'un *administrator*, la procédure est plus complexe¹³⁴.

88. Pouvoirs R Les pouvoirs de l'*administrator* sont précisés aux alinéas 3-5 de l'annexe *Sch B1* de l'*Insolvency Act 1986*. Ainsi l'*administrator* a trois niveaux d'attributions. Initialement, son rôle est de sauvegarder la société en tant qu'entité sociale dans l'intérêt de tous ses créanciers. S'il ne peut pas le faire, son rôle est d'atteindre un meilleur résultat que la liquidation, ce qui signifie en pratique qu'il

¹³² *Insolvency Act 1986, Sch B1, para.14.*

¹³³ *Insolvency Act 1986, Sch B1, para.15.*

¹³⁴ *Insolvency Act 1986, Sch B1, para.10-13.*

continue (la partie la plus profitable de) l'activité de la société et vend la société en activité pour le compte des créanciers ayant un droit au produit de la vente. Enfin, même si ceci ne peut pas être atteint, son rôle est de vendre les biens de manière séparée en vue d'en obtenir le prix le plus élevé pour le compte de ces créanciers.

L'*administrator* contrôle alors les biens de la société pour le compte du créancier garanti.

§ II : INCIDENCE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

89. Panorama R En principe, les procédures collectives du constituant n'affectent pas la validité, ni la mise en œuvre des sûretés. Cependant, il existe certaines exceptions à ce principe. La première concerne les transactions conclues pendant la période suspecte. La deuxième est la suspension de la mise en œuvre des sûretés dans la procédure d'*administration* et enfin c'est la primauté de certaines catégories de créanciers sur le bénéficiaire d'une *floating charge*.

90. Procédures collectives R La liquidation existe depuis la promulgation du premier *Companies Act* en 1862. Son but est de fermer l'activité de la société, de vendre ses actifs et de payer le produit net aux créanciers en proportion de leurs créances.

L'*Insolvency Act 1986* a introduit une nouvelle forme de procédure collective R l'*administration*. Le but primaire de l'*administration* est de sauvegarder la société et son activité. Ce but peut être atteint par le retour de la société à la solvabilité (ce qui est rare) ou par la vente de l'activité (ou la partie la profitable de l'activité) de la société. Dans les deux cas, les créanciers obtiendront plus que ce qu'ils auraient obtenu en liquidation, et l'activité de la société sera préservée pour le bénéfice des parties concernées, y compris ses employés.

En plus de ces procédures collectives, la société débitrice peut essayer d'atteindre une convention avec ses créanciers qui lui permettra de continuer son activité. Une telle convention peut être, *entre autre*, un *scheme of arrangement* visé par l'article s 895 (Part 26) du *Companies Act 2006* ou un *company voluntary arrangement* visé par la Part I de l'*Insolvency Act 1986*¹³⁵.

¹³⁵ Pour une liste exhaustive de ces conventions, v. Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, 4th edn, 2011, paras. 1-43 *and seq.*

91. Transactions engagées pendant la période suspecte R Lorsque le débiteur est une société, certaines transactions qu'il engage pendant la période suspecte¹³⁶ précédant l'ouverture des procédures collectives (*administration* ou liquidation) peuvent être déclarées nulles si elles constituent des transactions sous-évaluées (transactions at undervalue) (s 238), des traitements préférentiels annulables (voidable preferences) (s 239) ou des transactions en fraude des droits des créanciers (transactions defrauding creditors) (ss 423-425). Par ailleurs, si une *floating charge* est consentie pendant la période suspecte en garantie d'une dette existante, elle sera frappée de nullité (s 245).

Ces restrictions n'affectent pas vraiment les droits des créanciers garantis. En effet, si un débiteur consentit une sûreté sur ses biens pour garantir ses propres obligations, cette sûreté ne sera pas considérée comme une transaction sous-évaluée dans la mesure où la création de la sûreté n'entraîne pas la perte de la valeur de ses actifs¹³⁷. De plus, la *floating charge* sera valable si elle garanti un crédit qui sera octroyé au débiteur après la création de la sûreté. Enfin, un traitement préférentiel implique que le débiteur préfère subjectivement un créancier en le mettant dans une meilleure position que d'autres créanciers. Or, ceci est rarement le cas lorsqu'il n'y pas de liens entre le débiteur et le créancier. En revanche, le cautionnement et les sûretés pour autrui peuvent être affectés par la règle relative aux transactions sous-évaluées dans la mesure où dans la plupart de cas, les garants n'obtiennent pas un bénéfice monétaire en contrepartie de l'octroi des garanties¹³⁸.

92. Suspension de la mise en œuvre des sûretés R La restriction est contenue à l'alinéa 43 de l'annexe *Sch B1* de l'*Insolvency Act 1986*¹³⁹. Ainsi, durant l'*administration*, il est interdit à un créancier garanti d'entreprendre toute démarche pour réaliser sa sûreté à moins qu'il obtienne l'accord préalable du juge ou de l'*administrator*.

¹³⁶ Cette période suspecte est entre 6 mois et 2 ans en cas d'une société.

¹³⁷ Arrêt *Re MC Bacon* [1990] BCLC 324: ce que le constituant perd en consentant la sûreté est sa capacité d'affecter le produit du bien à une autre fin que la satisfaction de l'obligation garantie.

¹³⁸ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 9.23 *et seq.*

¹³⁹ "43.

(1) *This paragraph applies to a company in administration.*

(2) *No step may be taken to enforce security over the company's property except—*

(a) *with the consent of the administrator, or*

(b) *with the permission of the court.*

(3) *No step may be taken to repossess goods in the company's possession under a hire-purchase agreement except—*

(a) *with the consent of the administrator, or*

(b) *with the permission of the court.*

..."

Cette interdiction vise tous types de sûretés dont bénéficie un créancier, qu'elles soient consenties par le débiteur ou qu'elles soient nées par l'effet de la loi.

De plus, certaines entreprises de petite taille peuvent bénéficier de la suspension de la réalisation des sûretés si elles proposent de conclure un *voluntary arrangement* (Annexe Sch A1 de l'*Insolvency Act 1986*). La nature de la suspension est presque la même en cas d'*administration*.

93. Priorité faible des *floating charges* R Le droit des procédures collectives a affaibli la priorité des bénéficiaires des *floating charges*. En effet, les droits de ceux-ci sont primés par certains créanciers privilégiés. De plus, les coûts engagés par la liquidation doivent être payés en priorité sur le produit de la réalisation d'une *floating charge*. Enfin, une partie de ce produit doit être réservée aux créanciers chirographaires¹⁴⁰.

SECTION IV : PRIORITÉ DES CRÉANCIERS

94. Créanciers saisissants R Étant un créancier chirographaire, le créancier bénéficiaire de l'exécution d'une décision de justice par le constituant peut pratiquer la saisie des biens du débiteur. Mais si ces biens ont été affectés en garantie avant la saisie, le droit du créancier saisissant est primé par celui des créanciers garantis¹⁴¹. Si la sûreté est une *floating charge*, le créancier saisissant aura priorité seulement s'il achève l'exécution de la décision de justice avant la *crystallisation* de la *floating charge*¹⁴².

95. Convention de subordination R Ainsi qu'il sera exposé, les règles de priorité sont relativement compliquées et dépendent souvent des questions de fait (par exemple la présence ou non de la notification). C'est pourquoi, en pratique, un créancier garanti qui sait qu'un autre créancier a obtenu ou obtiendra une sûreté sur le même bien signera probablement une convention de subordination (priority agreement) avec ce créancier. Cette convention de subordination permettra alors de déterminer avec certitude qui aura priorité et dans quelle mesure cette priorité sera mise en œuvre.

¹⁴⁰ V. *infra*, n° 384.

¹⁴¹ Arrêt *United Bank of Kuwait v Sahib* [1997] Ch 107 at 119.

¹⁴² Arrêt *Evans v Rival Granite Quarries* [1910] 2 KB 979.

Il existe des règles de priorité basées sur la nature des biens grevés (§ I) qui sont cependant soumises à des exceptions (§ II).

§ I : DÉTERMINATION DE LA PRIORITÉ EN FONCTION DE LA NATURE DES BIENS GREVÉS

96. Panorama R La détermination de la priorité est relativement simple en cas de sûretés grevant les biens fonciers, les navires et les avions ayant été enregistrés dans la mesure où les sûretés enregistrées ont priorité selon leur date d'inscription et priment généralement sur celles non-enregistrées sous réserve de quelques exceptions (A). La position est plus compliquée en cas de parts sociales (shares) et de biens meubles corporels autres que les navires et les avions ayant été enregistrés (B). Enfin, il existe des règles spécifiques s'agissant de droits contractuels (contract rights) et de créances ainsi que de droits de propriété intellectuelle (C).

A. Biens fonciers enregistrés, navires et avions

97. Biens fonciers enregistrés R Le principe est énoncé par le *Land Registration Act 2002*¹⁴³ : une fois qu'une *legal mortgage* sur un bien foncier enregistré est enregistré auprès du registre foncier (land registry), elle aura priorité sur tous droits ultérieurement enregistrés sur le bien foncier (à titre de vente ou de garantie) et sur tous droits non-enregistrés sur le bien foncier (à titre de vente ou de garantie), créés avant ou après la *legal mortgage* à l'exception de quelques droits acquis sans la nécessité d'enregistrement (comme les baux de courte durée ou les droits des personnes en occupation effective du terrain).

Après la conclusion d'une transaction sur un bien foncier non-enregistré, souvent le premier enregistrement du titre de propriété sur ce bien foncier sera effectué. Il existe des dispositions applicables aux *mortgages* ayant pour assiette des biens fonciers non-enregistrés mais celles-ci sont moins sophistiquées que les règles applicables aux biens fonciers enregistrés¹⁴⁴.

98. Navires R La propriété des navires britanniques peut être enregistrée auprès du Registre des Navires Britanniques (*British Ship Register*) et les *mortgages* sur les navires enregistrés peuvent être également enregistrés auprès de ce registre s'ils sont

¹⁴³ *Ss 28-30 and 48 and Sch 3.*

¹⁴⁴ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.7.267.

sous le formulaire préétabli (*Merchant Shipping Act 1995*, Sch 1, para 7(2)). La date d'enregistrement de la *mortgage* sur le navire ou une portion détenue dans la propriété du navire détermine sa priorité sur les autres *mortgages* ou *charges* qu'elles soient enregistrées ou non (alinéa 8 de l'annexe *Sch 1* du *Merchant Shipping Act 1995*).

Si le navire en question n'est pas enregistré, la priorité est déterminée selon les principes applicables aux sûretés sur les biens meubles corporels¹⁴⁵ que nous présenterons plus tard.

Enfin les *mortgages* sur les navires sont primés par les droits de rétention maritimes¹⁴⁶ et les droits de rétention avec dépossession¹⁴⁷.

99. Aéronefs R La date d'enregistrement détermine la priorité entre les *mortgages* d'aéronefs enregistrés et une telle *mortgage* prime sur une *mortgage* ou une *charge* non-enregistrée (*Mortgaging of Aircraft Order 1972*, SI 1972/1268, article *s. 14*).

Cependant, l'enregistrement d'une *mortgage* sur un aéronef ne confère pas au bénéficiaire de la *mortgage* la priorité sur les droits de rétention avec dépossession et les droits de détention d'aéronefs prévus et réglementés par la loi (*Mortgaging of Aircraft Order 1972*, SI 1972/1268, article *s 14(5)*).

B. Parts sociales et actions et biens meubles corporels autres que les navires et les avions

100. Principes R Le principe de priorité de base est qu'une personne qui obtient un *proprietary interest/right*¹⁴⁸ sur un bien aura priorité sur les *proprietary rights* ultérieurs sur ce bien. Ainsi la priorité dépend de la date de création du droit en question (first in time principle, *nemo dat* rule).

Pourtant, ce principe de premier en date est soumis au principe d'acheteur de bonne foi (bona fide purchaser principle)¹⁴⁹ selon lequel une personne qui acquiert un

¹⁴⁵ Arrêt *The Shizelle* [1992] 2 Lloyd's Rep 444.

¹⁴⁶ Arrêt *Harmer v Bell, The Bold Buccleugh* [1852] 7 Moo PCC 267.

¹⁴⁷ Arrêt *Williams v Allsup* [1861] 10 CB (NS) 417.

¹⁴⁸ Certains auteurs recourent toutefois à la notion de *droit réel* (real right), laquelle s'entend simplement d'un droit portant un bien corporel ou incorporel. V. par notamment Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage préc, paras. 1-06 and 107 and 1-17 and seq. Cependant, l'expression « *proprietary right* » relève d'un usage moderne.

¹⁴⁹ Arrêt *Pilcher v Rawlins* [1872] LR 7 Ch App 259.

proprietary right légal sur un bien en fournissant une *valuable consideration* sans obtenir notification d'un droit en équité (*equitable interest*) antérieur a priorité sur ce dernier, peu importe que cette personne soit un acheteur ou le titulaire d'une sûreté.

Consideration est un concept inconnu en tant que tel¹⁵⁰ dans les systèmes de tradition civiliste et signifie un acte ou une abstention attendue par le promettant (*promisor*) en contrepartie du prix de son propre engagement envers son co-contractant¹⁵¹. L'expression *for value* (par exemple dans « l'acheteur *for value* ») se réfère à une *valuable consideration*. Il n'est pas nécessaire que celle-ci corresponde à la valeur de la contrepartie de l'autre partie, ni de l'exprimer en valeur monétaire dans l'acte d'engagement. Pour être valable, il suffit que la contrepartie existe aux yeux du promettant au travers d'un engagement de son co-contractant. En ce sens l'existence d'une *valuable consideration* s'apprécie au cas par cas, et de manière objective.

Par ailleurs, le principe de premier en date n'a pas vocation à s'appliquer dans les cas où il n'est pas équitable pour une personne de bénéficier de la priorité que la loi devrait normalement lui accorder¹⁵². Notamment, lorsque le bénéficiaire du droit ultérieur a obtenu notification de l'existence du droit antérieur lors de l'acquisition de son droit et lorsque le comportement de cette personne a permis au constituant de persuader l'autre créancier que le bien mis en garantie ne faisait l'objet d'aucune sûreté (en cas de fraude ou de faute)¹⁵³.

Enfin, il est à noter qu'un droit de rétention avec dépossession prime en général sur une *mortgage* ou une *charge*.

101. Liens entre notification et enregistrement R Si les *charges* sur les biens meubles corporels peuvent être enregistrées, le bénéficiaire d'une sûreté ultérieure devrait consulter le registre dans la mesure où l'enregistrement vaudrait notification pour ceux qui sont raisonnablement tenus de consulter le registre¹⁵⁴.

En raison de l'enregistrement des sûretés, le principe de l'acheteur de bonne foi ne présente qu'un faible intérêt en pratique.

¹⁵⁰ Cette approche est un peu similaire à l'appréciation de l'existence de cause par le droit français des obligations (et à la différence de la licéité de la cause qui est quant à elle subjective).

¹⁵¹ V. McKendrick (E.) (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, pp. 73 et 74.

¹⁵² Dans ces situations, «*equities are not equal*» (arrêt *Bailey v Barnes* [1894] Ch 25).

¹⁵³ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 7.110 *et seq.*

¹⁵⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.2-29.

C. Biens incorporels autres que les parts sociales

102. Droits contractuels et créances R Si la sûreté a pour assiette un droit né d'un contrat ou une créance monétaire, la règle de priorité est la règle de *Dearle v Hall*¹⁵⁵ selon laquelle la personne qui notifie en premier lieu au débiteur cédé ou au *trustee* aura priorité sur les créanciers ultérieurs. Cependant, cette personne n'a plus cette priorité s'il a reçu notification d'un droit antérieur sur le bien au moment d'acquisition de son droit.

Si le constituant est une société, les sûretés grevant ce type de biens sont en général enregistrables et l'enregistrement vaudrait notification¹⁵⁶.

103. Droits de propriété intellectuelle R Certains droits de propriété intellectuelle sont enregistrables. Lorsqu'une sûreté grève par exemple un brevet d'invention, une *mortgage* ou une *charge* enregistrée aura priorité sur une *mortgage* ou une *charge* non enregistrée à moins que le bénéficiaire de la *mortgage* ou *charge* enregistrée n'ait pris connaissance de la sûreté antérieure (*Patents Act 1977, s 33*). De même une *mortgage* ou *charge* sur une marque enregistrée est inopposable à une personne acquérant un droit concurrent sur cette marque en méconnaissance de la *mortgage* ou *charge* jusqu'à ce que le dossier de demande d'enregistrement de celle-ci ait été déposé (*Trade Marks Act 1994, s 25*).

§ II : EXCEPTIONS

104. Financement du prix d'acquisition R Lors qu'un créancier finance l'acquisition d'un nouveau bien par le constituant, la sûreté sur ce bien dont il bénéficie (*purchase money security interest*) prime sur une *charge* antérieure grevant l'ensemble des biens présents et futurs du constituant. En effet, l'acquisition du bien grevé et la sûreté consentie au profit du créancier finançant l'acquisition constituent une seule transaction et que le constituant ne peut affecter en garantie au profit du bénéficiaire de la *charge* que son droit à la restitution par rachat¹⁵⁷. En pratique, dans la plupart des cas, le créancier ultérieur devrait consulter le registre des *charges* créées par les sociétés et aurait donc notification de la sûreté antérieure. En

¹⁵⁵ Arrêts *Dearle v Hall* et *Loveridge v Cooper* [1823, 1827, 1828] 3 Russ 1. V également *infra*, n°725 et s.

¹⁵⁶ V. *infra*, n°731.

¹⁵⁷ Arrêt *Abbey National Building Society v Cann* [1991] AC 56.

conséquence, le principe ainsi posé ne présente pas vraiment d'intérêt et le créancier ultérieur conclut en général une convention de subordination avec le bénéficiaire de la *floating charge*.

105. Garantie de la mise à disposition des fonds additionnels R Il résulte de l'arrêt *Hopkinson v Rolt*¹⁵⁸ qu'un banquier dispensateur de crédit ne peut bénéficier de sa sûreté que dans la limite du crédit mis à disposition par lui avant qu'il reçoive notification de la création d'une autre sûreté sur le bien grevé. En revanche, ayant reçu cette notification, il ne devrait pas mettre à disposition du constituant de fonds additionnels à moins qu'il ne signe avec le bénéficiaire de la seconde sûreté une convention de subordination lui permettant de préserver sa priorité (tacking further advances). Cependant, ce principe est modifié par l'intervention législative en cas de biens fonciers. Ainsi, si le créancier a l'obligation de mettre à disposition du constituant des fonds additionnels, la première *charge* aura priorité sur la seconde, même si le premier créancier garanti a reçu notification de la seconde sûreté lorsque cette obligation est notée dans le registre foncier en cas de biens fonciers enregistrés (*Land Registration Act 2002, s 49(3)*) ou est imposée par l'acte de sûreté en cas de biens fonciers non-enregistrés (*Law of Property Act 1925, s 94 (1) (c)*). Par ailleurs, en cas de biens fonciers enregistrés, si le constituant et le bénéficiaire de la première *charge* ont convenu d'un montant maximum en garantie duquel la sûreté est consentie et que ce montant soit porté sur le registre foncier, le bénéficiaire de la première *charge* peut mettre à disposition des fonds à concurrence de ce montant maximum en priorité d'une *charge* ultérieure même s'il a reçu notification de cette dernière à la date de mise à disposition des fonds additionnels (*Land Registration Act 2002, s 49 (4)*).

106. Floating charges R Le conflit opposant un créancier bénéficiaire d'une *floating charge* grevant l'ensemble des biens du constituant et un créancier bénéficiaire d'une *fixed charge* ultérieure grevant l'un des biens du constituant se résout en faveur du second créancier¹⁵⁹ à moins que celui-ci n'ait reçu notification de l'interdiction de créer une telle sûreté contenue dans la *floating charge* à la date de conclusion de la *fixed charge*¹⁶⁰ ou de la *crystallisation* de la *floating charge*¹⁶¹.

¹⁵⁸ [1861] 9 HL Cas 514.

¹⁵⁹ Arrêt *Re Hamiltan's Windsor Ironworks, ex parte Pitman & Edwards* [1879] 12 Ch D 707.

¹⁶⁰ Arrêt *Re Castell & Brown* [1898] 1 Ch 315.

¹⁶¹ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.7.248.

Par ailleurs, le constituant n'a pas le droit de consentir une seconde *floating charge* grevant en substance les mêmes biens¹⁶². Par contre, si la seconde *floating charge* a pour assiette une partie des biens grevés par la première *floating charge*, elle aura priorité sur cette dernière dans la mesure où en l'absence d'une interdiction expresse, le constituant peut consentir une telle *floating charge* en priorité de la *floating charge* antérieure¹⁶³.

107. CONCLUSION DU CHAPITRE I R Les sûretés en droit anglais sont variées et sont basées à la fois sur le transfert et le non-transfert de la propriété des biens. La *floating charge* demeure une sûreté universelle dans la mesure où elle permet de mettre en garantie l'ensemble des biens présents et futurs d'une entreprise. Par ailleurs, l'enregistrement des sûretés est important en cas de sûretés consenties par les sociétés mais il ne permet de déterminer la priorité que dans certains cas. La notification joue un rôle important dans la détermination de la priorité. Enfin, les méthodes de réalisation des sûretés sont en général déterminées par les parties.

¹⁶² Arrêt *Re Benjamin Cope & Sons* [1914] 1 Ch 800.

¹⁶³ Arrêt *Re Automatic Bottle Makers* [1926] 1 Ch 412.

CHAPITRE II : DROIT VIETNAMIEN

108. Sources du droit **R** Les sûretés sont traitées par le Code civil dans les dispositions générales relatives aux obligations civiles. Elles sont ainsi constituées afin de garantir l'exécution de celles-ci. Les dispositions applicables du Code civil (articles 318 - 373) sont détaillées par le décret n°163/2006/ND-CP du Gouvernement en date du 29 Décembre 2006 sur les sûretés, modifié par le décret n° 11/2012/ND-CP du 22 février 2012 (Décret 163) pour ce qui est du régime des sûretés et par le Décret n° 83/2010/ND-CP du Gouvernement en date du 23 juillet 2010 sur l'inscription des transactions de sûreté, modifié par le décret n° 05/2012/ND-CP du 2 février 2012 (Décret 83) et la circulaire n° 05/2011/TT-BTP du Ministère de la Justice en date du 16 février 2011 guidant certaines questions relatives à l'inscription des sûretés, des contrats et des avis de saisie aux fins d'exécution des décisions de justice et à la fourniture des informations concernant ceux-ci au Centre d'inscription des transactions et des biens relevant de la Direction d'inscription nationale des sûretés du Ministère de la Justice¹⁶⁴ (Circulaire 05) en ce qui concerne leur inscription. Certaines sûretés spéciales (cautionnements bancaires, gage des titres de valeur, hypothèque du droit d'usage du sol, etc.) sont visées par les réglementations spécifiques¹⁶⁵.

109. Les sûretés **R** Le droit positif établit une distinction entre les mesures de sûretés et les transactions de sûretés. Ainsi, constituent des mesures de sûreté le gage, l'hypothèque, le versement d'arrhes, le dépôt de garantie pour garantir l'obligation de restituer la chose louée, la consignation bancaire, le cautionnement et la garantie par prestige des organisations sociopolitiques (article 318.1 du Code civil) tandis qu'une transaction de sûreté est civilement convenue par les parties ou prévue par la loi sur la réalisation de l'une des mesures de sûreté (article 323.1 du Code civil). Toutefois, cette distinction ne présenterait aucun intérêt pratique car le Code civil, chaque fois qu'il définit une mesure de sûreté, démontre qu'une mesure de sûreté fait intervenir les parties contractantes ; autrement dit une mesure de sûreté constitue un contrat (ou

¹⁶⁴ Le centre d'inscription des transactions et des biens relevant de la Direction d'inscription nationale des sûretés du Ministère de la Justice (CITB) est compétent pour enregistrer les sûretés sur les biens mobiliers. Les registres spéciaux sont tenus par les offices d'inscription du droit d'usage du sol des provinces pour l'inscription des hypothèques du droit d'usage du sol et des biens rattachés au sol, par la Direction de l'Aviation du Vietnam pour l'inscription des gages et hypothèques portant sur les aéronefs et par la Direction Maritime du Vietnam pour l'hypothèque des navires.

¹⁶⁵ Au Vietnam, actuellement, la jurisprudence n'est pas encore publiée et ne constitue pas une source du droit. Certains auteurs collectent des arrêts et les commentent dans des recueils spéciaux.

une transaction), la notion de transaction de sûreté n'étant qu'une pure et simple traduction du concept de *secured transaction* de droit américain¹⁶⁶.

Le droit de rétention est certes reconnu en droit vietnamien mais comme étant une sanction du non-respect des obligations contractuelles (art. 416 du Code civil et articles 149 et 239 de la loi commerciale n°36/2005/QH11 du 14 juin 2005).

110. Division **R** Les notions de sûreté réelle et de sûreté personnelle n'existent pas en droit vietnamien¹⁶⁷. Certains auteurs tentent une division des sûretés en sûretés grevant un bien (le gage, l'hypothèque, le versement d'arrhes, le dépôt de garantie et la consignation bancaire) et sûretés basées sur un engagement personnel de faire (cautionnement et garantie par prestige des organisations sociopolitiques)¹⁶⁸. Ni la fiducie-sûreté, ni la cession de créances à titre de garantie n'est, jusqu'à présent, consacrée par la loi.

111. Biens susceptibles de constituer l'assiette d'une sûreté conventionnelle **R** Le droit positif vietnamien reconnaît quatre types de biens : les choses corporelles, la monnaie, les titres de valeur et les droits patrimoniaux¹⁶⁹. Selon l'article 322 du Code civil, les droits patrimoniaux couvrent :

- les droits dont une personne a la propriété comme les droits d'auteur ayant une valeur pécuniaire, les droits de propriété industrielle, les droits sur les obtentions végétales, les créances, le droit à obtenir une indemnité d'assurance sur un bien engagé dans le cadre d'une sûreté, les apports en société et les droits nés des contrats ; et
- le droit d'usage d'un terrain et le droit d'exploitation des ressources naturelles dont le titulaire n'a pas la propriété sur le (s) bien(s)¹⁷⁰ (articles 181 et 322 du Code civil). En essence, les droits patrimoniaux vietnamiens correspondent aux biens incorporels. Par ailleurs, les choses corporelles grevées doivent appartenir aux constituants et être dans le commerce (article 320.1 du Code civil).

¹⁶⁶ D'une apparition récente, le droit vietnamien des sûretés s'inspire des principes de droits étrangers : il a été certes fortement influencé par le droit français mais aussi le droit anglo-saxon et le droit japonais. L'ouverture à d'autres systèmes juridiques caractérise le processus d'élaboration des textes vietnamiens.

¹⁶⁷ Le droit vietnamien ne divise pas le patrimoine en droits personnels et droit réels.

¹⁶⁸ Le Thi Thu Thuy et *alii*, *Les sûretés du crédit grevant les biens*, Maison d'édition de la Justice, 2006.

¹⁶⁹ Article 163 du Code civil.

¹⁷⁰ Les terrains et les ressources naturelles appartiennent au Peuple vietnamien dans son entier (article 53 de la Constitution de 2013).

112. Inscription R Seules les sûretés grevant un bien sont soumises à l’inscription (article 1 du Décret 83). Une sûreté sera opposable aux tiers à partir de la date de son inscription (article 323.3 du Code civil and article 11.1 du décret 163). L’inscription devient une condition de validité de la sûreté dans les cas expressément visés par la loi¹⁷¹. Si un bien est grevé de plusieurs sûretés, le droit de préférence est déterminé en fonction de l’ordre des dates d’inscription et à défaut d’inscription selon l’ordre des dates de constitution (article 325 du Code civil).

Nous examinerons successivement le cautionnement (section I), le gage (section II), l’hypothèque (section III) et enfin les autres mesures de sûreté (section IV).

SECTION I RLE CAUTIONNEMENT

113. Définition R Aux termes de l’article 361 du Code civil, « *le cautionnement est le fait pour un tiers – la caution – de s’engager envers un créancier à exécuter une obligation à la place du débiteur principal, si, à l’échéance, celui-ci n’exécute pas son obligation ou l’exécute de manière incorrecte. Les parties peuvent également convenir que la caution n’est tenue de remplir l’obligation garantie que si le débiteur principal est dans l’incapacité de l’exécuter* ».

Ainsi, le cautionnement confère à un créancier le droit de réclamer le paiement de sa créance à une partie autre que le débiteur principal. La caution devra exécuter l’obligation garantie à la défaillance du débiteur principal sans pouvoir invoquer le bénéfice de discussion sauf convention contraire.

D’une manière générale, l’institution de cautionnement est particulièrement protectrice du créancier *in bonis* ou en procédure collective (§ 2). Par ailleurs, le droit positif demeure silencieux sur certains aspects pourtant importants de la sûreté, notamment ceux liés à sa constitution (§ 1).

§ 1. CONSTITUTION

114. Forme de l’engagement de la caution R L’article 362 du Code civil impose une seule exigence de forme : le cautionnement doit être exprimé par écrit. La

¹⁷¹ Cette liste est énoncé par l’article 3.1 (a) du Décret 83 et inclut l’hypothèque du droit d’usage d’un terrain, l’hypothèque portant sur une plantation industrielle, l’hypothèque ou le gage d’un aéronef et l’hypothèque d’un bateau de mer. La liste n’est pas limitative car cet article prévoit également d’une manière ouverte que d’autres hypothèques seront soumises à l’inscription si la loi en dispose ainsi. Pour le moment, aucun autre texte ne complète cette liste. Le législateur a en effet recours à une sorte de technique d’anticipation.

circulaire n°28/2012/TT-NHNN de la Banque d'Etat du Vietnam en date du 3 octobre 2012 portant cautionnements bancaires (Circulaire 28) prévoit que l'engagement de cautionnement peut être une lettre de cautionnement, un contrat de cautionnement, ou une autre forme d'écrit. En règle générale, quelle que soit la forme de l'écrit (lettre de cautionnement, contrat de cautionnement, décision de cautionnement¹⁷², etc.), l'engagement de la caution demeure toujours un contrat et non un acte unilatéral car il résulte de l'échange des consentements entre la caution et le créancier garanti et éventuellement le débiteur principal¹⁷³ qui deviennent les parties à la relation contractuelle de cautionnement. L'engagement de la caution revêt alors la forme d'un contrat unilatéral car seule la caution est débitrice de l'obligation garantie¹⁷⁴.

115. Nature **Ř** Le cautionnement semble avoir été conçu en faveur des seuls créanciers garantis ! En effet, en vertu de l'article 361 du Code civil, si l'obligation garantie devient exigible et que le débiteur principal ne l'exécute pas ou l'exécute de manière incorrecte, le créancier garanti peut appeler immédiatement la caution en garantie à moins que les parties n'aient convenu du bénéfice de discussion. Ceci signifie qu'en absence d'un tel accord, à la défaillance du débiteur principal, la caution doit exécuter l'obligation cautionnée à la place du débiteur principal sans pouvoir exiger du créancier qu'il rapporte la preuve de l'insolvabilité du débiteur principal.

116. Position jurisprudentielle **Ř** La jurisprudence ne semble pas appliquer strictement le principe posé par l'article 361 du Code civil. En effet, il a été jugé que même en l'absence d'une convention sur le bénéfice de discussion, la caution ne sera appelée que si la preuve de l'insolvabilité du débiteur principal est rapportée¹⁷⁵. Cette approche plus favorable à la caution devrait être retenue lors de la prochaine réforme du droit des sûretés.

117. Garantie de l'obligation de la caution **Ř** La caution peut gager ou hypothéquer son bien en garantie de son engagement de cautionnement (article 44 du Décret 163).

¹⁷² Les entreprises publiques qui ont en même temps un statut d'organe du Gouvernement comme la Télévision du Vietnam ou la Radio du Vietnam émettent souvent leur cautionnement sous forme d'une décision de cautionnement.

¹⁷³ Généralement, la caution, le créancier bénéficiaire du cautionnement et le débiteur principal ont eu des échanges et ont entamé des négociations avant que les parties ne parviennent à une solution de cautionnement.

¹⁷⁴ Aux termes de l'article 406.2, « un contrat unilatéral est celui dans lequel une seule partie s'oblige ».

¹⁷⁵ Arrêt n° 503/2009/DS-GDT du 19 octobre 2009, arrêt n°376/2011/DS-GDT du 20 mai 2011 et arrêt n°01/2010/DS-GDT du 6 janvier 2010 de la Chambre civile de la Cour Populaire Suprême, obs., Do Van Dai *in Droit des obligations civiles et des sûretés- commentaires d'arrêts*, Maison d'Édition de la Politique Nationale, 2012, tome 2, p. 485.

118. Cautionnement conjoint R L'exécution d'une obligation civile peut être garantie par plusieurs cautions. Un tel cautionnement n'est pas toujours un cautionnement solidaire. En effet, l'article 365 du Code civil distingue deux types de cautionnement conjoint :

- Si les parties conviennent ou si la loi dispose¹⁷⁶ que les cautions garantissent une obligation par fractions indépendantes, le créancier ne peut réclamer à ces cautions que le paiement de leur part respective.
- En absence d'une convention ou d'une disposition de la loi, le cautionnement conjoint devient automatiquement un cautionnement solidaire et le créancier est en droit de réclamer à l'une des cautions le paiement de l'intégralité de l'obligation garantie. La caution qui a payé dispose ensuite d'un recours contre les cofidélusseurs¹⁷⁷.

§ 2 - EFFETS

119. Droit de la caution R Après avoir exécuté l'obligation envers le créancier à la place du débiteur principal, la caution dispose d'un recours contre celui-ci à hauteur du montant qu'il a payé sauf stipulation contraire (art. 367 du Code civil) à condition qu'il notifie au débiteur principal de cette exécution. Si le débiteur principal paie le créancier garanti en méconnaissance d'une telle exécution, la caution ne peut pas exercer de recours contre le débiteur principal mais seulement contre le créancier garanti (art. 45 du Décret 163).

Nous évoquerons l'appel de la caution hors (A) et dans (B) la procédure collective.

A. Mise en œuvre du cautionnement hors procédure collective

120. Survenance d'un événement de défaut R L'article 41 du Décret 163 énumère une liste de trois cas de défaut qui peuvent déclencher l'appel de la caution en garantie : défaillance du débiteur principal à l'échéance de l'obligation, défaillance

¹⁷⁶ L'un des cas où la loi prescrit un cautionnement par fractions indépendantes est celui où une société mère qui est une entreprise étatique se porte caution d'un prêt contracté par une entreprise dans laquelle elle a fait un apport en capital auprès d'une banque (y compris une banque étrangère) ou d'un établissement de crédit. Dans ce cas, le pourcentage cautionné de chaque dette ne doit pas dépasser celui de son apport en capital et le montant total des cautionnements consentis par la société mère doit rester dans la limite du montant de l'apport en capital (article 3.3 de la Circulaire n° 242/2009/TT-BTC du Ministère des Finances en date du 30 décembre 2009 précisant les modalités d'application de certains articles du Règlement de gestion financière des entreprises étatiques et de gestion des deniers publics investis dans les autres entreprises joint au Décret n° 09/2009/ND-CP en date du 5 février 2009 du Gouvernement).

¹⁷⁷ Ce recours contre les cofidélusseurs est un droit et non une obligation de la caution qui a exécuté l'obligation envers le créancier garanti. Autrement dit, la loi n'interdit pas à cette caution d'exercer un recours contre le débiteur principal en remboursement de l'intégralité de la somme versée au créancier garanti.

du débiteur principal à la déchéance du terme et défaillance du débiteur principal insolvable.

121. Défaillance du débiteur principal à l'échéance de l'obligation R Il suffit que le débiteur principal n'exécute pas l'obligation garantie (inexécution) ou l'exécute de manière incorrecte (exécution incorrecte) pour que le créancier garanti puisse réclamer le paiement à la caution. La loi commerciale distingue trois types de violation d'une obligation que sont l'inexécution de l'obligation, l'exécution incomplète de l'obligation et l'exécution incorrecte de l'obligation (article 3.12). En théorie, une exécution qui ne se conforme pas absolument aux stipulations contractuelles constituerait une exécution incorrecte.

122. Opposabilité à la caution de la déchéance du terme et de l'octroi d'une prolongation du terme R L'article 41.2 du Décret 163 prévoit que la caution doit s'exécuter si le débiteur principal devant exécuter l'obligation ne l'a pas exécutée ou l'a exécutée de manière incorrecte. Dans l'esprit du législateur, le créancier peut réclamer le paiement à la caution immédiatement car la déchéance du terme reflète un risque de défaillance du débiteur principal et le cautionnement est là pour "sauver" le créancier. Néanmoins, "*la déchéance du terme traduit seulement une perte de confiance envers le débiteur, non envers la caution*"¹⁷⁸. Il faudrait donc respecter les stipulations initiales prévues dans l'engagement de la caution sauf si celle-ci y a accepté d'exécuter l'obligation à la déchéance du terme.

Inversement, si le créancier accorde au débiteur une extension du délai pour l'exécution de l'obligation, la caution peut-elle en bénéficier? Aucune réponse n'est donnée dans les textes. En principe, le caractère accessoire du cautionnement imposerait que la caution ne puisse pas "en être responsable" avant le débiteur principal. Autrement dit, la prolongation du terme bénéficiera à la caution. Ceci n'exclut pas la possibilité pour la caution de payer le créancier à l'échéance du terme pour éviter une accumulation des sommes à payer. En effet, aux termes de l'article 363 du Code civil, le paiement par la caution porte sur les montants en principal et en intérêts ainsi que les pénalités et les dommages et intérêts compensant le préjudice subi sauf convention contraire. La caution exercera ensuite un recours contre le débiteur principal dans les conditions prévues à l'article 45 du Décret 163.

¹⁷⁸ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^e édition, 2013, n°244.

123. Pluralité de sûretés R Aux termes de l'article 7 du Décret 163, "*lorsque l'exécution d'une obligation civile est garantie par une pluralité de sûretés, le créancier peut, à la défaillance du débiteur, soit désigner une (des) sûreté (s) à mettre en œuvre, soit mettre en œuvre toutes les sûretés, à moins que les parties n'en conviennent autrement*". Ainsi, si en plus du cautionnement, le créancier bénéficie d'autres sûretés (par exemple, un gage ou une hypothèque) grevant les biens du débiteur, il n'a pas l'obligation de les mettre en œuvre, et peut se contenter d'appeler la caution en garantie dans un premier temps¹⁷⁹.

B. Mise en œuvre du cautionnement pendant une procédure collective

124. Obligation de déclaration de la créance R Dans un délai de deux mois à compter de la dernière parution de la décision du Tribunal portant ouverture de la procédure collective à l'encontre du débiteur dans un journal, tout créancier a l'obligation d'adresser au tribunal une déclaration de créances dans laquelle il mentionne le montant de ses créances, avec indication des créances exigibles et non exigibles, des créances garanties et non garanties ainsi que les pièces justificatives valables. Un créancier qui n'a pas déposé sa déclaration pendant ce délai, est réputé avoir renoncé à sa créance (l'article 51 de la Loi n° 21/2004/QH11 sur les procédures collectives en date du 15 juin 2004). Un créancier garanti négligent verra ainsi sa créance éteinte. Cette sanction est particulièrement sévère vis-à-vis de ce créancier et devrait être remise en cause dans la réforme prochaine du droit des procédures collectives. L'engagement de la caution sera irréalisable car son objet R l'obligation garantie R s'est éteint (art. 424.5 et art. 371.1 du Code civil), ce qui signifie que la caution est de plein droit libéré de son obligation.

125. Procédure collective du débiteur principal RL'article 39.3 de la Loi sur les procédures collectives prescrit que si une procédure collective s'ouvre à l'encontre du débiteur principal, ou à celui-ci et à la caution en même temps, la caution doit exécuter l'obligation garantie envers le créancier. La solution vise probablement le cas où l'obligation garantie est devenue exigible. La caution qui a payé à la place du débiteur principal devient un créancier chirographaire et participera ensuite au comité de créanciers (art. 62.3 de la Loi sur les procédures collectives).

¹⁷⁹ Cependant, la jurisprudence a eu l'occasion de juger que la sûreté réelle sur les biens du débiteur en procédure collective doit être réalisée en premier lieu pour payer la dette garantie et que la caution n'est tenue qu'à payer la différence entre le produit de cette réalisation et le montant de la dette garantie (arrêt n° 01/2010/KDTM-GDT du 6 janvier 2010 du Conseil des Juges de la Cour Suprême Populaire).

126. Procédures collectives de la caution R À cet égard, la Loi sur les procédures collectives et le Décret 163 se contredisent. En effet, selon l'article 39.2 de la Loi sur les procédures collectives, si la caution se trouve dans une procédure collective, le débiteur principal est tenu de l'exécution de l'obligation vis-à-vis du créancier bénéficiaire du cautionnement, ce qui signifie que le cautionnement prend fin de plein droit à la date d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la caution tandis que l'article 48.1 du Décret 163 ne vise cette solution que si l'obligation cautionnée n'est pas encore venue à son échéance¹⁸⁰ et prévoit que la caution est tenue au paiement de la dette si celle-ci est déjà devenue exigible et que le débiteur paiera la différence si la caution insolvable n'a pas honoré toute la dette garantie. L'approche du décret 163 n'est pas pertinente dans la mesure où elle alourdit encore la charge financière de la caution en procédure collective.

SECTION II RLE GAGE

127. Aperçu général R Le gage est une sûreté caractérisée par la remise du bien gagé au créancier gagiste. Cette particularité domine les gages de droit commun (§1). La loi semble également reconnaître la remise d'un document représentatif du bien comme étant l'équivalent de la dépossession dans le cadre des gages spéciaux (§ 2).

§ 1. DROIT COMMUN DU GAGE

128. Définition R Aux termes de l'article 326 du Code civil, « *le gage est le fait pour une partie (le constituant) de transférer un bien dont elle a propriété à une autre partie (le créancier gagiste) afin de garantir l'exécution d'une obligation civile* ». Cette définition fait apparaître deux caractères essentiels du gage. Premièrement, il est une sûreté conventionnelle dans la mesure où il est formé sur convention des parties. Deuxièmement, il implique nécessairement la remise du bien au créancier gagiste. Ce faisant, le gage ne pourrait avoir pour assiette qu'un bien corporel susceptible de transfert physique.

A. Constitution

129. Propriété et constituant R Le bien gagé doit appartenir au constituant car le gage pourrait avoir pour conséquence la vente ou la perte de ce bien ; donc le

¹⁸⁰ Alors, le débiteur principal remplacera le cautionnement par d'autres mesures de sûretés, sauf convention contraire.

constituant doit avoir la capacité de l'aliéner. Le gage d'un bien d'autrui est nul. Par ailleurs, il doit être dans le commerce.

Le *constituant* n'est pas nécessairement le débiteur principal. Ce peut être un tiers. En effet, le Décret 163 vise expressément cette hypothèse à son article 57.2.

130. Exigence d'un écrit **R** Aux termes de l'article 327 du Code civil, « *le gage doit être exprimé par écrit, soit dans un acte séparé, soit dans le contrat principal duquel découle l'obligation garantie* ». L'écrit constitue donc une condition de validité du gage. La loi ne dit rien sur sa nature. Il peut être un acte authentique ou un acte sous-seing privé.

131. Remise du bien gagé **R** Le transfert du bien marque le moment de validité du gage (article 328 du Code civil). Il constitue la deuxième condition de validité du gage : sans transfert, pas de gage.

132. Assiette **R** L'exigence de la dépossession entraîne plusieurs conséquences.

D'abord, le gage ne peut porter que sur un bien présent susceptible d'être transféré au créancier. Le gage de bien futur (ex : gage sous réserve de l'acquisition du bien) n'est pas envisageable.

Ensuite, les meubles constituent le type de biens qui satisfait au mieux à ce critère de dépossession. Néanmoins, la loi reconnaît de manière expresse le gage du connaissance de transport, des titres de valeurs et du livret d'épargne (article 19 du Décret 163).

Enfin, l'affectation d'un bien à la garantie de plusieurs créances n'est pas possible si le bien est remis au premier créancier gagiste. La dépossession devient alors un obstacle à une utilisation optimale de la valeur de certains meubles.

Par ailleurs, le gage peut avoir pour assiette un ou plusieurs biens. En cas de pluralité de biens, chaque bien est tenu à la garantie de l'intégralité de l'obligation sauf convention contraire des parties (article 334 du Code civil).

133. Créances garanties et inscription **R** En application de l'article 319.2 du code civil, le gage peut garantir une obligation présente, future ou conditionnelle.

Par ailleurs, comme les autres sûretés portant sur un bien, le gage est opposable aux tiers seulement par l'enregistrement qui en est faite (art. 323.3 du Code civil et art. 11.1 du décret 163). L'approche du législateur n'est pas pertinente dans la mesure où

pour les biens corporels, la possession du bien a certainement pour rôle d'informer tout tiers de l'existence du gage.

B. Effets

1. Droits et obligations du créancier gagiste avant l'échéance de la créance garantie

134. Conservation du bien gagé R Le créancier doit conserver le bien gagé. Il est responsable de sa perte ou de sa détérioration imputable à sa négligence (article 332.1 du Code civil). Inversement, il a droit au remboursement des frais de conservation raisonnablement¹⁸¹ engagés (article 333.4 du Code civil).

Le gage confère au créancier seulement la possession du bien gagé, celui-ci ne peut pas exploiter ses utilités sauf avec le consentement du constituant, ni en disposer (Articles 332.2 and 332.3) car le constituant demeure toujours le propriétaire du bien gagé. Même si une telle exploitation est convenue, le créancier gagiste sera dans l'obligation de l'arrêter sur demande du constituant si celle-ci expose le bien à la perte ou à la dégradation de sa valeur (article 331.1 du Code civil).

Aux termes de l'article 18.1 du Décret 163, le constituant peut obtenir la déchéance du gage et réparation si le créancier gagiste affecte le bien remis en gage pour garantir l'exécution d'une autre obligation ou qu'il procède à la vente, à l'échange, à la donation, à la location ou au prêt de ce bien.

135. Perception des fruits R Aux termes de l'article 332.3 du Code civil, le créancier n'est pas en droit de jouir des fruits R qu'ils soient naturels ou civils R du bien gagé sauf en cas de consentement du constituant. Bien que la loi ne le dise pas de manière expresse, en absence d'une convention particulière, s'il perçoit ces fruits, il devra les imputer sur les intérêts ou sur le principal de la dette.

2. Réalisation du gage

136. Principe R Le bien gagé doit être restitué au constituant en cas d'extinction de l'obligation garantie ou de substitution du gage par une autre sûreté (article 332.4 du Code civil).

¹⁸¹ La notion de caractère raisonnable (par exemple dans le *délai raisonnable*) est largement reconnue en droit vietnamien sans qu'une définition légale ne lui soit donnée. Au juge d'apprécier au cas par cas ce qui peut être qualifié de raisonnable.

Aux termes de l'article 336 du Code civil, en cas d'inexécution ou d'exécution incorrecte par le débiteur principal de l'obligation garantie devenue exigible, le créancier gagiste peut réaliser le bien remis en gage. La réalisation du gage peut être effectuée par les voies conventionnelles préalablement déterminées par les parties ou à défaut d'une telle convention par la mise aux enchères publiques. Le droit de préférence du créancier s'exerce ensuite sur le prix de vente du bien (article 336 du Code civil).

Aux termes de l'article 338 du Code civil « *après déduction faite des frais engagés par la conservation et la vente du bien et de tous autres frais relatifs à la réalisation de la sûreté, le reste du produit de la vente est affecté au paiement de l'obligation garantie; si l'obligation garantie est une dette pécuniaire, le paiement concerne successivement le principal, les intérêts, les pénalités éventuelles et enfin les dommages-intérêts éventuels; le montant restant après tous les paiements susmentionnés est restitué au constituant du gage ; par contre, le montant manquant doit être versé par celui-ci en complément* ».

137. Portée en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le constituant R Selon l'article 27.3 de la Loi sur les procédures collectives et l'article 1. 2.3 de la section II de la résolution n°03/2005/NQ-HDTP du Conseil des juges de la Cour suprême populaire en date du 28 avril 2005 prise en son application, la mise en œuvre des sûretés grevant les biens de l'entreprise en procédure collective est en principe suspendue à partir de la date d'acceptation de la demande d'ouverture d'une procédure collective. Le juge n'autorise la réalisation du gage, lorsque l'obligation garantie devient exigible, que si elle n'affecte pas grandement l'activité de l'entreprise et qu'elle est justifiée. Autrement dit, le juge appréciera l'impact de la mise en œuvre de cette sûreté sur le redressement des activités de l'entreprise¹⁸² pour autoriser ou non cette mise en œuvre. Par conséquent, le droit de préférence ne peut pas en principe être exercé avant la liquidation des biens de l'entreprise.

138. Pacte comissoire R Les parties peuvent convenir de donner au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le bien sans intervention du juge. En effet, aux termes de l'article 59.3 du Décret 163, celui-ci peut recevoir le bien gagé en paiement de l'obligation du constituant. Il deviendra alors le propriétaire de bien (article 70.1

¹⁸² Le droit des procédures collectives ne consacre pas la procédure de sauvegarde de l'entreprise.

du Décret 163). Ainsi, le droit vietnamien reconnaît expressément la validité des pactes commissaires. Par ailleurs, le transfert de propriété n'est pas subordonné à l'évaluation par expert.

139. Absence d'un mode conventionnel de réalisation R À défaut d'un mode conventionnel de réalisation du gage, la vente du bien aux enchères publiques s'impose (art. 336 du Code civil et art. 58.1 du Décret 163). Néanmoins, pour les biens dont le prix peut être déterminé selon les usages du marché, il n'est pas nécessaire de recourir à la vente aux enchères publiques (art. 65 du Décret 163).

§ 2. GAGES SPÉCIAUX¹⁸³

140. Gage du connaissance R L'article 19 du Décret 163 vise expressément le gage du connaissance. Il énonce que seuls les connaissances à ordre et au porteur sont susceptibles de gage et que le créancier gagiste a droit aux marchandises qui y sont mentionnées. Aux termes de l'article 73.2 du Code maritime, le connaissance sert de preuve de propriété des marchandises aux fins de disposition ou de réception de celles-ci. Ainsi, le connaissance est un titre de propriété sur les marchandises qu'il représente.

Aux termes de l'article 67.2 du Décret 163, le créancier qui présente le connaissance dans les conditions prévues par le droit maritime aura le droit de possession de la marchandise et de réaliser sa sûreté.

141. Gage des titres de valeur R Les titres de valeur peuvent être affectés en gage (art. 19 du décret 163). Selon l'article 3.9 du Décret 163, les titres de valeur comprennent les certificats d'actions, les obligations, les effets de commerce, les bons d'emprunt public à termes, les certificats de dépôt d'argent, les chèques, les certificats de fonds d'investissement et autres titres de valeur visés par la loi, évaluables en argent et étant dans le commerce.

Dans la mesure où les certificats d'actions sont simplement des documents attestant la propriété des actions qui y sont mentionnés, ils ne représentent pas ces actions de la même manière qu'un connaissance représente les marchandises. Le législateur aurait dû remplacer l'expression « certificats d'actions » par l'expression « valeurs mobilières ». Le gage des valeurs mobilières est régi séparément par la Décision

¹⁸³ Le gage sur le livret d'épargne sera traité dans la partie concernant les sûretés sur soldes de compte. V. *infra*, n°329.

n°87/2007/QD-BTC du Ministère des Finances promulguant le Règlement de l'inscription, du dépôt, de la compensation et du règlement des valeurs mobilières en date du 22 octobre 2007, amendée en 2010, la Décision n°26/QD-VSD du Centre dépositaire des valeurs mobilières portant Règlement relatif au dépôt des valeurs mobilières en date du 22 avril 2010, modifiée en 2013 et le Décret 163. Seules les valeurs mobilières dématérialisées, librement négociables et préalablement déposées au Dépositaire central des valeurs mobilières peuvent être gagées¹⁸⁴. Le gage implique l'intervention d'un intermédiaire R l'adhérent dépositaire qui est une société de bourse ou une banque commerciale agréée R qui agit pour le compte du constituant. Un compte de valeurs mobilières gagées bloqué est spécifiquement tenu au Dépositaire central des valeurs mobilières.

SECTION III R L'HYPOTHÈQUE

142. Panorama R L'hypothèque est caractérisée par l'absence de la remise du bien au créancier hypothécaire. Cette conception présente un certain intérêt dans la mesure où elle ouvre la voie à l'hypothèque mobilière portant sur certains biens spécifiques. Le Code civil a ainsi instauré un régime commun de l'hypothèque (§ 1). Mais on doute de l'applicabilité de ce régime aux biens incorporels (§ 2).

§ 1. RÉGIME COMMUN DE L'HYPOTHÈQUE DE BIENS

A. Constitution

143. Définition R Aux termes de l'article 342.1 du Code civil, « *l'hypothèque est le fait pour une partie (le constituant) d'affecter un bien lui appartenant pour garantir une obligation civile envers une autre partie (le créancier hypothécaire), sans avoir à lui transférer ce bien* ». La définition de l'hypothèque ne se fonde pas sur la nature des biens grevés mais sur l'absence de dépossession du bien grevé entre les mains du créancier.

Le bien demeure en principe en la possession du constituant. Les parties peuvent également convenir qu'il sera conservé par un tiers (article 342.2 du Code civil).

¹⁸⁴ Étant donné que seuls les instruments négociables et les titres au porteur sont susceptibles de remise physique et incorporent le droit de leur titulaire, l'hypothèque serait la forme de sûreté appropriée pour les autres types de titres de valeur. Sur ce point, v. Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, 5th edn, 2011, para.15.1.

144. Assiette R Sont susceptibles de constituer l'assiette d'une hypothèque aussi bien des biens immobiliers que des biens mobiliers. Par ailleurs, les biens incorporels qui sont par leur nature insusceptibles de transfert tomberont automatiquement dans le champ des hypothèques.

Les accessoires d'un bien meuble ou immeuble font partie de l'assiette de l'hypothèque, de plein droit, si l'hypothèque porte sur tout le bien ou sauf convention contraire si l'hypothèque ne greève qu'une partie du bien (article 342.1). Un bien qui fait l'objet d'un bail en cours peut être hypothéqué. Les fruits perçus de la location font partie de l'assiette de l'hypothèque seulement si les parties en conviennent ainsi ou en vertu de la loi (article 345 du Code civil).

145. Le constituant est un tiers R Le Décret 163 consacre son article 57.2 à la réalisation de la sûreté pour autrui, lorsque le tiers en question fait l'objet d'une procédure collective. L'article 342.1 du Code civil devrait alors être interprété en ce sens que l'obligation garantie ne doit pas être nécessairement liée au constituant. De plus, une comparaison entre ce texte et l'article 360.1 du Code civil R qui définit la consignation bancaire en mentionnant clairement que le constituant consigne son bien pour garantir sa propre obligation R permet de confirmer cette position.

146. L'hypothèque d'un bien futur R L'article 342.1 du Code civil énonce que l'hypothèque peut avoir pour assiette un bien futur¹⁸⁵. Selon l'article 320.2 du Code civil, une chose future est un meuble ou un immeuble qui appartient au constituant ultérieurement à la naissance de l'obligation ou à la formation de la sûreté.

147. Hypothèque mobilière R Les *marchandises circulant dans le processus de production ou d'affaires* sont un type de biens susceptibles d'être hypothéqués (article 349 du Code civil). Elles sont définies à l'article 3.8 du Décret 163 comme étant des « *biens meubles destinés à l'échange, à la vente ou à la location dans le cadre des activités de production ou d'affaires du constituant de la sûreté* ». Cette notion est suffisamment large pour englober tous types de biens meubles que possède une entreprise, à savoir, les stocks de matières premières et d'approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis, les marchandises appartenant au débiteur et

¹⁸⁵ Les textes adoptent une appellation qui prête facilement à confusion R *le bien à être formé dans le futur* R pour désigner le *bien futur*. Cette appellation se réfère plutôt au processus de création physique du bien grevé et non à l'acquisition de ce bien par le constituant. Or, cette dernière constitue le critère déterminant permettant de distinguer un bien présent d'un bien futur. Pour une raison de commodité, nous optons ici pour le terme de *bien futur* qui reflète la substance de la notion en droit vietnamien.

estimées en nature et en valeur à la date du dernier inventaire ainsi que le matériel et l'outillage. L'intérêt de cette catégorisation serait de distinguer ces biens des autres biens de l'entreprise dans la mesure où ils peuvent être aliénés et remplacés par d'autres d'un même genre pour maintenir l'assiette de l'hypothèque. Ces biens circulants peuvent être également mis en gage, le pouvoir du créancier de bloquer leur circulation équivalant à une dépossession¹⁸⁶.

148. Créances garanties et inscription R Les obligations garanties peuvent être présentes, futures ou conditionnelles.

Sous l'article 3.1.a du Décret 83, l'inscription est obligatoire et donc constitue une condition de validité dans le cas de l'hypothèque du droit d'usage d'un terrain, de l'hypothèque portant sur une plantation industrielle, de l'hypothèque d'un aéronef et de l'hypothèque d'un navire. Cet article prévoit également d'une manière ouverte que d'autres hypothèques seront soumises à l'inscription si la loi en dispose ainsi.

B. Effets

149. Typologie des rapports R L'hypothèque établit trois rapports différents. D'abord, c'est le rapport entre le créancier et le constituant, les parties à l'acte d'hypothèque (1). Ensuite, c'est le rapport entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers du constituant : ceux-ci sont alors susceptibles de se voir opposer un droit de préférence dont le créancier hypothécaire est titulaire (2). Enfin, cette sûreté confère au créancier hypothécaire le droit de suite sur le bien grevé qui se trouve entre les mains d'un tiers acquéreur (3). L'hypothèque peut prendre fin de différentes manières (4)¹⁸⁷.

1. Rapports entre le constituant et le créancier hypothécaire

150. Transfert de créance et de dette hypothécaire R La transmission de créance hypothécaire entraîne de plein droit celle de l'hypothèque (article 313 du Code civil). En revanche, en cas de transfert de dette assortie d'une hypothèque, le maintien de celle-ci n'a lieu que si les parties en conviennent ainsi (article 317 du Code civil).

¹⁸⁶ Arrêt n°1869/2007/KDTM-ST de la Cour Populaire de Hochiminh-ville du 28 septembre 2007.

¹⁸⁷ Pour une étude complète de la mise en œuvre des hypothèques, v. Vu Thi Hong Yen, *Les biens hypothéqués et leur réalisation selon le droit civil vietnamien en vigueur*, th. Université de droit de Hanoi, juin 2013.

151. Droits de gestion et de jouissance du bien grevé R Ce qui caractérise l'hypothèque est le non-transfert du bien grevé au créancier. En conséquence, jusqu'au terme de la sûreté, tant que celle-ci n'est pas réalisée, le bien reste en la possession du constituant qui continue à l'administrer et à en exploiter les utilités économiques sauf si le bien est conservé par un tiers convenu par les parties ou par un tiers qui est partie à un contrat conclu avec le constituant (par exemple un contrat de bail ou une convention de prêt à usage). Pourtant, le créancier est en droit de demander au locataire ou à l'emprunteur d'arrêter l'exploitation des utilités du bien grevé si celle-ci fait perdre ou dégrade la valeur du bien grevé (article 351.1 du Code civil). Il peut également réclamer au constituant la mise en œuvre des mesures nécessaires à la préservation du bien face à un risque de perte ou de dégradation de sa valeur (article 351.4 du Code civil). Le fondement pour l'exercice de ses droits consiste en ce que les actes ayant pour conséquence la perte ou la dégradation du bien dépassent la limite d'une administration normale du bien et constituent des actes de disposition portant atteinte aux intérêts du créancier hypothécaire. Or, ainsi qu'il sera exposé plus tard, la disposition du bien grevé est en principe soumise au consentement du créancier hypothécaire.

Jusqu'au terme de l'hypothèque, le constituant continue à exercer certaines prérogatives liées à son statut de propriétaire du bien :

- Le droit de possession¹⁸⁸ et de jouissance du bien : le constituant peut exploiter les utilités économiques du bien, en percevoir les fruits civils et naturels sauf si ceux-ci font partie de l'assiette de l'hypothèque (article 349.1 du Code civil). Ainsi, le constituant peut par exemple mettre le bien grevé en location sous réserve de notifier au locataire l'existence de l'hypothèque portant sur le bien loué et au créancier hypothécaire la conclusion du bail (article 349.5 du Code civil). En application de l'article 24 du Décret 163, en cas de réalisation de l'hypothèque, le locataire est en droit de jouir du bail jusqu'à l'expiration de celui-ci, sauf convention contraire.
- Droit de disposition du bien grevé : en vertu de l'article 349 du Code civil, le constituant ne peut vendre le bien grevé que si ce bien est une marchandise circulant dans le processus de production ou d'affaires, et auquel cas, le droit de créance du vendeur à l'égard de l'acquéreur du bien, le prix de la vente ou le bien acquis grâce

¹⁸⁸ La possession constitue un démembrement de la propriété (article 164 du Code civil).

au prix de vente deviendront l'assiette de l'hypothèque en remplacement du bien grevé vendu. La vente d'autres types de biens grevés est soumise au consentement préalable du créancier hypothécaire (articles 348.4 et 349.4). Ainsi, le constituant n'a qu'un droit conditionnel de disposition de son bien.

152. Disparition du bien grevé – En application de l'article 424.4 du Code civil, l'une des causes d'extinction d'un contrat civil est l'impossibilité d'exécuter le contrat due à la disparition de son objet. La loi aménage quelques tempéraments en lien avec le contrat d'hypothèque. D'abord, si le bien grevé est assuré, les indemnités d'assurance perçues constitueront l'assiette de l'hypothèque (l'article 346.1 du Code civil). Il s'agit en substance d'une subrogation réelle. Ensuite, si un constituant de mauvaise foi met le bien en échange ou en vente, le prix de vente, le droit de créance ou les biens acquis grâce à la mobilisation du prix de vente seront substitués au bien ainsi vendu au cas où le créancier hypothécaire n'exerce pas son droit de suite pour récupérer le bien entre les mains d'un tiers (article 20.2 du Décret 163).

153. Principes relatifs à la réalisation de l'hypothèque – La réalisation de l'hypothèque ne peut jamais procurer au créancier hypothécaire plus que ce que l'exécution normale de l'obligation lui aurait apporté¹⁸⁹. Par ailleurs, l'article 7 du Décret 163 confère au créancier le choix d'une ou des sûretés de préférence à réaliser.

154. Vente du bien grevé – C'est le mode le plus utilisé en pratique. Il peut être procédé à la vente de gré au gré ou à la vente aux enchères publiques. Sous l'article 198 du code civil, une personne non propriétaire d'un bien ne peut en disposer que sur procuration du propriétaire de ce bien ou en conformité avec la loi. Cependant, il apparaît que l'article 64.a.2.b du Décret 163 autorise le créancier garanti à vendre directement le bien grevé sans la nécessité d'une procuration.

155. Pacte comissoire – Les parties à un contrat d'hypothèque peuvent convenir qu'en cas de réalisation de la sûreté, le créancier hypothécaire recevra le bien grevé en paiement de l'obligation du constituant (article 59.2 du Décret 163). Il s'agit d'un engagement conditionnel de cession du bien grevé au créancier hypothécaire.

En outre, il apparaît que le pacte comissoire ne s'applique pas aux sûretés conventionnelles pour autrui car l'article 59.2 susmentionné prescrit expressément que l'obligation garantie est nécessairement celle du constituant. Cette erreur de

¹⁸⁹ Ce principe est tiré de l'article 48.3 du Décret 163 et des articles 355 et 338 du Code civil.

plume aurait une conséquence regrettable car on imagine mal la raison pour laquelle la clause de voie parée ne trouve pas à s'appliquer à ces sûretés.

156. Mise en vente aux enchères publiques R Ce mode s'applique en absence d'une clause sur le recours à un autre mode de réalisation de la sûreté (article 58.1 du Décret 163) ou à défaut d'un accord entre les créanciers garantis par un même bien sur le sort du bien grevé (article 58.1 du Décret 163). La mise en vente aux enchères publiques est régie notamment par le décret n°17/2010/ND-CP du 4 mars 2010 sur la vente des biens aux enchères publiques. En pratique, ce mode n'est pas privilégié dans la mesure où en général on ne veut pas acquérir un bien d'un *propriétaire à problèmes* !

157. Attribution judiciaire du bien R Le droit vietnamien ne consacre pas encore la possibilité pour le créancier hypothécaire (ou le créancier gagiste) de demander en justice l'attribution du bien grevé comme un mode de réalisation de la sûreté. Ce mode protégerait efficacement les intérêts du créancier garanti. Selon les dispositions applicables, si un litige relatif à la réalisation d'une sûreté survient, les parties peuvent saisir le juge mais le juge n'a compétence que pour enjoindre à la partie fautive de respecter son engagement (exemple : observer le (les) mode (s) de réalisation de la sûreté stipulé(s) au contrat de sûreté) et, d'ordonner, si ce litige porte sur la façon dont le sort d'un bien engagé en garantie de plusieurs obligations sera décidé, l'application de la mise aux enchères.

158. Confiscation du bien grevé RL L'article 63 du Décret 163 prévoit l'obligation incombant au rétenteur d'un bien grevé de le remettre à la personne en charge de la réalisation de la sûreté (le créancier hypothécaire ou son mandataire). « *Le rapport entre le créancier hypothécaire et le bien grevé est un rapport indirect traduit par la détention de l'original du titre de propriété (si le bien est soumis à l'inscription) et par l'inscription de l'hypothèque aux fins de parfaire le droit de créancier hypothécaire. La réalisation de la sûreté est conditionnée par la possession et la gestion effectives du bien grevé* »¹⁹⁰. La coopération du détenteur du bien est particulièrement importante. S'il fait obstacle à la confiscation du bien, le créancier hypothécaire peut demander l'intervention des forces publiques (Article 63.5 du

¹⁹⁰ Vu Thi Hong Yen, « Les biens insusceptibles de constituer l'assiette d'une hypothèque », *Revue d'étude de droit*, juillet 2011.

Décret 163). La saisine du juge est possible si le constituant renonce au transfert du bien¹⁹¹.

159. Obligation de déclaration de créance R L'article 51 de la loi sur les procédures collectives impose à tout créancier une obligation de déclaration de leur créance dans un délai de 60 jours¹⁹² à compter de la dernière parution de la décision du tribunal portant ouverture de la procédure collective à l'encontre du constituant. Un créancier négligent verra sa créance éteinte. Certains auteurs considèrent que cette sanction reflète la particularité du processus de recouvrement des dettes en procédure collective dans la mesure où un recouvrement de dette hors procédure collective intervient entre un seul créancier et son débiteur tandis qu'en procédure collective, le recouvrement est intentée en même temps par différents créanciers à l'encontre d'un seul débiteur commun et que la non-déclaration de créance mériterait d'être traitée comme une renonciation à la créance¹⁹³. Une telle sanction du défaut de déclaration de créance serait particulièrement sévère. Afin de préserver les intérêts légitimes de ce créancier négligent, ce délai devrait être étendue jusqu'à la déclaration de faillite du débiteur¹⁹⁴.

160. Nullités et interdictions R Est nulle toute hypothèque constituée par l'entreprise en procédure collective dans un délai de 3 mois précédant l'acceptation de la demande d'ouverture de la procédure collective à l'encontre de cette entreprise (Article 43.1 (d) de la loi la Loi sur les procédures collectives). De plus, en vertu des articles 31.1 (d) et 31.2 (a) de la Loi sur les procédures collectives, à partir de la réception de la décision portant ouverture d'une procédure collective à son encontre, le débiteur ne peut pas transformer les dettes non garanties en dettes garanties. Une sûreté consentie dans ce cas sera nulle d'autant plus qu'elle est contraire à la loi. La constitution d'une hypothèque pendant cette période est strictement soumise à l'autorisation du juge.

¹⁹¹ En pratique, la confiscation des biens grevés aux fins de la réalisation des sûretés constitue un obstacle majeur dans le processus de réalisation des sûretés. En effet, si en droit français, un acte d'hypothèque notarié revêtu de la formule exécutoire constitue un titre exécutoire (art. L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution), une telle disposition fait défaut en droit vietnamien et les constituants d'hypothèques cherchent souvent délibérément à retarder la remise des biens grevés. Par comparaison, même si le droit anglais ne vise pas spécialement cette hypothèse, en pratique le constituant qui a une obligation juridique de remettre le bien au bénéficiaire de la sûreté aux fins de la réalisation de celle-ci le lui remet effectivement.

¹⁹² Ce délai ne court pas pendant la durée d'existence d'un événement de force majeure ou d'une entrave objective (article 51.2 de la Loi sur les procédures collectives).

¹⁹³ Nguyễn Viet Ty *et alii*, *Mémento de droit commercial* (deuxième volume), Maison d'édition de la Police Populaire, Hanoi, 2009.

¹⁹⁴ Duong Dang Hue, Nguyen Thanh Tinh *et alii*, étude spécialisée consacrée au *Bilan de la mise en œuvre de la Loi sur les procédures collectives et le perfectionnement du cadre juridique des affaires au Vietnam*, Hanoi, 2008, p.90.

161. Réalisation de l'hypothèque à l'échéance de l'obligation garantie **R** L'article 27.3 de la Loi sur les procédures collectives et l'article 1. 2.3 de la section II de la Résolution d'application n°03/2005/NQ-HDTP du Conseil des Juges de la Cour Suprême Populaire en date du 28 avril 2005 prévoient la suspension du droit de poursuite des créanciers garantis à compter de la date d'acceptation par le Tribunal de la demande d'ouverture d'une procédure collective. Le juge peut autoriser la réalisation de l'hypothèque, une fois l'obligation garantie devenue exigible, que si cette réalisation n'affecte pas significativement l'activité de l'entreprise et est motivée.

162. Mise en œuvre de l'hypothèque en procédure de liquidation **R** Une créance non encore exigible le devient sans que les intérêts soient payés pour la période non courue (l'article 34 de la Loi sur les procédures collectives). L'article 35 de la Loi sur les procédures collectives prévoit de manière vague que « *les créances garanties par des biens hypothéqués, établies avant l'acceptation par le tribunal de la demande d'ouverture d'une procédure collective, seront payées en priorité sur ces biens et si la valeur de ces biens n'est pas suffisante pour couvrir la totalité des créances garanties, les créanciers impayés seront réglés lors de la liquidation des biens du constituant* (ils se situeront alors au même rang que les autres créanciers chirographaires) ». En pratique, cette disposition de la Loi sur les procédures collectives donne lieu à deux interprétations différentes. Certains tribunaux autorisent le créancier hypothécaire à mettre en œuvre sa sûreté conformément aux termes et conditions de l'acte d'hypothèque. D'autres ordonnent une vente aux enchères publiques menée par la Commission d'administration et de liquidation des biens : le créancier hypothécaire sera payé ensuite en priorité sur le prix de vente¹⁹⁵.

2. Rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers

163. Droit de préférence **R** L'article 355 du Code civil fait référence à l'article 336 de ce code s'agissant de la mise en œuvre du droit de préférence en cas de réalisation de l'hypothèque. L'article 336 du Code civil vise la réalisation du gage. Il prévoit que le créancier gagiste est payé en priorité sur le prix de vente du bien grevé. En application de ce principe, le créancier hypothécaire exercera son droit de préférence sur le prix de vente du bien hypothéqué. Ainsi, le créancier hypothécaire

¹⁹⁵ Ibid, p.58.

sera payé selon un ordre de préférence en vertu duquel il sera réglé avant les créanciers chirographaires et s'il y a plusieurs créanciers garantis, l'ordre de paiement sera celui de l'inscription des sûretés et, en cas de non-enregistrement, celui de leur date de constitution (article 325 du Code civil). Si les sommes résultant de la vente du bien ne suffisent pas à payer les créanciers garantis figurant au même rang de préférence, elles sont réparties entre ces créanciers au *pro rata* de la valeur de leur créance respective (l'article 6.3 du Décret 163).

164. Convention de subordination R La loi ne reconnaît que la possibilité pour les créanciers dont la créance est garantie par un même bien, de convenir de leur ordre de paiement (article 6.2 du Décret 163) et n'étend pas cette possibilité de subordination pour qu'elle puisse avoir lieu entre créanciers garantis et créanciers chirographaires. Par ailleurs, la subordination est limitée au montant de la créance garantie du subrogé. Certains auteurs estiment que cette restriction n'est pas bien-fondée et ne respecte pas l'autonomie des parties dans la prise de leur décision dans le cadre d'une transaction purement civile et suggèrent de modifier le texte dans le sens que « *le subrogeant ne peut avoir la priorité de paiement que dans la limite des créances garanties du subrogé, sauf convention contraire* »¹⁹⁶.

165. Un bien est grevé de plusieurs sûretés R Si un bien est affecté en garantie de plusieurs obligations, à l'échéance de l'une d'entre elles, tout créancier garanti est en droit de réaliser l'hypothèque à la défaillance du constituant. Il a l'obligation de donner notification aux autres créanciers garantis et les créances de ceux-ci quoiqu'elles ne soient pas encore venues à leur échéance sont censées être exigibles¹⁹⁷ et tous les créanciers garantis ont droit de prendre part à la prise de décision sur le sort du bien grevé (article 324.2 du Code civil). Le créancier garanti dont la créance est devenue exigible en premier lieu coordonne ce processus sauf convention contraire.

Les créanciers devraient parvenir à un accord sur le sort du bien. À défaut d'un tel accord, la vente aux enchères publiques s'appliquera.

166. Saisie du bien grevé aux fins de l'exécution d'une décision de justice R En vertu de l'article 4.4 du Décret 163, si une sûreté a été constituée dans les conditions

¹⁹⁶ Nguyen Quoc Vinh, « Sûretés : lacunes de la loi et risques afférents », *The Saigon Times Online*, le 7 juin 2009.

¹⁹⁷ Si les parties souhaitent préserver le terme initial de ces créances, elles peuvent convenir que le constituant engage d'autres biens en garantie de celles-ci (article 324 du Code civil).

prévues par la loi et est devenue opposable aux tiers, ni le juge, ni les autres organismes publics compétents ne peuvent saisir le bien grevé par cette sûreté en vue de l'exécution d'une autre obligation du constituant, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Le droit de procédures civiles d'exécution pose une exception à cette règle. Tenu compte du rapport entre la valeur du bien grevé et celle de l'obligation garantie, il distingue en effet deux hypothèses :

- Si la valeur du bien grevé est inférieure ou égale à celle de l'obligation garantie, l'agent d'exécution en charge de l'exécution de la décision de justice a l'obligation de notifier au créancier hypothécaire la charge du constituant déterminée par la décision de justice et de lui demander d'informer en retour l'organe d'exécution du paiement intégral de l'obligation garanti si ce paiement intervient ultérieurement ou de l'existence d'un excédent de valeur du bien après paiement de l'obligation garantie en cas de réalisation de l'hypothèque le cas échéant (article 6.3 de la Circulaire interministérielle n°14/2010/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC en date du 26 juillet 2010 du Ministère de la Justice, de la Cour Suprême Populaire et du Parquet Suprême Populaire détaillant certaines procédures civiles d'exécution).
- Si la valeur du bien grevé est supérieure à celle de l'obligation garantie plus les frais d'exécution forcée et que le débiteur n'a pas d'autres biens ou ceux-ci sont insuffisants pour payer un autre créancier dont les droits sont déterminés par la décision de justice, l'agent d'exécution est en droit de saisir le bien grevé et de le vendre. L'agent d'exécution a l'obligation de notifier immédiatement la saisie au créancier hypothécaire et le créancier hypothécaire sera payé alors en priorité sur le prix de vente du bien (article 90 de la Loi sur l'exécution des décisions civiles n° 26/2008/QH12 en date du 14 novembre 2008). Il apparaît que le créancier hypothécaire sera payé même si sa créance n'est pas devenue exigible. Si, ultérieurement, le constituant exécute correctement son obligation, il devra réclamer au créancier hypothécaire la restitution des sommes versées.

3. Rapports entre le créancier hypothécaire et le tiers acquéreur

167. Voies d'action R Ainsi qu'exposé précédemment, sauf en cas de marchandises circulantes, le constituant est privé du droit de disposition du bien grevé. Cependant, s'il agit de mauvaise foi en le mettant en vente, en échéance ou en

donation sans le consentement du créancier hypothécaire, l'article 20 du Décret 163 offre à ce dernier deux voies d'action :

- Il peut exercer son droit de suite et dans ce cas, l'acquéreur, la personne bénéficiaire de l'échange ou recevant le bien donné, doit lui remettre le bien ; ou
- Les sommes reçues, les créances issues de la vente ou de l'échange ou les autres biens acquis grâce au prix de vente seront substitués au bien vendu ou échangé.

Néanmoins, l'exercice du droit de suite n'est pas possible dans les deux cas suivants :

- La vente ou l'échange du bien hypothéqué a eu lieu avant l'inscription de l'hypothèque et l'acquéreur ou le bénéficiaire de l'échange était de bonne foi;
- L'hypothèque portant sur un moyen de transport motorisé a été inscrite sans indication précise du numéro du châssis et de celui du moteur et l'acquéreur ou le receveur en échange de ce moyen de transport était de bonne foi.

Il peut arriver que l'acquéreur ou le bénéficiaire de l'échange ait pris connaissance de l'hypothèque non encore enregistrée. La loi ne prévoit cependant pas cette hypothèse et demeure donc lacunaire.

4. Extinction de l'hypothèque

168. Cas de figure **Ř** L'article 357 du Code civil énumère une liste des cas d'extinction de l'hypothèque. D'abord, dans la relation de dépendance de l'obligation garantie, l'hypothèque prend fin lors de l'extinction de celle-ci. Ceci intervient ainsi lors de la disparition de l'obligation garantie ou du paiement intégral de cette obligation. Mais une hypothèque peut s'éteindre en dépit de la subsistance de la créance qu'elle garantit. Ainsi, en est-il de l'annulation de l'hypothèque ou de sa substitution par une autre sûreté ou encore sur convention des parties. Enfin, une hypothèque s'éteint de plein droit après la réalisation de cette sûreté.

§ 2. HYPOTHÈQUE DES BIENS INCORPORELS

169. Panorama **Ř** Les biens incorporels existent en droit vietnamien sous l'intitulé de *droits patrimoniaux*. Le législateur demeure réticent quant au choix d'une sûreté commune pour ceux-ci (A). La pratique qui souffre de nombreuses lacunes normatives s'interroge sur les risques juridiques y afférents (B)

A. À la recherche d'une sûreté applicable

170. Notion de bien incorporel R La droit vietnamien adopte le concept de droit patrimonial pour désigner tout bien incorporel. L'article 181 définit le droit patrimonial comme étant tout droit appréciable en monnaie et transférable en transactions civiles, y compris les droits de propriété industrielle.

L'article 322 du Code civil énumère une liste ouverte des droits patrimoniaux susceptibles de constituer l'assiette d'une sûreté, à savoir :

- les droits dont une personne a la propriété comme les droits d'auteur ayant une valeur pécuniaire, le droit de propriété industrielle, les droits sur les obtentions végétales, les créances, le droit à obtenir une indemnité d'assurance sur un bien engagé dans le cadre d'une sûreté, les apports en société, les droits nés des contrats ainsi que les autres droits patrimoniaux, et
- le droit d'usage d'un terrain et le droit d'exploitation des ressources naturelles.

171. Quelle sûreté ? R Dans la mesure où les droits patrimoniaux sont insusceptibles de possession, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un gage mais d'une hypothèque.

La loi ne se prononce que de manière partielle. En effet, elle précise seulement deux cas particuliers : l'hypothèque des créances (article 22 du Décret 163) et l'hypothèque du droit d'usage du sol¹⁹⁸ (article 342.3 du Code civil). La pratique bancaire a étendu l'application de l'hypothèque à l'ensemble des biens incorporels.

B. Hypothèque des biens incorporels - un régime incomplet et inefficace

172. Principes fondamentaux R Les dispositions du Code civil et du Décret 163 n'abordent que de manière marginale l'hypothèque des biens incorporels. Les règles relatives à la sûreté font cruellement défaut.

Sur le régime commun de l'hypothèque des biens incorporels, ni le Code civil, ni le Décret 163, ne fixent les principes généraux applicables à la constitution et aux effets de l'hypothèque des biens incorporels ou donne des références nécessaires à l'application d'une autre sûreté à l'hypothèque d'un bien incorporel déterminé. Ainsi, il apparaît que les règles régissant l'hypothèque des biens ne visent que les biens

¹⁹⁸ En substance, l'hypothèque d'un droit d'usage d'un terrain porte sur le terrain mais comme la loi ne reconnaît pas toutes les prérogatives d'un propriétaire à son titulaire, le droit d'usage d'un terrain est traité par la loi comme un bien à la place du terrain.

corporels. Il est difficile de faire application de celles-ci aux différentes hypothèques portant sur les biens incorporels.

173. Textes spéciaux R Les textes spéciaux ne traitent pas ou restent particulièrement vagues sur le régime des hypothèques de biens incorporels. En effet, aucune disposition de la Loi n°50/2005/QH11 sur les droits de propriété intellectuelle du 29 novembre 2005, modifiée en 2009 ou des textes pris pour son application ne précise le régime de l'hypothèque des droits de propriété intellectuelle visé par l'article 322 du Code civil. Par ailleurs, la loi commerciale et ses textes d'application ne contiennent aucune règle relative à l'hypothèque des droits nés des contrats. De même, la loi n° 60/2005/QH11 sur les entreprises du 29 Novembre 2005, modifiée en 2009 et en 2013 se contente d'énoncer un principe selon lequel les associés d'une SNC (article 140.1(e)) peuvent gager ou hypothéquer¹⁹⁹ leur apport en capital. Elle est silencieuse sur la possibilité pour un associé d'une SARL d'engager ses parts sociales en garantie de ses obligations. De plus, le régime de l'hypothèque de l'apport en société n'y est pas spécifié. Enfin, il n'y a aucune disposition relative à l'hypothèque d'une police d'assurance-vie.

SECTION IV ÁAUTRES MESURES DE SÛRETÉS

174. Caractéristiques R D'une manière générale, le versement d'arrhes (§ 1), le dépôt de garantie (§ 2) et la consignation bancaire (§ 3) présentent des similarités avec le gage dans la mesure où ils impliquent la dépossession du bien grevé. Quant à la garantie par prestige d'une organisation sociopolitique (§ 4), elle emprunte certains traits au cautionnement. Les différences se situent soit au niveau du domaine d'application, soit parce qu'il y a intervention d'une troisième partie au contrat, soit compte tenu de l'application automatique d'une pénalité, soit encore en l'absence d'un engagement ferme du constituant.

§ 1. VERSEMENT D'ARRHES

¹⁹⁹ Le législateur prudent a recours en même temps à ces deux sûretés car il n'est pas certain de l'application de l'une ou de l'autre.

175. Plan R Reconnu par la loi comme une sûreté à part, le versement d'arrhes est soumis à des règles spécifiques de constitution (A) dont certaines prêtent à discussions. Sa réalisation demeure relativement simple (B).

A. Règles de constitution

176. Remise d'un bien et assiette R Le versement des arrhes implique nécessairement le transfert d'un bien au créancier garanti afin de garantir la conclusion ou l'exécution d'un contrat civil (article 358 du Code civil). Ce caractère le rapproche du gage.

Cette sûreté a pour assiette la monnaie mais aussi un métal précieux (de l'or par exemple), une pierre précieuse ou un autre objet de valeur. Ces biens ont pour particularité une grande liquidité.

177. Créance garantie R Le versement d'arrhes garantit soit la conclusion d'un contrat, soit l'exécution de celui-ci.

S'agissant de la conclusion d'un contrat, le droit positif ne contient aucune disposition relative aux documents précontractuels (lettre d'intention, accord de principe, protocole d'accord, etc.) et réserve ainsi aux parties la possibilité de convenir de la force contraignante de ceux-ci ou même de certaines de leurs clauses. Le juge recherchera, à la survenance d'un litige, si les parties ont expressément convenu qu'ils sont liés par leurs engagements ou à défaut d'une telle convention, la vraie intention des parties au travers de la rédaction contractuelle. La faute d'une partie sera probablement considérée sur le plan contractuel. Des arrhes sont versées en garantie de l'entrée en relations contractuelles d'une partie R un engagement qui découle d'un tel document précontractuel. Par exemple, une personne désireuse de louer un logement verse une somme d'argent au propriétaire de ce logement en garantie de son engagement de le louer.

Mais un versement d'arrhes peut également être constitué afin de garantir l'exécution d'un contrat, c'est-à-dire, l'exécution des obligations contractuelles. Par exemple, l'acquéreur d'une maison peut remettre une somme d'argent au vendeur en garantie de ses obligations visées par le contrat de vente.

178. Exigence d'un écrit et inscription R Le versement des arrhes doit être exprimé par écrit. L'article 2.1.1 de la Circulaire 05 vise expressément l'inscription

du versement des arrhes au CITB. Cette inscription serait inutile dans la mesure où le bien grevé demeure en la possession du créancier garanti, ce qui suffit à informer tout tiers intéressé de la constitution de cette sûreté et à empêcher au constituant de constituer tout gage sur celui-ci.

179. Versement d'arrhes et avance d'une somme d'argent R Aux termes de l'article 29 du Décret 163, « *au cas où une partie contractante a remis à l'autre partie une somme d'argent sans que les parties n'aient indiqué expressément s'il s'agit des arrhes ou d'une avance, cette somme est réputée être une avance* ». Par conséquent, il est nécessaire qu'une mention « *versement d'arrhes* » soit portée sur l'écrit constatant cette sûreté pour assurer à celle-ci les effets juridiques prévus par la loi que nous présenterons ci-dessous.

B. Effets

180. Droits et obligations du créancier garanti avant l'échéance de la créance garantie R Le créancier garanti a l'obligation de conserver et d'entretenir le bien (article 32 du Décret 163). Inversement, il peut se faire rembourser des frais de conservation et d'entretien raisonnablement engagés sauf stipulation contraire (article 30.1 du Décret 163). Le constituant est privé de certaines prérogatives relatives à son statut de propriétaire du bien mais demeure toujours propriétaire de celui-ci. Ni l'utilisation du bien, ni l'exploitation de ses utilités ne sont permises sauf convention contraire (article 32.1). Même si une telle utilisation est convenue, le créancier garanti sera dans l'obligation de l'arrêter sur demande du constituant si celle-ci expose le bien à la perte ou à la dégradation de sa valeur (article 31.1 du Décret 163). Il ne peut engager le bien grevé dans aucune transaction que ce soit à moins que le constituant n'y consente (article 32.2 du Décret 163). La loi est silencieuse sur la sanction du défaut de conservation : il n'est pas certain qu'une telle faute entraîne de plein droit la reprise du bien grevé donc l'extinction de la sûreté. Toutefois, en principe, le constituant peut toujours obtenir des dommages et intérêts sur le plan délictuel.

181. Obligation de restitution R Si la conclusion du contrat ou son exécution, garantie par le versement d'arrhes, a lieu selon les termes et conditions prévues par les parties, le bien sera restitué au constituant ou sa valeur sera affectée à la compensation de l'obligation de paiement (article 358.2 du Code civil).

182. Sanction du défaut du constituant et du créancier garanti R À la défaillance du constituant, le créancier garanti deviendra le propriétaire du bien (article 358.2 du Code civil et article 33 du Décret 163). Si l'inscription de la propriété du bien est requise par la loi, le constituant a l'obligation de procéder à une telle inscription au profit du créancier garanti afin de rendre définitif le transfert de la propriété.

La sûreté impose également une obligation au créancier de tenir la parole donnée. En effet, si celui-ci refuse la conclusion ou l'exécution du contrat, il doit non seulement restituer le bien au constituant mais il s'expose aussi au paiement d'une somme équivalente à la valeur du bien, sauf convention contraire (article 358.2 du Code civil). Cette somme constitue une sorte de pénalité sanctionnant le créancier fautif. Cette pénalité s'applique de plein droit à la défaillance de celui-ci et ne peut être contournée que sur le jeu de la convention des parties.

183. Incidences des procédures collectives du constituant R Le principe de suspension des poursuites contre le constituant jusqu'à la liquidation des biens de celui-ci s'applique au versement d'arrhes. La poursuite du constituant n'est possible que sur l'autorisation du juge pendant la période d'observation.

§ 2. DÉPÔT DE GARANTIE

A. Constitution

184. Domaine R Cette sûreté a une portée restreinte car elle est consentie exclusivement dans le cadre d'un contrat de location de biens²⁰⁰. Elle garantit une obligation de faire R l'obligation de restitution du bien loué²⁰¹.

L'assiette du dépôt de garantie peut être la monnaie, un métal précieux (de l'or par exemple), une pierre précieuse ou un autre objet de valeur.

185. Conditions de forme et inscription R L'article 2.1.1 de la Circulaire 05 vise expressément l'inscription du dépôt de garantie au CITB. Cette inscription serait inutile car le bien grevé demeure à la possession du créancier garanti, ce qui suffirait à informer tout tiers intéressé de la constitution de cette sûreté et à empêcher au constituant de constituer tout gage sur celui-ci.

²⁰⁰ Les contrats de location de biens sont régis par les articles 480 et suivants du Code civil.

²⁰¹ Selon l'article 282.1 du Code civil, une obligation civile peut avoir pour objet un bien ou être une obligation de faire ou une obligation de ne pas faire.

B. Effets

186. Obligation de conservation R Le bailleur bénéficiaire du dépôt de garantie est soumis à la même obligation de conservation que le créancier en cas de versement d'arrhes.

187. Sanction du défaut du preneur constituant R Aux termes de l'article 359.2 du Code civil, « *à la restitution du bien loué, le locataire reprend le bien déposé en garantie, après déduction du loyer dû; à défaut de restitution du bien loué par le locataire, le bailleur a le droit d'en réclamer restitution; si le bien loué n'existe plus, le bailleur deviendra le propriétaire du bien grevé* ».

Ainsi, la sûreté est particulièrement protectrice du bailleur pour plusieurs raisons. D'abord, celui-ci est garanti contre le risque de non paiement du loyer par le preneur dans la mesure où la valeur du bien grevé peut être affectée au paiement du montant du loyer : le paiement partiel de celui-ci entraîne automatiquement la déduction de la somme due de la valeur du bien grevé. Ensuite, le bien engagé en garantie appartiendra au bailleur si le bien loué disparaît.

188. Incidences des procédures collectives du constituant R Le principe de suspension des poursuites contre le constituant jusqu'à la liquidation des biens de celui-ci s'applique au dépôt de garantie.

§ 3. CONSIGNATION BANCAIRE

189. Panorama R La consignation bancaire implique l'intervention d'un tiers R l'établissement de crédit R qui devient une partie au contrat de consignation bancaire. La présence de celui-ci a des impacts sur les règles de constitution (A) mais aussi sur les effets (B) de cette sûreté.

A. Constitution

190. Nature et assiette R Aux termes de l'article 360 du Code civil, « *la consignation bancaire est le fait pour le débiteur principal de déposer, en garantie de l'exécution de son obligation civile, une somme d'argent, un métal précieux, une pierre précieuse ou des titres de valeur sur un compte bancaire bloqué* ». A priori, cette sûreté ressemble à un gage dans la mesure où elle implique la dépossession du bien mis en garantie. Elle diffère de celui-ci dans le sens où le bien sera détenu non par le créancier mais par un tiers R le banquier consignataire.

Est consigné sur le compte bancaire soit une somme d'argent, soit un métal précieux, une pierre précieuse ou des titres de valeur. Ce compte sera bloqué pendant la durée de la consignation.

191. Banque consignataire ¶ Parmi les différents types de banque reconnus par la loi sur les établissements de crédit, seules les banques commerciales sont susceptibles de tenir le compte de consignation ou autrement dit de devenir une partie au contrat de consignation (article 34.1 du Décret 163). Leur intervention est rémunérée par des frais de prestation de service (article 36.2 du Décret 163), déterminés conventionnellement par les parties.

192. Inscription ¶ L'article 2.1.1 de la Circulaire 05 vise expressément l'inscription de la consignation bancaire au CITB. Cette inscription serait inutile car le bien grevé demeure bloqué chez le banquier consignataire, ce qui suffit à empêcher le constituant de constituer tout gage sur celui-ci.

B. Effets

193. Défaut du constituant ¶ En cas de mauvaise exécution ou de l'inexécution de l'obligation garantie, le créancier est en droit de recevoir paiement de cette obligation et des dommages et intérêts par le bien consigné. Le banquier procède à ces paiements dans la limite de la valeur de celui-ci après déduction des frais de consignation (article 360.2). La loi donne ainsi au teneur de compte un privilège : il est payé avant le créancier garanti. Cela signifie également que le constituant doit subir le coût de la prestation de service de consignation.

La loi impose au banquier l'obligation de payer le créancier. Il est logique que celui-ci procède à la vente du bien consigné si le bien consigné est autre qu'une somme d'argent avant d'exécuter cette obligation.

194. Obligation de restitution ¶ L'excédent qui reste une fois les paiements effectués devra être restitué au constituant (article 35 et 38 du Décret 163) à l'extinction de la consignation bancaire.

195. Incidences des procédures collectives du constituant ¶ La poursuite du constituant est suspendue jusqu'à la liquidation des biens de celui-ci.

§ 4. GARANTIE PAR PRESTIGE DES ORGANISATIONS SOCIOPOLITIQUES

196. Nature *Ŕ* Cette sūreté est particulière. D'abord, parce qu'elle est consentie par une organisation sociopolitique (par exemple, l'Association des Agriculteurs du Vietnam) pour garantir un prēt bancaire contracté par un individu pauvre ou un foyer pauvre. Ce prēt doit ętre destiné au financement d'une activité professionnelle (article 372 du Code civil). Ensuite, elle est basée exclusivement sur le prestige du garant et ne donne pas lieu à un engagement personnel du garant à rembourser le prēt à la défaillance de l'emprunteur. En conséquence, bien qu'elle soit considérée par le Code civil comme étant une sūreté, la garantie par prestige ne crée pas de sūreté et constitue simplement un certificat de moralité.

197. Emprunteurs éligibles *Ŕ* L'individu ou le foyer doit ętre classé parmi les pauvres selon les critères en vigueur. Il doit ętre membre de l'organisation sociopolitique qui donne cette garantie (article 49.2 du Dęcret 163).

198. Constitution *Ŕ* La sūreté est incluse dans le contrat de prēt. Celui-ci prend la forme d'un engagement écrit tripartite entre l'établissement de crédit, l'emprunteur et le garant. Ce contrat de prēt doit mentionner clairement le montant du prēt, l'affectation de ce montant, le terme du prēt, les taux d'intéręts ainsi que les droits, obligations et responsabilités de chacune des parties (article 373 du Code civil).

199. CONCLUSION DU CHAPITRE I *Ŕ* Bien qu'elles ne soient pas basées sur le transfert de la propriété, les sūtés de droit vietnamien sont relativement efficaces dans la mesure où les créanciers garantis priment sur tous les autres créanciers du constituant, y compris le trésor public. L'enregistrement du gage et des sūtés assimilables au gage demeurent toutefois lourd et inutile dans la mesure où la dépossession suffit à tenir informé tout tiers de leur existence. Par ailleurs, la loi reste sommaire sur les sūtés ayant pour assiette des biens incorporels.

PARTIE I : SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES SANS TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

200. Formes des sûretés R Les sûretés sur créances sans transfert de la propriété ne sont pas conçues à l'identique dans tous les systèmes de droit. Ainsi, en droit français, on les connaît sous le nom de nantissements qui empruntaient à l'origine au régime des gages puis se dotent avec l'adoption de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés de leur propre régime. En droit vietnamien, une seule forme de sûreté grève les créances : l'hypothèque. Enfin en droit anglais, on n'a pas recours au gage mais à la *charge*.

Dans cette partie, on s'intéressera d'abord aux règles de constitution des sûretés sur créances non basées sur le transfert de propriété (titre I) avant d'aborder leurs effets (titre II).

TITRE I : CONSTITUTION DES SÛRETÉS

201. Plan R L'examen des conditions de constitution des sûretés traditionnelles sur créances permet de souligner les différents aspects dont il faudrait tenir compte lors de la rédaction des actes de sûreté (chapitre I). À ce stade, il est aussi nécessaire de distinguer les sûretés de droit commun des sûretés spécifiques grevant les créances (chapitre II) avant de considérer les effets des premières.

CHAPITRE I : SÛRETÉS SUR CRÉANCES DE DROIT COMMUN

202. Relation tripartite *Ŕ* La sùreté portant sur créance est une opération à trois acteurs : le constituant qui est le créancier de la créance, le créancier bénéficiaire de la sùreté et enfin le débiteur de la créance. Il s'agit d'une opération complexe et il faut, dès la phase de constitution de la sùreté, organiser précisément les relations entre ces acteurs.

Si le droit français se dote des règles spécifiques relatives à la constitution du nantissement de créance (section I), les conditions de constitution de l'hypothèque de créance en droit vietnamien sont empruntées à celles des sùretés et de l'hypothèque portant sur un bien (section II).

SECTION I : DROIT FRANÇAIS

203. Réforme *Ŕ* Les auteurs de la réforme de 2006 qui souhaitent lui redonner de la vitalité ont largement précisé l'étendue du nantissement (sous-section I) et simplifié ses formalités constitutives (sous-section II).

SOUS-SECTION I : CONDITIONS DE FOND

204. Panorama *Ŕ* La créance est un bien particulier dans la mesure où elle ne confère qu'un droit à être désintéressé et n'a pas vraiment de valeur en soi²⁰². Si elle est nantie, c'est le montant issu de son paiement qui intéresse le créancier nanti. Ceci dit, au stade de la constitution de la sùreté, une attention particulière doit être attachée à la créance elle-même en tant qu'assiette du nantissement (§ I). Une question non moins importante concerne l'obligation garantie notamment lorsque l'article 2355, alinéa 4 du Code civil reconnaît l'existence des nantissements spéciaux (§ II).

²⁰² H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et Patr.*, 2005, n°140.

§ I : ASSIETTE

205. Créances monétaires R Les créances visées par les articles 2355 à 2366 du Code civil sont des créances de somme d'argent. Les règles de constitution et de mise en œuvre du nantissement de créance empruntent à la nature de ces créances monétaires. Ainsi, s'agissant de l'article 2356, alinéa 3 qui mentionne le lieu de paiement, le montant des créances et leur évaluation comme des facteurs permettant leur individualisation ou de l'article 2363 qui prescrit le paiement de la créance nantie en capital et en intérêts. L'objet de la créance visée ici par les textes est sans nul doute une somme d'argent (C.civ., art. 2364, al.1 et art. 2366). Et la créance elle-même constitue l'assiette de la sûreté. Mais il s'agit là d'une *assiette apparente* car c'est la somme d'argent objet de celle-ci qui en constitue l'*assiette effective*.

On regrette toutefois que les textes n'aient pas précisé de manière claire que le nantissement porte uniquement sur des créances monétaires²⁰³.

206. Créances non monétaires R Une extension du domaine du nantissement de créance aux créances non monétaires (essentiellement créances de délivrance et créances translatives correspondant à des obligations de faire) serait envisageable. Certes, le nantissement de créances non monétaires séduirait moins les créanciers, leur objet n'étant pas monétaire et gager la chose future à donner est beaucoup plus avantageux que nantir le droit de l'obtenir²⁰⁴. Pourtant, si le créancier voit dans ces types de créance un certain intérêt²⁰⁵ et qu'il accepte leur nantissement, ces créances peuvent constituer également une source de crédit²⁰⁶.

207. Domaine vaste des créances pouvant être nanties R L'assiette du nantissement de créance est particulièrement large. En principe, la sûreté peut porter désormais sur tous les types de créances monétaires. Elles peuvent être des créances commerciales ou civiles, contractuelles ou délictuelles²⁰⁷. Par exemple, un club de football peut nantir des indemnités substantielles nées des contrats de joueurs de

²⁰³ P. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.*, 2012, n°213.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Surtout en cas de procédure collective du constituant, souvent l'administrateur judiciaire s'attache à reconstituer le patrimoine du débiteur mais il peut trouver intérêt à maintenir l'exécution de contrats porteurs d'obligations de faire « nanties ».

²⁰⁶ Pour une étude complète de cette possibilité, v. M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°513 et s.

²⁰⁷ Les créances devraient toutefois être certaines. Il y a un risque lorsqu'une juridiction d'appel annule une indemnité allouée ou la réduit.

football²⁰⁸. Les créances soumises à une loi étrangère peuvent être nanties et le créancier nanti peut être une banque étrangère²⁰⁹.

208. Limites Certains limites sont posées par la loi. Ainsi, un compte d'épargne logement ne peut faire l'objet d'un nantissement (CCH, art. R. 315-6). De même, les sommes déposées sur le plan d'épargne logement sont frappées d'indisponibilité et donc leur nantissement n'est pas possible (CCH, art. R. 315-30). Les créances alimentaires non échues ne peuvent pas non plus être données en nantissement²¹⁰.

D'autres limites peuvent être conventionnelles sous réserve d'être conformes avec la loi. Par exemple, la nullité des clauses prévoyant pour un producteur commerçant, industriel, artisan, l'interdiction faite à un contractant de céder des créances qu'il détient sur lui prévue à l'article L. 442-6, II-c du Code de commerce s'appliquerait au nantissement²¹¹.

À part ces limites, force est de constater la généralité des créances pouvant être mises en nantissement (A) et un grand choix quant à l'ampleur du nantissement (B).

A. Généralité des créances nanties

209. Typologie des créances Dans la mesure où le nantissement de créance n'est plus assimilé à un gage qui impliquait traditionnellement la dépossession et que la notification n'est que facultative, les créances futures peuvent être désormais nanties (2). La réforme qui ne définit pas ces créances s'est contentée de poser des exigences quant à leur admission. Les créances présentes (1) et les créances futures constituent deux figures que les nouveaux articles relatifs au nantissement de créance visent expressément.

1. Créances présentes

210. Position de la réforme Avant la réforme, le nantissement de créance qui était soumis au droit commun du gage ne pouvait porter que sur une créance présente. L'ordonnance de 2006 assouplit cette exigence en permettant la mise en nantissement de créances futures.

²⁰⁸ Cass. com., 28 janv. 1997, *JCP G* 1997, I, 4033, n°19, obs. Ph. Delebecque.

²⁰⁹ J. Stofflet, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP G*, n°20, 17 mai 2006, 15, n°4.

²¹⁰ Cabrillac (M.) et Cabrillac (S.), *J.-Cl Commercial*, « Gage. - Formes particulières de nantissement commercial », fasc.398, 2011, n°7.

²¹¹ J. Soufflet, « Le nantissement de... », art. préc. n°3 et note 5.

Les créances présentes sont expressément visées par les nouveaux textes (C.civ., art. 2355, al.1 et art. 2361). Par contre, ceux-ci ne mentionnent que les créances présentes et les créances futures. Les créances à terme ou éventuelles n'y figurent pas.

211. Créances à terme R Les loyers, les fermages non échus ou les redevances de crédit-bail sont des exemples de créances à terme. Sont-elles des créances présentes ou futures ?

La question n'est pas nouvelle. La loi Dailly assimile les créances à terme aux créances actuelles (*C. monét. fin.*, art. L.313-23, al.2). Une créance présente est celle qui est déjà née au moment de la conclusion du nantissement. Or, la naissance de la créance est conditionnée par l'intervention d'un acte juridique ou un fait juridique²¹². L'assimilation d'une créance à terme à une créance présente est possible dans la mesure où l'acte qui donne naissance à une créance à terme est déjà conclu. La jurisprudence a admis que la créance de loyers commerciaux n'est pas une créance future mais une créance présente dont seule l'exigibilité est différée²¹³. La règle est transposable au nantissement de créances de droit commun.

2. Créances futures

212. Admission de la créance future R Avant la réforme, la possibilité de constituer un nantissement de droit commun sur une créance future était discutable. Certes, l'article 1130 du Code civil énonce qu'une convention peut avoir un objet futur mais toute la difficulté était liée à la détermination de la créance, contrainte imposée par la signification qui n'était pas évidente s'agissant d'une créance qui n'est pas encore née.

La réforme innove en admettant de manière expresse le nantissement de créances futures (C.civ., art. 2355, al.1, art. 2357 et art. 2361).

213. Définition R Le Code civil ne définit pas la créance future. Selon l'article L.313-23, al.2 du Code monétaire et financier, les créances futures « *résultent d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». Ainsi, le caractère futur d'une créance dépend de deux facteurs. D'abord, il doit y avoir un acte qui a été déjà conclu ou qui devra certainement être conclu dans un avenir proche. Ensuite, son montant et son échéance doivent ne pas

²¹² H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* 2005, n°140.

²¹³ Cass. com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.449 ; Ph. Dupichot, « Les sûretés entre droits positif et prospectif », *Dr. et patr.*, 2006, n°145.

encore figurer dans l'acte déjà intervenu ou dans le projet de l'acte à intervenir. Cette définition a certes le mérite d'être simple mais n'est pas pour autant pertinente. La créance future ainsi visée est à un stade avancé de sa formation²¹⁴ et ne présente que des caractéristiques d'une créance à terme, assimilable à une créance présente !

La naissance de la créance constitue le critère déterminant pour distinguer entre une créance présente et une créance future. Ainsi qu'exposé précédemment, la jurisprudence de la Cour de Cassation va dans ce sens. D'ailleurs, il apparaît que le législateur a consacré implicitement ce critère en mentionnant « *la naissance de la créance* » à l'article 2357 du Code civil.

Une créance future est celle qui n'est pas encore entrée dans le patrimoine du constituant. Elle peut ne pas encore exister « *parce que l'acte ou le fait susceptible de lui donner naissance n'est pas encore intervenu*²¹⁵ ». La créance de prix afférente à des ventes à venir ou le chiffre d'affaires futur de l'entreprise sont des exemples de créances futures. Mais une créance future peut exister d'ores et déjà mais ne fait pas partie des éléments de l'actif du constituant : par exemple le constituant pourra être le futur cessionnaire d'une créance de prix. Dans un cas ou dans l'autre, le constituant n'a pas encore le droit de disposer de la créance future.

214. Moment d'acquisition du droit sur la créance R L'article 2357 du Code civil énonce le principe selon lequel en cas de nantissement de créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci.

Pour certains auteurs, le droit visé est un droit réel²¹⁶ qui donne au créancier un pouvoir direct et immédiat²¹⁷ sur la créance nantie. Ainsi qu'il sera exposé plus tard, ce pouvoir consiste en un droit exclusif au paiement de la créance objet du nantissement.

Le législateur diffère ainsi le moment d'acquisition du droit exclusif sur la créance. Le créancier n'a rien à craindre pendant la période allant de la date de constitution de l'acte à celle de naissance de la créance car si un deuxième nantissement est constitué sur la créance, son nantissement est opposable au deuxième créancier nanti à la date

²¹⁴ F. Moulière, « Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD. Com.*, Oct./Déc., 2011, n°24.

²¹⁵ H. Synvet, « Le nantissement des... », art. préc.

²¹⁶ Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, No.63 du 27 mars 2008, n°10.

²¹⁷ F. Terré et P. Simler, *Droit Civil, Droit des biens*, Dalloz, 8^e éd, 2010, n°47.

de l'acte (C.civ., art.2361). Autrement dit, le premier créancier nanti est le premier à pouvoir exercer le droit au paiement.

215. Désignation de la créance future R L'article 1129 du Code civil impose que la convention ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. Cette exigence est précisée par l'article 2356, alinéa 3 du même code lorsqu'il s'agit d'un nantissement de créance. Ce texte prévoit que « *si elles [les créances], sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* ». Ainsi, pour être admise comme objet d'un nantissement, toute créance future doit être susceptible d'individualisation. Deux analyses du degré d'individualisation sont concevables.

Selon la première analyse, cette exigence cantonne les créances futures à celles qui sont en formation et l'individualisation ainsi exigée écarte la possibilité de nantir un ensemble global de créances futures. En effet, individualiser consiste à considérer, présenter une chose quelconque isolément ou faire qu'elle ait un caractère propre et qui la distingue de toutes les autres choses de son espèce²¹⁸. De plus, l'expression « *et, s'il y a lieu* » signifie que la loi exige qu'au moins les éléments qui la précèdent doivent figurer dans la désignation de la créance future à nantir. L'individualisation de la créance permet en effet d'en limiter les aléas. Par ailleurs, si les parties souhaitent que le nantissement porte sur un flux de créances futures autrement dit sur le *cash flow* de l'entreprise, le nantissement de solde de compte visé à l'article 2360 est là pour répondre à leur besoin. Au demeurant, les parties devraient adopter une identification de créances futures affectées en nantissement qui soit suffisamment précise pour éviter une inefficacité totale ou partielle de la sûreté²¹⁹.

Mais selon la seconde analyse, l'expression « *tels que* » figurant dans le texte signifierait clairement que les éléments cités ne constituent que des exemples²²⁰. Par ailleurs, le législateur distinguerait deux degrés d'individualisation. L'individualisation de la créance future serait *absolue* lorsque l'acte permettrait celle-ci en incluant au moins l'ensemble des modes d'identification mentionnés. Elle

²¹⁸ F. Moulière, « Nantissement de créances... », art. préc., n° 27 et s. Pour contourner l'impossible indetification de multiples créances futures, cet auteur suggère le nantissement d'une universalité de créances futures comme étant le nantissement d'un bien incorporel autre qu'une créance auquel les dispositions du gage de meuble corporel s'appliquent.

²¹⁹ Ibid, n°12.

²²⁰ J. Stoufflet, « Le nantissement de... », art.préc., n°13.

serait *relative* lorsque l'acte doit seulement contenir des éléments la permettant. L'utilisation de l'article indéfini « *des* » voudrait dire que plus qu'un des éléments cités *ou même* hors liste suffisent à rendre la créance future identifiable. Les parties seraient donc libres de convenir des éléments à insérer dans leur acte de nantissement. Or c'est la solution retenue par la jurisprudence en matière de cession Dailly.

En pratique, un créancier prudent aura tout intérêt à faire préciser la créance (donc à faire apparaître le plus d'éléments d'identification dans l'acte) et préférer celle dont la naissance est probable ou certaine. La seconde analyse semble plus flexible dans la mesure où elle considère que l'individualisation n'est que formelle. Elle est d'autant plus pragmatique qu'il n'est pas toujours possible de fournir tous les éléments visés. Par exemple, en cas de nantissement de loyers futurs, dans la mesure où les contrats de bail n'ont pas été conclus à la date de l'acte de nantissement, il est impossible d'indiquer le nom des débiteurs des loyers nantis. En outre, cette approche est en harmonie avec l'absence d'exigence de notification du nantissement qui ne pourra pas être mise en œuvre en cas de nantissement de créances futures.

B. Ampleur du nantissement de créances

216. Panorama **R** La réforme a levé des incertitudes relatives à l'ancien régime de nantissement de créance de droit commun en précisant la portée des créances aussi bien sur le plan de leur quotité (1) qu'en ce qui concerne le transfert de leurs accessoires (2).

1. Quotité des créances

217. Principe **R** Le constituant peut affecter en nantissement une créance (C.civ., art. 2355, al.1), telle que la créance de prix de vente d'un bien. Le nantissement peut ne porter que sur une fraction de créance, sauf si celle-ci est indivisible (C.civ., art. 2358, al.2) ou concerner un ensemble de créances présentes ou futures (C.civ., art. 2355, al.1).

218. Nantissement d'une fraction de créance **R** La créance est envisagée comme étant un véritable bien. Or, nul doute n'est permis à cet égard lorsque l'article 2355 du Code civil qui prévoit des règles générales régissant le nantissement de meubles incorporels commence par l'utilisation de la notion de « bien » pour ensuite diviser les biens incorporels en créances et autres meubles incorporels.

La solution est importante lorsqu'il y a une différence entre la valeur de la créance affectée en nantissement et la créance garantie. Elle permet d'éviter le gaspillage de crédit, les nantissements successifs étant possibles.

Par ailleurs, cette faculté peut être utile dans le cas du nantissement d'assurance-vie²²¹ notamment lorsqu'on souhaite réserver au bénéficiaire une partie de la créance à laquelle donne naissance la police d'assurance-vie.

219. Nantissement d'un ensemble de créances **R** L'ensemble de créances peut être un ensemble fini comme une liste arrêtée de créances ou un ensemble global considéré comme un contenant dont le contenu n'est pas fixé comme les créances clientèle²²².

Si le portefeuille comprend des créances présentes, son nantissement ne pose pas de problèmes. Mais peut-on admettre la validité du nantissement d'un ensemble renouvelable de créances ? Ainsi, les créances nouvelles remplaceront automatiquement les créances venues à l'échéance. On rejoint alors l'idée d'une *floating charge* sur les *book debts* de droit anglais²²³. Cette hypothèse n'est pas spécifiquement abordée par les textes mais il apparaît que le nantissement de créances rechargeables peut être réalisé sous forme d'un nantissement de compte visé à l'article 2360 du Code civil²²⁴.

2. Accessoires des créances

220. Notion **R** Selon le professeur Michel Cabrillac, les accessoires de la créance sont des véritables sûretés garantissant le paiement de la créance nantie et des intérêts²²⁵. En matière de cession de créance de droit commun, l'article 1692 du Code civil énonce que « *la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* ». Pourtant, il n'est pas certain que les garanties telles que la promesse de porte-fort ou la délégation qui ne sont pas qualifiées de sûretés puissent être considérées comme des accessoires de la créance nantie²²⁶. Par ailleurs, la jurisprudence a vocation à inclure aussi dans la catégorie des accessoires visées à l'article 1692 du Code civil les droits et actions appartenant au

²²¹ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd, *Defrénois* 2012, note 13 sous n°526, p.257.

²²² F. Moulière, « Nantissement de créances... », art. préc., n°4.

²²³ V. *infra*, n° 373 et s.

²²⁴ V. *infra*, n° 327 et s.

²²⁵ M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », études A. Weill, D. 1983, p. 107 ; Cass. com., 5 févr. 2008.

²²⁶ D. Legeais, *J.-Cl Civil*, « Nantissement de meubles incorporels, nantissement de créance », art.2356 à 2366, 2008, n°34.

cédant et attachés à la créance cédée et, notamment l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui en est l'accessoire²²⁷. En matière de cession de créances par bordereau Dailly, il a été jugé que « *la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé*²²⁸ ». Une clause pénale accessoire peut porter atteinte aux droits du cessionnaire.

221. Principe R Aux termes de l'article 2359 du Code civil, « *le nantissement s'étend aux accessoires de la créance à moins que les parties n'en conviennent autrement* ». Ainsi, en principe (c'est-à-dire sauf stipulation contraire des parties), le nantissement d'une créance emporte celui de ses accessoires. La règle est donc supplétive²²⁹.

Cette solution a été sans doute inspirée par celle de l'article L.313-27 du Code monétaire et financier s'agissant de la cession et du nantissement de créances professionnelles par bordereau Dailly.

Ainsi, par exemple, si le paiement de la créance nantie est garanti par un cautionnement ou une hypothèque, à la défaillance du débiteur de la créance nantie, le créancier garanti peut appeler la caution en garantie ou exercer l'hypothèque à la place du constituant du nantissement qui en était le véritable bénéficiaire²³⁰. Toutefois, il apparaît que le créancier nanti doit agir conjointement avec le constituant car l'alinéa 2 de l'article 2363 du Code civil dispose que « *chacun des créanciers, les autres dûment appelés, peut en poursuivre l'exécution* ».

222. CONCLUSION DU § I R L'ordonnance de 2006 a franchi un pas décisif dans la détermination de l'assiette du nantissement. L'approche adoptée est aussi souple que pratique. L'admission du nantissement de créances futures et du nantissement d'un ensemble de créances sont parmi les grandes innovations de la

²²⁷ Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, n° 09-12.612, *Banque*, 2010, n°722, p. 78, obs. Guillot et Boccara.

²²⁸ Cass.1^{re} civ., 5 janv. 1999, n° 96-20.202, *Defrénois*, 1999, p. 752, obs. Ph. Delebecque.

²²⁹ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-Cl Commercial*, « Gage. - Formes particulières de nantissement commercial, fasc.398, 2011, n°8.

²³⁰ La solution est la même en droit néerlandais. V. Ross Gilbert Anderson and Jan W.A. Biemans, "Reform of assignment in security: lessons from the Netherlands", *Edinburgh Law Review*, 2012, 16(1), pp. 24-57.

réforme. Il faudrait attendre l'interprétation jurisprudentielle de la notion de créance future.

§ II : CRÉANCES GARANTIES

223. Panorama R Non seulement l'assiette du nantissement est précisée par les articles du Code civil concernant le nantissement de créance, ceux-ci visent aussi les créances garanties. C'est une nouveauté par rapport à l'ancien régime. Comme le Code civil instaure un régime de droit commun, il ne limite pas les obligations garanties à des types particulières de créances (A). Cependant, on peut s'interroger sur l'utilité du nantissement de créance en essayant de se baser sur certaines particularités des créances garanties (B).

A. Créances admissibles

224. Quotité de créances R Selon l'article 2355 du Code civil, le nantissement d'un meuble incorporel est constitué en garantie d'une obligation. Le nantissement de créance peut donc garantir une seule créance.

Dans le cas particulier du nantissement de créance, l'article 2356, al.2 du Code civil énonce que « les *créances garanties* et les créances nanties sont désignées dans l'acte ». Ceci signifie qu'un nantissement peut également garantir plusieurs créances.

225. Désignation de la créance garantie R C'est une condition obligatoire posée par l'article 2356, alinéa 2 précité. Elle est remplacée par l'individualisation si la créance garantie est une créance future (C.civ., art.2356, al.3). L'article 2356 alinéa 3 du Code civil prévoit que si la créance garantie est une créance future, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. On est alors exposé à la même difficulté qu'en cas de créances nanties préalablement exposées²³¹ quant à la détermination du degré d'individualisation de la créance future. Un cour d'appel a jugé qu'un nantissement de créances, consenti en garantie de toute créance de la banque sur le client au titre de toute avance, prêt ou crédit de toute nature, opération de bourse ou autre opération sur titres ou sur instruments financiers et au titre de toute prestation de service, est manifestement nul et de nul effet au motif qu'il s'agit d'un

²³¹ V. *supra*, n°215.

nantissement omnibus qui est prohibé puisqu'en vertu des dispositions de l'article 2356 alinéa 2 du Code civil, les créances garanties doivent être désignées et déterminables si elles sont futures²³².

Il est à noter que le nantissement ne peut être réalisé que si la créance garantie est certaine, liquide et exigible²³³.

B. Champ d'application du nantissement de créances

226. Champ d'application effectif R On peut s'interroger sur l'utilité du nantissement de créances de droit commun face au nantissement par bordereau Dailly et à la cession par bordereau Dailly ou fiduciaire de créance du Code civil.

Pour le professeur Dominique Legeais, il existe trois hypothèses où le nantissement de créance de droit commun sera utile : lorsque le créancier n'est pas un établissement de crédit ; ensuite quand le crédit n'est pas consenti à des fins professionnelles ; enfin si la créance nantie est détenue sur un tiers hors de l'exercice par celui-ci de son activité professionnelle²³⁴.

Les professeurs Cabrillac partagent cette position en limitant l'intérêt du nantissement de créance de droit commun au domaine marginal des créances extraprofessionnelles et à l'hypothèse où le créancier nanti est un créancier ordinaire autre qu'une banque²³⁵.

Mais le nantissement de créance présente aujourd'hui des avantages considérables surtout en conférant au créancier nanti un droit exclusif sur la créance. La liste susmentionnée ne paraît pas exhaustive.

Enfin, un nantissement sera qualifié de commercial lorsque la dette garantie est une dette commerciale peu importe la nature des créances nanties²³⁶. L'article L.521-1, al.4 du Code de commerce, régissant le gage commercial, énonce que « *il n'est pas dérogé aux dispositions des articles 2355 à 2366 du code civil en ce qui concerne les créances mobilières* ». Autrement dit, le nantissement commercial est soumis au régime de droit commun et n'a pas d'incidence sur la compétence judiciaire. Ceci

²³² CA Colmar, 24 nov. 2011, n°11/02000 ; *JCP G*, n° 48, 26 novembre 2012, 1291, chron. par Ph. Simler et Ph. Delebecque, n° 20.

²³³ D. Legeais, « Le nantissement de créances », *Dr et Patr.*, 2007, n°161.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Cabrillac (M.) et Cabrillac (S.), *J.-Cl Commercial*, fasc.préc., n°3.

²³⁶ *J.-Cl Civil*, (art.2356 à 2366) par D. Legeais, fasc. unique, n°6.

traduit bien la reconnaissance des textes spéciaux de l'utilité du nantissement de créance du Code civil.

227. CONCLUSION DU § II R Les créances garanties sont envisagées de manière large par la loi. Ceci facilite le recours au nantissement. Au demeurant, il est difficile de cantonner l'utilisation du nantissement de créance de droit commun à certains cas de figures en se basant sur la qualité du constituant ou sur les particularités des créances garanties.

228. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION I R L'un des apports majeurs de la réforme de 2006 en lien avec le nantissement de créance consiste en un éclaircissement des conditions de fond de la sûreté. Or, des conditions de fond éclairées permettent aux parties, dès la phase de conclusion, de préciser l'étendue de leur garantie. La sécurité juridique est ainsi renforcée. La même constatation vaudra en ce qui concerne les conditions de forme que nous présenterons dans les développements suivants.

SOUS-SECTION II : CONDITIONS DE FORME

229. Réforme R Les règles de forme du nantissement ont été précisées par la réforme de 2006. Elles sont aujourd'hui simples tant en ce qui concerne les conditions de validité (§ I) qu'en ce qui concerne les conditions d'opposabilité (§ II)

§ I : LES CONDITIONS DE VALIDITÉ

230. Panorama R L'acte de nantissement de créance prend effet entre les parties à partir de la date de l'acte. La loi impose que l'acte soit sous la forme d'un écrit (A) dans lequel les créances nanties et garanties doivent être désignées (B).

A. Exigence d'un écrit

231. Principe R L'article 2356, al.1 du Code civil précise qu'« à peine de nullité, le nantissement doit être conclu par écrit ». La règle constitue un allègement du formalisme constitutif du nantissement (1). Le législateur vise aussi la date et la durée du nantissement (2).

1. Portée du principe

232. Droit antérieur R L'ancien article 2075 du Code civil exigeait que le nantissement de créance soit constaté par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré. L'exigence d'un acte authentique ou d'un acte sous signature privée dûment enregistré avait pour but d'éviter toute fraude par antidate commise par le constituant. La formalité était pourtant lourde et coûteuse.

233. Nouvelle physionomie R La nécessité de l'écrit est conservée certes par la réforme mais il n'est pas besoin d'authentification ni d'enregistrement de l'acte. La formalité est considérablement simplifiée pour devenir extrêmement légère. Le législateur a ainsi abandonné la formalité impérative et prône la pleine efficacité de l'autonomie de la volonté des parties : il leur appartient désormais de choisir la forme de l'écrit qu'il soit un acte authentique ou sous seing privé. L'écrit est devenu une condition de validité. Le nantissement est par là un contrat solennel.

234. Nantissement commercial R L'article L.521-1, alinéa 4 du Code de commerce subordonne le régime du nantissement commercial à celui de droit commun. La constitution d'un nantissement commercial n'échappe donc pas à l'exigence d'un écrit.

2. Date et durée

235. Date R Dans la mesure où le nantissement de créance prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte (sauf au débiteur de la créance nantie à qui l'acte est opposable à partir de la notification qui lui en est faite ou de son intervention à l'acte : C.civ., art. 2361 et art. 2362), l'acte de nantissement doit nécessairement comporter une date. Le défaut de date entraîne alors l'inopposabilité de l'acte aux tiers et en particulier aux organes de la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant. La nécessité d'une date est renforcée dans la mesure où les nouvelles règles n'exigent plus que l'acte soit authentique ou enregistré s'il est sous signature privée.

Le législateur a posé ainsi une dérogation à l'article 1328 du Code civil qui prévoit qu'un acte sous seing privé n'a de date contre les tiers que du jour où il a été enregistré.

L'absence de l'exigence d'un acte authentique ou dûment enregistré pourrait soulever des inquiétudes concernant le risque de fraude par antidate. Le projet de l'ordonnance prévoyait, à l'instar de l'article L.313-27 du Code monétaire et financier relatif au bordereau Dailly²³⁷, que si la date de l'acte de nantissement « *n'est pas certaine et qu'elle est contestée, le créancier nanti rapporte, par tous moyens, la preuve de son exactitude* » (art. 2350, al. 2)²³⁸. Mais cette disposition n'a pas été retenue.

Comme la loi reste muette sur la date certaine de l'acte de nantissement, la question se pose de savoir à qui incombe la charge de preuve de l'existence d'une telle date certaine.

Deux approches sont alors possibles. Selon la première, la date de l'acte fera foi à l'égard des tiers jusqu'à ce que la preuve contraire soit rapportée par ces derniers²³⁹. C'est aussi le sens de l'article 1315 du Code civil. Cependant, comme la loi n'exige pas l'enregistrement de l'acte de nantissement pour qu'il ait une date contre les tiers, une compensation équivalente devrait être offerte aux tiers. C'est l'esprit de la seconde approche. Selon celle-ci, le principe posé pour la cession et le nantissement de créances professionnelles selon lequel en cas de contestation de la date portée sur le bordereau, l'établissement bénéficiaire de la cession ou du nantissement doit rapporter par tous les moyens l'exactitude de la date trouverait à s'appliquer²⁴⁰. Cette solution équilibre mieux les intérêts mais elle semble difficilement applicable en l'absence de texte²⁴¹.

La jurisprudence devra éclairer le silence de la loi. Dans le doute, afin de prévenir les contestations, il est toujours possible de procéder à l'enregistrement de l'acte s'il n'est pas conclu par acte authentique²⁴².

236. Durée R Aux termes de l'article 2358, alinéa 1 du Code civil, « *le nantissement de créance peut être constitué pour un temps déterminé* ». La solution n'est pas nouvelle en cas de nantissement de créances par bordereau. La jurisprudence a déjà admis l'utilisation à titre temporaire d'un nantissement Dailly²⁴³.

²³⁷ Art.313-27, al.4 : « *En cas de contestation de la date portée sur le bordereau, l'établissement de crédit rapporte, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci* ».

²³⁸ H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et Patr.*, 2005, n°140.

²³⁹ P. Crocq, « Le nantissement de créance », *RLDA, juill.* 2006, 7, supplément, n°9.

²⁴⁰ J. Stoufflet, « Le nantissement de... », art.préc., n°14.

²⁴¹ Cabrillac (M.) et Cabrillac (S.), *J.-Cl Commercial*, fasc.préc., n°11.

²⁴² D. Legeais, « Le nantissement de... », art.préc. ; Ph. Dupichot, « Le nantissement... », art. préc., n°15.

²⁴³ Cass.com., 16 mai 2000, n°96-20.070, Bull. civ. IV, n° 106, *RTD com.* 2000, p. 993, obs. Cabrillac, *JCP G* 2001, II, n°10517, note Y. Favier.

Le législateur a ainsi transposé la règle jurisprudentielle au nantissement de créance de droit commun en privilégiant la liberté contractuelle. Les parties peuvent convenir d'un terme extinctif, certain ou incertain, plus rapproché. Par contre, en application du principe de l'accessoire du nantissement, elles ne peuvent pas stipuler que la sûreté survive l'extinction de la créance garantie. De plus, en absence de stipulation contractuelle, le nantissement de créance sera affecté d'un terme extinctif incertain, constitué par l'extinction de la créance garantie²⁴⁴.

B. Désignation des créances garanties et nanties

237. Panorama **R** L'acte de nantissement doit désigner les créances garanties et les créances nanties (C.civ., art.2356, al.2). La règle paraît impérative si on fait une lecture combinée de l'alinéa 2 et de l'alinéa 3 de l'article 2356 du Code civil. Le législateur impose alors un double principe de spécialité (1) dont la portée ne peut pas être ignorée (2).

1. Double principe de spécialité

238. Problématiques **R** L'article 2356, alinéa 2 du Code civil exige d'une part la spécialité quant à la créance garantie et de l'autre la spécialité quant à l'assiette du nantissement.

Si cette exigence ne pose pas de problème si les créances en question sont des créances présentes, l'individualisation des créances futures demeure une question délicate notamment s'il s'agit de nantir un portefeuille de créances futures. La jurisprudence devra prochainement éclaircir des critères d'individualisation des créances futures.

2. Portée de la nullité

239. Absence de désignation ou d'individualisation **R** Si la désignation ou l'individualisation des créances fait défaut dans l'acte, celui-ci sera frappé de nullité, faute d'objet (C.civ., art. 1108).

Qu'en sera-t-il si l'identification est partiellement défailante, auquel cas certaines créances garanties ou certaines créances nanties ne sont pas désignées correctement ? Faut-il admettre la nullité de l'ensemble du contrat ou seulement les clauses relatives

²⁴⁴ M. Grimaldi et Ph. Dupichot, « Durée et sûretés », *RDC*, 2004/1, p. 95 et s., n°13.

à ces créances ? Selon les professeurs M. Cabrillac et S. Cabrillac, on doit appliquer la théorie générale des nullités du contrat. Ainsi, l'annulation sera totale si les créances en cause formaient un ensemble indivisible et elle est partielle dans le cas contraire²⁴⁵. Cette approche est pragmatique et devrait être retenue.

240. CONCLUSION DU § I R Si les questions de date certaine et d'individualisation des créances futures restent à préciser, les conditions de validité du nantissement de créance ont été largement allégées par l'ordonnance de 2006. La loi n'impose que le minimum à satisfaire et laisse de la place à l'autonomie des parties.

§ II : LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ

241. Panorama R Dans la mesure où le nantissement de créances s'affiche aujourd'hui comme une sûreté à part, ses conditions d'opposabilité doivent être précisées par la loi. Or, c'est chose faite suite à la réforme de 2006. L'invocation du régime antérieur à la réforme (A) nous permet d'évaluer l'apport de celle-ci (B).

A. Droit antérieur à la réforme

242. Signification du gage R En application de l'ancien article 2075 du Code civil, le nantissement de créance devait être signifié au débiteur de la créance donnée en gage ou accepté par lui dans un acte authentique. La doctrine majoritaire estimait que la signification réalisait soit l'équivalent de la dépossession qui pouvait exister dans le cas d'un gage sur un bien corporel²⁴⁶, soit même une véritable dépossession définie comme la perte d'un pouvoir de fait sur un bien incorporel²⁴⁷.

La jurisprudence a consacré cette analyse. Selon la Cour de Cassation, l'accomplissement des formalités prévues par l'ancien article 2075 du Code civil rendait le nantissement opposable aux tiers, et notamment au débiteur qui ne pouvait plus se libérer entre les mains du créancier originaire, sous peine de régler deux fois la même dette et réalisait l'équivalent d'une mise en possession du créancier gagiste en privant le constituant du gage d'une partie de ses prérogatives. Le gage étant un

²⁴⁵ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-Cl Commercial*, fasc. préc., n°10.

²⁴⁶ V. notamment, M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd., 2004, n° 509 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1996, n° 819.

²⁴⁷ A. Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2001, n° 521.

contrat réel, ces formalités constituaient des conditions de validité du nantissement de créance²⁴⁸. Une telle mise en possession par la signification ou par l'acceptation par acte authentique était critiquée car elle était source de coût²⁴⁹.

243. Remise de titre R En plus de la mise en possession par la signification ou par l'acceptation, la jurisprudence avait imposé également la remise du titre qui permettait d'assurer la publicité de la dépossession²⁵⁰. Le titre était supposé permettre au créancier gagiste de recevoir le paiement à l'échéance s'il en avait reçu mandat. De plus, sa remise au créancier gagiste empêchait en théorie au constituant de demander paiement au débiteur de la créance nantie ou de constituer des nantissements successifs sur cette créance²⁵¹.

Cette formalité n'avait pas d'utilité pratique. D'abord, la créance n'est pas incorporée dans le titre. La remise de celui-ci n'a un sens que si le droit s'incorpore dans ce même titre comme dans le cas d'un effet de commerce. Le titre n'est qu'un moyen de preuve et peut exister en plusieurs exemplaires (un contrat peut exister en plusieurs exemplaires)²⁵². Il peut y avoir des obstacles à la remise du titre lorsque par exemple le nantissement ne porte que sur une fraction de la créance, le constituant voulant garder le titre pour se faire payer la fraction non grevée. La jurisprudence a assoupli sa position en supprimant cette condition lorsque la remise du titre était impossible²⁵³.

B. Solution apportée par la réforme

244. Apport de la réforme RL'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a abandonné les solutions jurisprudentielles adoptées sous l'empire de l'ancien régime. Les conditions d'opposabilité ont été considérablement simplifiées. Les conditions ne sont pas les mêmes pour assurer l'opposabilité du nantissement aux tiers (1) ou au débiteur de la créance nantie (2).

²⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994, n° 91-21.646, *Defrénois*, 1994, art. 35897, obs. L. Aynès; *JCP G* 1994, I, n° 3765, n° 18, obs. Ph. Delebecque; Cass. com., 28 janv. 1997, n° 94-20.554, *Bull. civ. IV*, n° 35, *D. aff.* 1997, p. 382, obs. A. Lienhard; *RTD civ.* 1998, p. 705, obs. P. Crocq; *JCP G* 1997, I, n° 4033, n° 9, obs. Ph. Delebecque, *JCP G* 1997, II, n° 22791, rapp. J.-P. Rémemy; CA Paris, 15 nov. 2001; Cass. com., 23 janv. 2001, n° 98-10.974, n° 20, *JCP G* 2001, I, p. 1941, obs. Ph. Delebecque; *RDBF* 2001, n°112, p. 161, obs. D. Legeais; *Defrénois* 2001, art. 37390, obs., Ph. Théry.

²⁴⁹ *J.-Cl Civil*, (art.2356 à 2366) par D. Legeais, fasc.préc., n°38.

²⁵⁰ Cass. Req., 11 juin 1846 : DP 1846, I, p. 252 : «*Le contrat de nantissement, même lorsqu'il a pour objet une créance, n'est parfait que par la remise de la chose faite par le débiteur à une époque où il a capacité pour en disposer ; la signification ne peut suppléer à la remise du titre*»; Cass. civ., 20 janv. 1886 : DP 1886, I, note Lyon-Caen ; Cass. civ., 27 janv. 1908.

²⁵¹ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, ouvrage préc., n° 528.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1983 : «*La mise en possession était suffisamment réalisée, au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible, par la signification au débiteur de la créance donnée en gage*», *D.* 1984, p. 433, note G. Légier; *D.* 1984, inf. rap. p. 82, obs. Vasseur.

1. Opposabilité aux tiers

245. Principe R L'article 2361 du Code civil prévoit que « *le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte* ». Le principe est donc posé à l'instar de la loi Dailly : l'opposabilité est acquise à la date de l'acte sans formalité. Pour certains auteurs, l'opposabilité aux tiers est ainsi grandement facilitée par la réforme²⁵⁴. Elle n'est plus conditionnée par la signification préalable de l'acte de nantissement au débiteur de la créance nantie mais elle résulte purement et simplement de la constitution de la sûreté²⁵⁵. Il suffit désormais que la date soit certaine.

Pour rappel, la règle selon laquelle un acte sous seing privé n'a de date contre les tiers que du jour où il a été enregistré, énoncé par l'article 1328 du Code civil connaît ainsi une exception notable²⁵⁶. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant, la date à prendre en considération pour apprécier si le nantissement a été conclu en période suspecte est celle portée sur l'acte de nantissement.

246. Portée R L'opposabilité du nantissement aux tiers est une opposabilité quasi *erga omnes*. Elle atteint tout tiers sauf le débiteur de la créance nantie. L'article 2357 du Code civil mentionne un droit sur la créance que le créancier nanti acquiert. Ainsi qu'il sera exposé plus tard, ce droit est un droit exclusif au paiement. L'opposabilité du nantissement entraîne celle de ce droit exclusif sur la créance.

247. Critiques R L'opposabilité immédiate aux tiers à la date de la convention de nantissement est une solution simple qui faciliterait la résolution des conflits sur la créance grevée. Mais cette solution est défavorable à ceux qui peuvent invoquer un droit concurrentiel sur la créance. En effet, un tiers étranger au nantissement peut ignorer l'existence de la sûreté et donc conclure une transaction sur la créance avec un constituant de mauvaise foi. Certes, on peut avancer que ce tiers doit, avant de conclure son contrat, s'informer auprès du débiteur de la créance engagée pour vérifier la disponibilité de celle-ci, le débiteur de la créance engagée remplissant alors la fonction dévolue habituellement aux registres. Pourtant, la loi ne lui impose pas l'obligation de fournir des informations. Par ailleurs, même s'il répond de manière volontaire à la requête d'informations de ce tiers, en l'absence de notification du

²⁵⁴ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-CI Commercial*, fasc.préc., n°11.

²⁵⁵ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 5^e éd, 2009, n°645.

²⁵⁶ V. *supra*, n°235.

nantissement, il lui est difficile, voire impossible, de fournir des informations exactes sur l'état de la créance dont il est débiteur²⁵⁷.

2. Opposabilité au débiteur de la créance nantie

248. Principe - Le nantissement de créance est une opération complexe à trois personnes. Le législateur a fait du débiteur de la créance nantie un tiers spécial. Aux termes de l'article 2362 du Code civil, « *pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte. À défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance* ». Ainsi, l'opposabilité au débiteur de la créance nantie est conditionnée par la notification qui lui est faite ou par son intervention à l'acte.

249. Modalités de la notification R La loi n'impose pas de modalités de notification. C'est une notification simple, par exemple par lettre recommandée, qui n'est pas nécessairement un acte d'huissier de justice. La formalité est aussi souple que pratique surtout au plan commercial.

250. Caractère facultatif de la notification R La notification n'est guère obligatoire. En son absence, le nantissement est valable entre les parties et demeure opposable aux tiers autres que le débiteur de la créance nantie. Il n'est pas simplement comme dans le passé une promesse de nantissement. Mais malgré son caractère facultatif, la notification est capitale car à défaut de notification, le paiement entre les mains du constituant est libératoire et le créancier court le risque de ne rien récupérer d'un constituant déjà défaillant dans le paiement de l'obligation garantie.

De plus, la notification peut devenir une obligation en présence d'un cautionnement si la caution est en droit de se prévaloir du non-exercice de cette faculté pour invoquer le bénéfice de subrogation. L'article 2314 du Code civil prescrit que « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». D'après une jurisprudence devenue aujourd'hui traditionnelle, le non-exercice d'une faculté par le créancier viole l'exigence de loyauté contractuelle du créancier à l'égard du coobligé accessoire. Ainsi, un créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et

²⁵⁷ Cependant, il semble que l'approche française ne pose pas de problèmes en pratique.

constitue un nantissement provisoire de fonds de commerce s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive²⁵⁸. De même, il a été jugé que le créancier gagiste, qui, en s'abstenant de demander l'attribution judiciaire du gage, avait privé la caution d'un droit qui pouvait lui profiter²⁵⁹. Il est loisible que la solution s'étende à la faculté de notification dans le nantissement de créance de droit commun.

251. CONCLUSION DU § II R La distinction entre l'opposabilité aux tiers et l'opposabilité au débiteur de la créance nantie est pertinente en ce sens qu'un traitement spécial est donné à ce dernier, à savoir la notification faite au débiteur de la créance nantie ou son intervention à l'acte. Le législateur a même assoupli le formalisme en prévoyant une notification facultative tout en en précisant l'effet juridique c'est-à-dire le paiement entre les mains de qui sera libératoire. Pourtant, le principe d'opposabilité immédiate du nantissement aux tiers demeure défavorable à ceux-ci.

252. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION II R Les conditions de forme du nantissement de créance sont marquées par trois grandes figures, à savoir l'exigence d'un écrit, le double principe de spécialité et la notification faite au débiteur de la créance nantie. Les textes en ont largement précisé la portée.

253. CONCLUSION DE LA SECTION I R Le souci d'améliorer l'attrait du nantissement de créance du législateur a débouché sur des règles de constitution du nantissement de créance beaucoup plus claires. Il reste certains points que la jurisprudence, espérons-nous, viendra éclaircir. D'ailleurs, des jurisprudences liées à la cession et au nantissement de créance par bordereau peuvent être transposables au nantissement de droit commun. Une comparaison avec le droit vietnamien peut être utile pour mieux apprécier l'apport de la réforme en ce qui concerne la constitution du nantissement de créance.

SECTION II : DROIT VIETNAMIEN

²⁵⁸ Cass., ch. mixte, 17 nov. 2006, *JCP E* 2006. 2775, obs. D. Houtcieff ; *J.-Cl Civil*, (art. 2356 à 2366) par D. Legeais, fasc. préc., n°48 : « Cette solution est de nature à faire évoluer la jurisprudence qui s'agissant de la cession de créances professionnelles réalisée par la voie "Daily" retenait jusqu'alors que la caution ne pouvait reprocher au créancier l'absence de notification ».

²⁵⁹ Cass., com, 30 juin 2009, Y. Picod, « Le non-exercice d'une faculté par le créancier, constitutif d'une faute à l'égard de la caution », *Recueil Dalloz* 2009, p. 2325.

254. Panorama R Les conditions de constitution de l'hypothèque de créance sont pour l'essentiel visées par les règles relatives à la constitution des sûretés en général et de l'hypothèque de bien en particulier. Dans la mesure où l'hypothèque de bien peut concerner différents types de biens, les solutions offertes ne sont pas toujours satisfaisantes tant en ce qui concerne les conditions de fond (sous-section I) que les conditions de forme (sous-section II).

SOUS-SECTION I : CONDITIONS DE FOND

255. Droit de créance R Le droit vietnamien ne reconnaît pas de manière expresse les notions de *droits personnels* et de *droits réels*. Par contre, la créance est considérée comme étant un droit patrimonial et un bien à part. Lorsqu'elle fait l'objet d'une hypothèque, il est important de déterminer l'assiette de celle-ci, c'est-à-dire la nature et l'ampleur de la créance (§ I) ainsi que l'obligation que la sûreté vient garantir (§ II).

§ I : ASSIETTE

256. Créances monétaires - Les créances qui font l'objet d'une hypothèque de créances sont des créances monétaires. L'article 322 du Code civil précise de manière expresse que les créances monétaires figurent parmi les droits patrimoniaux susceptibles d'être affectés en garantie des obligations civiles. La réglementation bancaire a recours à la notion anglaise de « *receivable*²⁶⁰ » qui désigne une somme d'argent que le vendeur d'une marchandise ou le prestataire d'un service doit collecter auprès de l'acheteur de cette marchandise ou de l'utilisateur de ce service conformément au contrat de vente ou de prestation de service ainsi signé entre les parties (art. 4.10 du Règlement relatif à l'affacturage par les établissements de crédit promulgué par la Décision n°1096/2004/QD-NHNN en date du 6 septembre 2004 promulguant, modifiée en 2008 et 2011).

Il est utile d'examiner le concept de créance monétaire en droit vietnamien (1) avant d'envisager les créances admissibles à l'hypothèque et leur ampleur (2).

A. Notion de créance en droit vietnamien

²⁶⁰ V. *infra*, n°674.

257. Créances monétaires et droits contractuels R Les créances monétaires appartiennent à la catégorie des créances visées aux articles 309 à 314 du Code civil²⁶¹. L'article 322 du même code fait une distinction entre les créances monétaires et les droits nés des contrats (rights under a contract). La coexistence de ces deux catégories de droits patrimoniaux au sein du Code civil est un exemple de l'influence du droit anglais sur le droit vietnamien. Les créances monétaires ont pour objet des fonds dont le recouvrement est relativement certain tandis que les droits contractuels sont plutôt éventuels et incertains.

258. Sûretés admises R L'hypothèque de créances visée par le Code civil et ses textes d'application porte sur des créances monétaires. La loi ne précise pas en revanche quelle sûreté pourrait grever les droits contractuels. Pourtant, dans la mesure où ceux-ci constituent des droits patrimoniaux, en règle générale, ils peuvent être hypothéqués.

259. Définition d'une créance monétaire R Les obligations sont divisées en obligations de faire et obligations de ne pas faire. Les obligations de faire comprennent l'obligation de transférer une chose ou un droit, l'obligation de paiement d'une somme d'argent, l'obligation d'honorer des titres de valeur et l'obligation de fournir une autre prestation (C.civ., article 280)²⁶². Elles incluent en conséquence des obligations de donner. Du point de vue du créancier, l'objet de l'obligation de paiement d'une somme d'argent de son débiteur est sa créance monétaire.

260. Opérations sur créances R Exception faite de l'hypothèque de créance, la loi ouvre la possibilité de réaliser un certain nombre d'autres opérations sur créance : cession de créance (articles 309 à 314 et article 449 du Code civil), délégation de créance (article 293 du Code civil), novation de créance (article 379 du Code civil) et stipulation pour autrui (article 406.5 et articles 419 à 421 du Code civil). D'une manière générale, les dispositions en vigueur demeurent insuffisantes, excepté pour la cession de créance, ce qui explique, en partie, la faible intérêt pratique pour ces opérations.

²⁶¹ Ces articles visent le transfert des créances et des obligations.

²⁶² L'article 290 du Code est le seul article du Code civil qui régit l'obligation de paiement d'une somme d'argent. Il reste particulièrement sommaire.

Dans un souci de commodité, nous utiliserons dans la suite de cette étude, en ce qui concerne le droit vietnamien, le terme *créance* qui désignera la *créance monétaire*.

B. Généralité et portée des créances nanties

261. Panorama **R** Une fois la notion de créance éclaircie, il est utile de préciser la nature des créances susceptibles d'hypothèque (1) et l'ampleur même de l'hypothèque (2). Force est de constater que le droit vietnamien demeure lacunaire à certains égards.

1. Généralité des créances pouvant être hypothéquées

262. Principe **R** Aux termes de l'article 4.1 du Décret 163, les biens constituant assiette des sûretés peuvent être présents ou futurs sous réserve d'être dans le commerce. Ce principe s'applique aux créances car elles constituent une catégorie des biens expressément visée par le Code civil (art.163 et art.322). Selon l'article 22.1 du Décret 163, l'hypothèque de créance peut avoir pour assiette une créance future. Ainsi, les créances affectées en hypothèque peuvent être aussi bien des créances présentes que des créances futures.

263. Limites **R** La loi ne pose pas de limites concernant les créances susceptibles d'être hypothéquées. Néanmoins, selon le Code civil, il est interdit de transférer, de nover ou de compenser des créances alimentaires ou des créances d'indemnité en réparation des préjudices corporels et moraux²⁶³. Ces interdictions pourraient s'appliquer par analogie à l'hypothèque de créance.

264. Créances futures **R** En application de l'article 342, alinéa 1 du Code civil, l'hypothèque peut porter sur un bien futur. Les créances futures peuvent être hypothéquées. Le principe est expressément posé par l'article 22, alinéa 1 du Décret 163 mais cet article ne dit rien sur ce qu'il faut entendre par la notion de *créance future*. Certains auteurs estiment que les créances futures devraient être certaines²⁶⁴.

265. Régime antérieur **R** Selon l'article 4.2 de la version de 2006 du Décret 163, « *un bien futur est un bien qui appartient au constituant de la sûreté ultérieurement à la naissance de l'obligation garantie ou à la constitution de la sûreté* ». Ce texte

²⁶³ Articles 309.1.(a), 379.3 et 381.3

²⁶⁴ V. Vu Thi Hong Yen, « Les sûretés conventionnelles du Code civil de 2005 : aspects théoriques et pratiques », présentation donnée à la conférence sur la réforme du Code civil financée par l'Agence Japonaise de Coopération Internationale en avril 2012 tenue à Hanoi.

ajoute que « *le bien futur peut être aussi un bien qui existe d'ores et déjà au moment de la constitution de la sûreté mais qui appartiendra au constituant de cette sûreté qu'ultérieurement à ce moment* ». L'entrée d'un bien dans le patrimoine²⁶⁵ d'une personne était le facteur déterminant pour apprécier le caractère futur d'une créance qu'elle existe ou n'existe pas encore. La définition était relativement pertinente.

266. Régime actuel R La nouvelle version de 2012 de l'article 4, alinéa 2 du Décret 163 énonce qu'un bien futur ne doit pas être le droit d'usage d'un terrain et énumère la liste de trois catégories de biens futurs :

- les biens résultant de l'utilisation des prêts bancaires (les biens acquis par l'affectation de ces prêts en conformité avec les stipulations contractuelles) ;
- les biens en cours de formation ou de création à la date de conclusion de la sûreté (le législateur semble viser la naissance physique des biens, par exemple un bâtiment en cours de construction);
- les biens ayant été formés qui sont soumis à l'enregistrement du droit de propriété mais cet enregistrement est effectué après la date de constitution de la sûreté.

Ce texte a le mérite de lister les types de biens considérés comme biens futurs mais vise plutôt les biens corporels dont la création physique est facilement tracée. Il serait difficile, voir impossible d'appliquer le texte pour déterminer si une créance est une créance future. C'est une chose regrettable car à force de concrétiser les choses, le législateur risque de faire sortir les créances du domaine des biens futurs.

267. Acquisition de la propriété R Selon l'article 8, alinéa 1 du Décret 163, lors que le constituant acquiert la propriété de tout ou partie d'un bien futur, le créancier garanti aura des droits soit sur cette partie de ce bien, soit sur tout ce bien.

Ainsi, en principe, une sûreté ne peut pas grever un bien avant que le constituant ne devienne propriétaire de ce bien. Les droits du créancier garanti naissent seulement à la date d'acquisition du bien. En effet, la convention de sûreté sur un bien futur « *crée une sûreté incomplète qui perdure jusqu'à l'acquisition du bien et qui est destinée à*

²⁶⁵ Le terme *patrimoine* est utilisé ici par commodité dans la mesure où ce concept juridique n'existe pas en droit vietnamien.

*grever le bien acquis, mais qui, dès l'acquisition du bien, prend effet à compter de la date de la convention de sûreté*²⁶⁶ ».

Par exemple, un débiteur consent une hypothèque en faveur de X sur un bien futur le 1 mars et acquiert ensuite la propriété de ce bien, le 15 septembre. Selon le texte susmentionné, l'hypothèque greève le bien le 15 septembre. Supposons que le 2 avril, ce même débiteur ait consenti une seconde hypothèque sur le même bien futur en faveur de Y. Qui a la priorité, X ou Y? On pourrait penser que ces hypothèques ne greèvent pas le bien tant que le constituant n'en est pas devenu propriétaire; en conséquence, les droits de X et de Y sont nés simultanément. De plus, pourrait X avoir la priorité car X est le premier en date? On peut trouver la réponse dans l'article 11.1 du décret 163 et l'article 325 du Code civil selon lesquelles, la priorité est déterminée selon les dates d'enregistrement des sûretés et en l'absence d'enregistrement selon les dates de constitution des sûretés.

2. Ampleur de l'hypothèque de créance

268. Quotité des créances R L'article 342, alinéa 1 du Code civil reconnaît la possibilité de mise en hypothèque de tout ou partie d'un bien meuble. Cette règle est précisée par l'article 22, alinéa 2 du Décret 163 aux termes duquel l'hypothèque peut porter sur toute la créance ou sur une fraction de celle-ci.

La loi ne vise pas expressément l'hypothèque d'un ensemble de biens. Toutefois, la définition de l'hypothèque prévue par l'article 342, alinéa 1 ne limite pas l'assiette d'une hypothèque à un seul bien. Sur le plan pratique, l'utilisation d'un ensemble de biens en garantie d'une obligation permet une économie de temps et de coût. Cela étant dit, une consécration légale expresse de cette possibilité devra intervenir pour assurer un meilleur degré de sécurité juridique au créancier hypothécaire.

269. Accessoires des créances R En règle générale, l'hypothèque d'un bien meuble ou immeuble s'étend de plein droit à ses accessoires si elle porte sur l'intégralité du bien (C.civ., art. 342, al.1) et sauf convention contraire si elle ne concerne qu'une partie du bien. L'hypothèque de créance n'échappe pas à ce principe. Le problème réside cependant dans la détermination des accessoires d'un bien. L'article 176.2 définit l'accessoire comme étant « *une chose qui sert*

²⁶⁶ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn, 2008, para.2-13.

directement à l'exploitation de la fonction du principal et une partie du principal mais qui peut être détachée du principal ». Ainsi, le législateur se réfère expressément à la notion de chose au sens de bien corporel pour définir l'accessoire. La définition retenue paraît viser seulement les accessoires des biens corporels et non les biens incorporels comme les créances. Dans la prochaine réforme du Code civil, il serait souhaitable d'adopter en droit vietnamien la position du droit français²⁶⁷ selon laquelle les accessoires des créances comprennent des véritables sûretés garantissant le paiement de la créance grevée et des intérêts ainsi que les droits et actions appartenant au constituant et attachés à la créance.

§ II : OBLIGATION GARANTIE

270. Nature de l'obligation garantie R L'obligation garantie peut être présente, future ou conditionnelle (C.civ., art .319, al.2). Le législateur adopte ainsi une position particulièrement flexible.

Si la définition d'une créance future à hypothéquer reste insatisfaisante, celle d'une obligation future que l'hypothèque garantit demeure assez pertinente. Ainsi, aux termes de l'article 3, alinéa 6 du Décret 163, « *une obligation future s'entend d'une obligation civile découlant d'une transaction civile (au sens d'un acte juridique) qui est conclue après la constitution de la sûreté* ».

En théorie, la loi ne précisant pas la nature de l'obligation garantie, celle-ci pourrait aussi bien être monétaire que non-monétaire. Cependant, la garantie d'une obligation non-monétaire ne pourrait pas être mise en œuvre en pratique, en raison d'une part du principe de l'interdiction de l'enrichissement sans cause figurant à l'article 256 du Code civil, et, d'autre part, du principe de restitution de l'excédent visé aux articles 355 et 338 du Code civil, ainsi qu'aux articles 64a. 2 (b) et 64b. 2 du Décret 163 : il est difficile voire impossible de déterminer quelle sera la valeur des biens grevés requis pour permettre d'éteindre une obligation non-monétaire²⁶⁸. En conséquence, il apparaît que le montant de la créance grevée sera affectée en paiement d'une obligation monétaire, des intérêts et frais, des dommages et intérêts et des pénalités contractuelles.

²⁶⁷ Le Code civil prévoit seulement le transfert automatique des sûretés en cas de cession d'une créance (art.313).

²⁶⁸ Richard Calnan, "What makes a good law of security", Conference on personal property security law: local and global perspectives, Adelaide Law School, 20 & 21 February 2013.

271. Ampleur de l'obligation garantie R L'hypothèque de créance peut être consentie en garantie de tout ou une partie de l'obligation garantie sur convention des parties ou en vertu de la loi. En l'absence d'une stipulation contractuelle ou d'une disposition de la loi, elle garantit l'intégralité de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les dommages et intérêts (C.civ., art. 319, al.1).

272. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION I R D'une manière générale, les dispositions générales concernant le régime de l'hypothèque de biens s'adaptent assez bien aux obligations garanties en cas d'hypothèque de créance. Par contre, la loi demeure lacunaire en ce qui concerne les accessoires de la créance et la notion de créance future. Qu'en sera-t-il des conditions de forme de l'hypothèque de créance ?

SOUS-SECTION II : CONDITIONS DE FORME

273. Absence de dispositions spécifiques R Les articles gouvernant spécifiquement l'hypothèque de créance ne posent pas d'exigences de forme. Il faut donc se référer au régime général des sûretés et celui de l'hypothèque de bien pour déterminer tant les conditions de validité (§ I) que les conditions d'opposabilité (§ II) de la sûreté.

§ I : LES CONDITIONS DE VALIDITÉ

A. Exigence d'un écrit

274. Principe R L'article 343 du Code civil exige que l'hypothèque de bien soit constatée par écrit, qui peut être un document séparé ou le contrat principal. L'acte d'hypothèque de créance n'est pas nécessairement authentique ou certifié par une autorité compétente. Il peut être un simple acte sous signature privée.

275. Défaut d'écrit R La loi précise la sanction du défaut d'écrit : l'article 127 du Code civil pose la règle selon laquelle le non-respect d'une condition de validité imposée par la loi entraîne la nullité de l'acte.

Cependant la nullité ne sera prononcée qu'à l'expiration d'un délai de régularisation imposé par le juge ou une autre autorité étatique compétente (C.civ., art. 134).

276. Durée et date R Aux termes de l'article 344 du Code civil, la durée d'une hypothèque de bien peut être conventionnelle et à défaut de stipulation contractuelle, le terme de l'hypothèque court jusqu'à ce que l'obligation garantie prenne fin. Cette règle s'applique à l'hypothèque de créance.

L'hypothèque de créance prend effet entre les parties à partir de la date de l'acte sauf si les parties en conviennent autrement (art.10, al.1 du Décret 163).

B. Désignation des créances

277. Description des créances hypothéquées R Selon l'article 282. 2 du Code civil, l'objet d'une obligation civile doit être déterminé d'une manière précise. Pourtant, l'article 10. 2 de la version de 2006 du Décret 163 posait la règle que « *la description générale d'un bien engagé n'affecte pas la validité d'une sûreté* ». Cette règle a été supprimée de sa version de 2012 (art.1, al.20 du Décret n°11/2012/ND-CP) pour éviter la répétition dans la mesure où selon l'article 33 du Décret 83, la description générale du bien grevé n'affecte pas la validité de l'enregistrement de la sûreté. Ainsi, il paraît que la loi n'exige pas que la créance hypothéquée ne soit suffisamment déterminée.

278. Désignation de l'obligation garantie R L'article 8a du Décret 163 concernant la garantie d'une obligation future énonce que « *dans le contrat de sûreté conclu en garantie d'une obligation (future), les parties ne doivent pas nécessairement mentionner de manière précise l'étendue de l'obligation garantie et le délai de réalisation de celle-ci, sauf stipulation contractuelle ou disposition légale contraire. Lorsque l'obligation garantie est née, les parties ne doivent pas procéder à une inscription modificative de leur sûreté* ». L'étendue d'une obligation garantie ici visée signifie l'ampleur de l'obligation garantie, c'est-à-dire l'intégralité ou une fraction de celle-ci (C.civ., art. 319, al.1). Ce texte pose donc une dérogation à l'exigence de la déterminabilité de l'obligation imposée par l'article 182, alinéa 2.

Cette règle est particulièrement favorable aux créanciers garantis²⁶⁹ dont les créanciers hypothécaires. Par exemple, lorsque la valeur de la créance hypothéquée est largement supérieure au montant du prêt garanti. Une clause qui dit « *la créance*

²⁶⁹ La règle s'est inspirée probablement du modèle de *all moneys security* de droit anglais.

X est mise en hypothèque pour garantir le prêt A et tous les autres prêts futurs octroyés par la banque ou toutes les autres obligations financières du constituant vis-à-vis de celle-ci» est tout à fait valable.

279. CONCLUSION DU § I R Tout comme le droit français, le droit vietnamien prescrit que l'hypothèque de créance doit être constatée par écrit. Cependant, le droit vietnamien n'impose pas la spécialité de la créance hypothéquée ou de l'obligation garantie. De plus, les conditions de validité sont empruntées au régime général des sûretés et celui de l'hypothèque de bien. Il est souhaitable que cette sûreté se dote de ses propres conditions de validité pour mieux tenir compte de ses caractéristiques.

§ II : LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ

A. Opposabilité aux tiers

280. Enregistrement R Comme les autres sûretés portant sur un bien, l'hypothèque de créance est opposable aux tiers à partir de la date de son inscription (art.11.1 du Décret 163) auprès d'un CITB (art.3, al.6 de la Circulaire 05). L'enregistrement de l'hypothèque de créance est une solution efficace pour résoudre des conflits éventuels sur la créance.

B. Opposabilité au débiteur de la créance hypothéquée

281. Consentement R L'alinéa 1 de l'article 22 du Décret 163 précise que l'hypothèque de créance n'est pas soumise à l'accord préalable du débiteur de la créance hypothéquée. Ceci est évident car le constituant qui est propriétaire de la créance peut en utiliser l'utilité économique comme il le souhaite, et donc l'affecter en garantie.

282. Notification comme droit ou obligation R Aux termes des articles 22. 2 (b) et 22. 3 (b) du Décret 163, « *le créancier hypothécaire doit fournir des informations sur l'hypothèque de créance au débiteur de la créance hypothéquée à la demande de celui-ci* » et « *le débiteur de la créance hypothéquée est en droit de demander au créancier hypothécaire de lui fournir des informations sur l'hypothèque de créance et à défaut de cette notification peut refuser de payer la créance entre les mains de celui-ci* ». La notification est donc envisagée comme étant une obligation du créancier de la créance hypothéquée et en sens inverse un droit du débiteur de cette créance.

283. Informations fournies R Les dispositions de l'article 22 susmentionnées restent floues sur la teneur des informations à fournir. Deux analyses sont concevables. La première consiste à dire que la notification porte sur la constitution de l'hypothèque de créance. Cette hypothèse semblerait pertinente car le débiteur de la créance hypothéquée devra savoir entre les mains de qui, du constituant ou du créancier hypothécaire, il payera la créance dans le futur. Cependant, comme l'article 22, alinéa 2 (b) subordonne la notification à la demande expresse du débiteur de la créance hypothécaire, cette analyse n'est pas pertinente.

Selon la seconde analyse, la notification porte sur le déroulement de l'hypothèque de créance. Il est évident dans ce cas que le débiteur de la créance hypothécaire a été préalablement informé de la constitution de l'hypothèque de créance, à défaut de quoi, il ne pourrait pas exercer son droit à l'information. La notification préalable est faite soit par le constituant soit par le créancier hypothécaire. Cette analyse n'est pas non plus pertinente dans la mesure où la notification de la constitution d'une hypothèque de créance étant importante (il rend libératoire le paiement entre les mains du créancier hypothécaire), elle ne peut pas résulter simplement d'une interprétation de l'implicite d'un texte mais devra être expressément visée par la loi.

L'ambiguïté concernant la valeur juridique de la notification peut être expliquée par la cohabitation de la notification avec l'enregistrement obligatoire de l'hypothèque de créance qui assure l'opposabilité de la sûreté aux tiers. En effet, cette mesure d'opposabilité aux tiers assure nécessairement l'information du débiteur de la créance hypothéquée. Cependant, une telle approche est draconienne dans la mesure où le débiteur cédé se sentira obligé de consulter le registre avant le paiement de toute dette²⁷⁰. Elle rendrait inutile la notification.

284. Rôle de la notification R L'article 22.3(b) du Décret 163 prévoit que le débiteur de la créance hypothéquée peut refuser de payer le montant de la créance grevée entre les mains du créancier hypothécaire en cas de défaut de notification de la part du créancier hypothécaire. Ainsi, le texte reconnaît de manière implicite que la notification rend l'hypothèque de créance opposable au débiteur de la créance hypothéquée. Pourtant, ceci aurait dû être prévu de manière expresse par la loi.

²⁷⁰ Christopher Brown, "Preserving priority in receivable financing: time to revisit *Dearle v Hall*", *International Company and Commercial Law Review*, 1994, editorial.

285. Quelle approche ? R La notification telle qu'envisagée par le droit positif n'est pas tout à fait pertinente. Or, en cas de cession de créance, le cédant est tenu d'en faire notification au débiteur de la créance cédée (C.civ., art.309.2)²⁷¹. Dans un cas ou dans l'autre, cette notification assure l'opposabilité de l'opération au débiteur de la créance. Celui-ci est en principe le sujet passif de l'obligation de paiement de la créance et non un tiers auquel l'hypothèque de créance serait opposable à partir de son enregistrement. L'article 22 du Décret 163 devrait être modifié pour mieux refléter le rôle de la notification, à savoir rendre la sûreté opposable au débiteur de la créance hypothéquée, l'enregistrement de la sûreté assumant l'opposabilité aux tiers étrangers à l'hypothèque de créance. La notification devrait être limitée à celle de la constitution de l'hypothèque de créance. Par ailleurs, la notification ne devrait pas constituer une obligation car notifier ou non est justement une décision commerciale et il n'y a rien de négligent dans l'approche de non-notification²⁷². L'adoption d'une notification facultative est souhaitable. On pourrait dans le même sens prévoir, comme une alternative, le remplacement de cette notification par l'intervention du débiteur de la créance hypothéquée à l'acte.

Concernant l'acteur de la notification, il ne faudrait pas imposer que la notification soit faite par le créancier hypothécaire pour mieux respecter la liberté contractuelle²⁷³.

286. CONCLUSION DU § II R L'obligation d'enregistrement de l'hypothèque de créance en vue d'assurer son opposabilité aux tiers est une solution pertinente mais ces tiers ne devraient pas inclure le débiteur de la créance grevée. En effet, le traitement du débiteur de la créance hypothéquée comme tout autre tiers à l'hypothèque de créance n'est pas satisfaisant dans la mesure où celui-ci est le sujet passif de l'obligation de remise des fonds ou d'un autre instrument en paiement de la créance hypothéquée. La notification du débiteur de la créance hypothéquée devra pour cette raison être considérée comme une règle d'opposabilité au débiteur de la créance hypothéquée.

287. CONCLUSION DE LA SECTION II R Puisque les règles de constitution de l'hypothèque de créance sont pour la plupart des règles d'emprunt, elles ne sont pas

²⁷¹ L'exigence de notification n'est cependant pas satisfaisante dans la mesure où il y a de multiples raisons pour lesquelles le cessionnaire ne souhaite pas y procéder.

²⁷² Christopher Brown, "Preserving priority in receivable financing...", article préc.

²⁷³ C'est par exemple l'approche expressément retenue par le droit néerlandais (art. 3:94 (1) à art. 3:98 ou art 3:236(2) du BW).

tout à fait satisfaisantes. Une réforme de celles-ci sera attendue pour tenir compte des spécificités de cette opération à trois.

288. CONCLUSION DU CHAPITRE I R L'étude des conditions de constitution des sûretés conventionnelles classiques sur créance (nantissement de créance en droit français et hypothèque de créance en droit vietnamien) met en évidence l'artifice des règles de constitution empruntées aux règles générales des sûretés dans le cas du droit vietnamien. Les faiblesses du droit vietnamien proviennent du fait que les créances sont devenues une catégorie juridique de bien trop tardivement. Ceci peut être attribué au contexte économique du pays qui n'a commencé à développer l'économie de marché qu'en 1986. Le droit évolue certes pour s'adapter au développement de l'économie. Ceci dit, réformer les règles de constitution de l'hypothèque de créance ou plus généralement le dispositif de l'hypothèque de créance demeure impératif notamment parce que les créances tendent aujourd'hui à représenter une bonne part du total des biens d'une entreprise. Le modèle français pourrait être servi de référence à certains aspects dans cette réforme.

CHAPITRE II : DISTINCTION AVEC DES SÛRETÉS SPÉCIFIQUES SUR CRÉANCES

289. Coexistence des sûretés spécifiques sur créances R Le nantissement de créance visé par le Code civil a vocation à s'appliquer à toutes créances peu importe son origine, sa nature ou son régime. Mais il n'exclut pas l'existence des autres nantissements dits spéciaux qui engagent certains types de créances. Ceux-ci subsistent toujours en droit français pour des raisons tant historiques que pratiques.

Mais cette cohabitation des sûretés spécifiques sur créances est connue aussi en droit anglais.

D'une manière générale, certaines sûretés spéciales de créances doivent leur régime au droit commun (section I) tandis que d'autres en relèvent de manière indirecte ou supplétive (section II).

SECTION I : SÛRETÉS SPÉCIALES SUR CRÉANCES RELEVANT À TITRE PRINCIPAL DU DROIT COMMUN

290. Aperçu général R L'ordonnance de 2006 réformant le droit français des sûretés place le nantissement de contrat d'assurance-vie et le nantissement de compte sous le régime du nantissement de droit commun. Puisqu'elles sont des créances spéciales, les créances d'assurance-vie et les soldes créditeurs de compte constituent l'assiette de deux types de nantissements spéciaux visés expressément par la loi. Ces nantissements sont soumis aux dispositions relatives au nantissement de droit commun mais aussi à des règles spécifiques, qu'elles soient édictées dans le Code civil ou dans un texte spécial. Cependant, les dispositions spécifiques ne font que compléter et préciser celles du Code civil. On peut ainsi dire que ces types de nantissement relèvent à titre principal du régime de droit commun.

Le droit vietnamien demeure lacunaire dans ce domaine, ce qui n'empêche pas la pratique bancaire d'inventer des montages permettant la constitution de ces sûretés spéciales.

Nous examinerons successivement dans cette section les sûretés grevant les contrats d'assurance-vie (sous-section I) et les comptes-espèces (sous-section II) en droit français et en droit vietnamien en faisant des parallèles avec le droit anglais.

SOUS-SECTION I : SÛRETÉS GREVANT UN CONTRAT D'ASSURANCE-VIE

291. Typologie de garanties R L'assurance-vie est « *un contrat par lequel, en échange d'une prime, l'assureur s'engage à verser au souscripteur ou au tiers par lui désigné, une somme déterminée (capital ou rente) en cas de mort de la personne assurée, ou de sa survie à une époque déterminée*²⁷⁴ ». L'objet des prestations de l'assureur R le versement des sommes d'argent au souscripteur ou au tiers bénéficiaire R constitue une bonne garantie du crédit. Les techniques de mise en garantie du contrat d'assurance-vie existent en France depuis le milieu des années 1980²⁷⁵. Elles peuvent être le nantissement de contrat d'assurance-vie, la désignation du créancier comme bénéficiaire de l'assurance, la cession de la créance du contractant à titre de garantie ou la délégation.

292. Droit anglais R Un contrat d'assurance-vie²⁷⁶ est un bien incorporel (*chose en action*). En général, il peut être affecté en garantie sous forme d'un *mortgage*.

Il résulte de l'arrêt *Spencer v Clarke* (1878) 9 Ch D 137 qu'il peut s'agir d'une cession en équité (*equitable mortgage*) qui implique le dépôt du contrat d'assurance chez le prêteur ou la conclusion d'acte de dépôt (*memorandum of deposit*) stipulant les termes de la sûreté et l'obligation du constituant à signer une cession prévue par la loi (*legal mortgage*) si besoin est, suivie de la notification faite à l'assureur.

La cession prévue par la loi (*legal mortgage*) est exprimée par un *deed* par lequel le droit de recevoir le capital assuré (*policy monies*) de l'assureur est transféré au banquier. Ce type de *mortgage* est préféré par les banques car elle leur confère la possibilité d'exercer directement les droits du titulaire du contrat d'assurance-vie en

²⁷⁴ Picard et Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, LGDJ.

²⁷⁵ F. Bertout, A. Gourio et A. Potiez, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie des prêts », *JCP Not. et Im.*, n°13, 31 mars 1995, n°2.

²⁷⁶ En droit anglais, les indemnités d'assurances payées en relation d'un bien affecté en garantie ne constituent pas de plein droit ou d'une manière explicite l'assiette de la garantie. V. Hazel Miller, "Insurance as credit support", *Journal of International Banking and Financial Law*, June 2007.

leur nom sans devoir recourir à leur client²⁷⁷. Un tel transfert de la police d'assurance à titre de garantie est en général soumis à l'article s 3 de la *Policies of Assurance Act 1867*²⁷⁸. Selon l'arrêt *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Five Star Trading LLC* [2001] EWCA, une cession prévue par la loi à titre de garantie de l'ensemble des droits nés de la police d'assurance peut être également réalisée dans les conditions fixées par l'article s 136 de la *Law of Property Act*²⁷⁹.

En règle générale, quatre conditions devront être réunies pour assurer la priorité du créancier bénéficiaire d'une cession prévue par la loi²⁸⁰ :

- prise de possession de la police d'assurance ;
- une cession formelle de la police d'assurance qui peut être par voie d'un endossement ou d'un document séparé ;
- notification de la cession à l'assureur et
- confirmation émanant de l'assureur qu'il n'a pas reçu de notification préalable de la part des autres créanciers garantis.

La règle de *Dearle and Hall*²⁸¹ a vocation à s'appliquer pour déterminer la priorité des créanciers. Cependant, il a été jugé dans l'arrêt *Re Weniger's Policy* [1910] 2 Ch 291 que si une police d'assurance n'est pas remise au bénéficiaire d'une *mortgage*, il est censé avoir *constructive notice* (notification présumée)²⁸² d'une sûreté antérieure et ne peut pas gagner en priorité en notifiant sa cession à l'assureur.

Enfin, une banque ne veut pas en pratique réaliser sa sûreté avant que le capital assuré devienne exigible. Pourtant, en cas de nécessité, elle peut exercer son droit de rachat ou vendre la police d'assurance sans le consentement du souscripteur. S'il

²⁷⁷ G J S Hill, W J L Blair, G A Walker, A. Mckight, A.Kramer, *Securities*, Encyclopaedia of Banking Law, LexisNexis, 2010, paras. 881-884.

²⁷⁸ Selon ce texte, “no Assignment made after the passing of this Act of a Policy of Life Assurance shall confer on the Assignee therein named, his Executors, Administrators, or Assigns, any Right to sue for the Amount of such Policy, or the Monies assured or secured thereby, until a written Notice of the Date and Purport of such Assignment shall have been given to the Assurance Company liable under such Policy at their principal Place of Business for the Time being, or in case they have Two or more principal Places of Business, then at some One of such principal Places of Business, either in England or Scotland or Ireland, and the Date on which such Notice shall be received shall regulate the Priority of all claims under any Assignment; and a payment bona fide made in respect of any policy by any Assurance Company before the Date on which such Notice shall have been received shall be valid against the Assignee giving such Notice as if this Act had not been passed.”

²⁷⁹ Sur ces conditions, v. *infra*, n°683 et s.

²⁸⁰ Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, 5th ed, 2011, para.16.9.

²⁸¹ Arrêts *Dearle and Hall* et *Loveridge v Cooper* [1823, 1827, 1828] 3 Russ 1.

²⁸² Sur cette notion, v. *infra*, n°728.

s'agit d'une cession en équité, une telle faculté ne peut être mise en œuvre qu'en vertu d'une décision de justice à moins que son client y consente²⁸³.

Nous n'analyserons pas ici en détail cette sûreté de droit anglais car la *mortgage* entraîne un transfert de la propriété de la créance grevée alors que cette partie de l'étude est consacrée aux sûretés n'impliquant pas un tel transfert de propriété²⁸⁴.

293. Contexte R Le gage du contrat d'assurance-vie, sûreté initiale portant sur la créance d'une assurance-vie a été remplacé par la réforme de 2006 par le nantissement, sûreté portant désormais sur les meubles incorporels. La nouvelle physionomie de la sûreté est maintenant assez complète et permettrait probablement de mobiliser cette source de valeur patrimoniale au service du développement du crédit (§ I). La situation n'est pas la même au Vietnam où les premiers produits d'assurance-vie ont été lancés tardivement en 1996²⁸⁵ suite à l'adoption du Décret n°100-CP du Gouvernement en date du 18 décembre 1993 portant la commercialisation des produits d'assurances²⁸⁶. En effet, le contrat d'assurance-vie ne fait l'objet d'aucune sûreté expressément visée par la loi, révélant une lacune juridique à combler (§II).

§ I – UNE INSTITUTION ASSEZ COMPLÈTE EN DROIT FRANÇAIS

294. Apport de la réforme R Avant la réforme de 2006, l'utilisation des contrats d'assurance-vie en garantie des prêts présentait des incertitudes liées à la validité et au régime de cette dernière²⁸⁷. L'ordonnance de 2006 et la loi n°2007-1775 du 17 décembre 2007 ont réformé en profondeur le nantissement du contrat d'assurance-vie tant au niveau de sa constitution (A) qu'au niveau de sa mise en œuvre (B).

²⁸³ G J S Hill, W J L Blair, G A Walker, A. Mckight, A. Kramer, *Securities*, ouvrage précité, para.886.

²⁸⁴ Pour une présentation détaillée des sûretés sur les polices d'assurances-vie, v. Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, ouvrage précité, paras. 16.1 *and seq.*

²⁸⁵ Ces produits ont été proposés par la compagnie d'assurances étatique *Bao Viet* (actuellement connue sous le nom de *Bao Viet Group*).

²⁸⁶ Vers les années 1970, Hung Viet, une société d'assurances privée a commercialisé certains produits d'assurance-vie dans le Sud du pays mais celle-ci a été liquidée après la réunification du pays en application d'une politique du Gouvernement. Il y avait une rupture dans le développement de ce marché jusqu'à la date du décret qui permettait la mise dans le commerce des assurances-vie.

²⁸⁷ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013, n°539.

A. Constitution

295. Panorama R L'assurance-vie est une créance spéciale. Si les conditions de constitution du nantissement de celle-ci sont devenues plus aisées après l'ordonnance de 2006 (2), une attention particulière doit être accordée à l'évaluation de la prédisposition du contrat d'assurance-vie à constituer l'assiette de cette garantie au regard de ses caractéristiques (1).

1. Spécificités attendues du contrat d'assurance-vie

296. Multiples critères R Les formules d'assurance-vie sont aujourd'hui multiples pour répondre aux besoins variés des souscripteurs. Le créancier nanti devra donc choisir les contrats d'assurance-vie qui sont susceptibles de lui donner une bonne protection. Différents critères doivent alors être pris en considération pour assurer cette efficacité.

297. Nature du contrat R Il est préférable que le contrat d'assurance garantisse aussi bien le risque de vie et que le risque de décès de l'assuré-souscripteur. Ainsi, le créancier nanti peut s'assurer que le capital assuré lui sera versé aussi bien au décès de l'assuré-souscripteur, survenu avant l'échéance du contrat, qu'en cas de sa survie au terme du contrat.

En vertu de l'article L. 132-23, al.1 du Code des assurances, les assurances en cas de vie sans contre-assurance ne peuvent comporter de rachat. Or, le droit de rachat est l'une des prérogatives essentielles du créancier nanti. En conséquence, un créancier à qui est proposé un contrat d'assurance en cas de vie aura intérêt à imposer une contre-assurance décès.

298. Durée du contrat R La concordance des dates d'échéance du contrat d'assurance-vie et de la créance garantie est un facteur déterminant dans la mise en œuvre du nantissement. Le meilleur scénario est que « *la durée du contrat d'assurance-vie et du contrat de crédit coïncide puisque la sortie du contrat d'assurance-vie doit permettre le remboursement du prêt*²⁸⁸ ». Une telle coïncidence peut être naturelle sans intention des parties mais le plus souvent elle résulte d'une convention selon laquelle une assurance-vie est spécifiquement conclue puis affectée comme un instrument de garantie d'un prêt déterminé. Mais il arrive aussi qu'un

²⁸⁸ F. Bertout, A. Gourio et A. Potiez, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie ... », art.préc., n°15.

emprunteur utilise comme l'assiette de sa sûreté un contrat d'assurance-vie qu'il a conclu sans rapport avec le prêt, la date d'échéance de celui-ci pouvant être différente de celle de la créance garantie. La réalisation du nantissement doit alors passer par la prise en considération de l'écart entre ces échéances respectives.

299. Régime des primes R Les primes payées par le souscripteur alimentent l'assurance et constituent le capital assuré ou la valeur de rachat sur lequel le créancier nanti pourra exercer ses droits. L'assiette de la sûreté varie en fonction des modalités de versement des primes.

S'agissant de la prime unique payable à la date de conclusion du contrat d'assurance-vie ou des primes périodiques programmées, les sommes devant être versées qui sont déterminées (le créancier nanti en connaît donc le montant dès la conclusion du contrat de nantissement sous réserve d'un suivi de leur versement effectif) forment l'objet de la sûreté, c'est-à-dire le capital assuré.

Les contrats à versements libres constituent aujourd'hui des contrats de pur placement. Ils représentent l'immense majorité des contrats souscrits²⁸⁹ car le mécanisme est souple. Le souscripteur doit faire un versement minimum à la souscription R ce montant étant très variable selon les compagnies d'assurance R et pourra soit ne plus rien verser, soit verser sur son contrat chaque fois qu'il disposera d'une somme d'argent ou encore demander à la société d'assurance de prélever une somme définie à une périodicité définie. Il peut donc constituer un capital à terme et les prélèvements peuvent être arrêtés lorsqu'il le souhaite, sans pénalités et contraintes. Les créances nanties sont dans ce cas la valeur de rachat de ces contrats et éventuellement le capital assuré.

Le créancier nanti doit veiller également au paiement effectif des primes. Or, l'obligation de payer des primes, si elle pèse sur le souscripteur des autres assurances de personnes, n'est pas applicable aux assurances-vie (C. assur. art.L 113-2). Cette règle est impérative et aucune clause du contrat d'assurance ne peut y déroger²⁹⁰. En conséquence, l'assureur ne dispose d'aucune action pour exiger ce paiement (C. assur., art. L132-20, al.1). Le caractère facultatif du paiement des primes expose le

²⁸⁹ R. Cibille, « L'assurance vie, instrument multifonctions de la gestion du patrimoine familial », *AJ Famille*, 2007, p. 376.

²⁹⁰ J. Bigot, Ph. Baillot, J. Kullman et L. Mayaux, *Traité de droit des assurances : Tome 4, Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007, n°532.

créancier nanti à un risque de réduction de la valeur du contrat²⁹¹ ou de résiliation pure et simple du contrat²⁹² en cas d'interruption des paiements. Ce risque est inhérent aux primes périodiques et aux versements libres et affecte, s'il est réalisé, l'assiette du nantissement. On pourrait, certes, avancer que conformément à l'article L 132-19 du Code des assurances, le créancier nanti peut se substituer au souscripteur pour payer les primes dans l'espoir de conserver la sûreté mais s'il procède ainsi, il risque également de ne pas pouvoir obtenir remboursement des sommes versées face à un débiteur incapable d'exécuter son contrat d'assurance. Pourtant, le créancier nanti peut « *limiter ce risque en subordonnant le prêt au versement d'une première prime substantielle et en stipulant une clause d'exigibilité immédiate de remboursement en cas d'interruption du paiement dont l'assureur s'engagera contractuellement à l'informer*²⁹³ ». Cependant, cette solution serait difficile à mettre en œuvre si le souscripteur emprunteur est une personne à revenus modestes. Elle risque également de perturber l'exécution d'un contrat d'assurance qui n'a pas été spécifiquement conclu pour servir de garantie au prêt. Une solution est envisageable si le prêteur est en même temps le teneur des comptes du constituant : l'acte de nantissement pourrait conférer au créancier nanti le droit de débiter le montant de la prime due du solde créditeur d'un compte du constituant.

300. Nature des prestations R Le créancier doit exiger une sortie en capital et non une sortie en rente car seule la première formule lui permettra de récupérer en une seule fois le montant total de la créance issue du contrat d'assurance. Si un contrat d'assurance-vie offre en même temps ces deux possibilités de règlement des prestations, le créancier doit imposer au souscripteur l'obligation d'opter pour une sortie en capital dans le contrat de nantissement²⁹⁴.

301. Nature du capital assuré R La somme garantie par l'assureur peut être exprimée en monnaie, qu'il s'agisse de l'euro ou d'une autre devise (C.assur., art. L.160-3). Dans ces contrats libellés en monnaie, l'assureur assume le risque financier et garantit un capital déterminé à l'échéance. Le créancier nanti se trouve dans une

²⁹¹ La cessation du versement des primes n'entraîne pas celle du contrat et a pour seul effet de limiter l'engagement de l'assureur à un montant réduit, calculé à partir du montant de la provision mathématique atteinte. Ceci est une originalité de l'assurance-vie.

²⁹² La résiliation pure et simple intervient en cas d'inexistence ou d'insuffisance de provision mathématique (moins de deux primes annuelles ou moins de 15% des primes prévues). Dans le deuxième cas, l'assureur conserve les primes déjà payées (Cass.1^{re} civ., 28 mars 2000).

²⁹³ J. Bigot, Ph. Baillot, J. Kullman et L. Mayaux, *Traité ...*, ouvrage préc., n°472.

²⁹⁴ F. Bertout, A. Gourio et A. Potiez, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie ... », art.préc., n°8.

position relativement sécurisante. Par contre, dans les contrats en unités de compte où la somme garantie est exprimée par référence à une ou plusieurs unités de comptes constituées de valeurs mobilières ou d'actifs offrant une protection suffisante de l'épargne investie, l'assureur ne s'engage que sur le nombre d'unités de compte et non sur leur valeur, qui peut fluctuer à la baisse ou à la hausse sur les marchés financiers. Un créancier nanti prudent refuserait toute sûreté portant sur ces contrats d'assurance-vie ou exclurait l'adossement à un seul support qui n'utilise qu'une seule unité de référence ou en présence d'un contrat multi-supports subordonnerait l'octroi du crédit à l'exclusion des supports trop risqués ou spéculatifs. Il s'attacherait également à insérer dans la convention de nantissement une clause lui permettant d'exercer son droit de contrôler la répartition entre les supports²⁹⁵.

Il appartient alors au créancier nanti d'évaluer au cas par cas le degré de sécurité que la police d'assurance-vie offerte en garantie pourrait lui apporter en prenant en compte les éléments de base que nous venons de mentionner. Par ailleurs, il devra tenir compte de conditions de constitution du nantissement.

2. Conditions de constitution

302. Aperçu général R Les conditions de constitution du nantissement du contrat d'assurance-vie sont visées par les dispositions applicables au nantissement de créance de droit commun et par celles du Code des assurances. D'une manière générale, elles sont relativement simples et souples tant sur le plan du fonds (a) que sur le plan de la forme (b).

a. Conditions de fond

303. Créance nantie R Il s'agit de la créance à l'encontre de la compagnie d'assurances dont le souscripteur assuré ou le cas échéant le bénéficiaire acceptant est titulaire. L'objet de cette créance monétaire²⁹⁶ est en principe le capital assuré s'agissant d'un contrat à prime unique ou à versements périodiques ou la valeur de rachat ou peut-être le capital assuré s'agissant d'un contrat à versement libres. Et c'est bien cette somme garantie qui intéresse le créancier nanti. La créance d'assurance-vie est particulière d'autant plus que son régime est conditionné, *entre*

²⁹⁵ F. Bertout, A. Gourio et A. Potiez, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie ... », art.préc., n°10.

²⁹⁶ Qu'il s'agisse de contrat libellé en monnaie ou en unités de compte, le règlement des prestations par l'assureur doit intervenir en espèces (C. assur., art. L.131-1).

autre, par différents facteurs susmentionnés. Il est à noter que les polices à ordre ou au porteur ayant été supprimées (C. assur., art L.132-6), le nantissement porte désormais sur les polices nominatives.

304. Créance garantie R En pratique, le plus souvent, les polices d'assurance sont affectées en garantie des prêts ou d'autorisations de découvert consentis par une banque au souscripteur assuré ou au bénéficiaire (acceptant) du contrat²⁹⁷. Mais elles peuvent garantir également la dette d'autrui²⁹⁸. Il en est ainsi d'un dirigeant d'une société qui utilise le contrat d'assurance-vie souscrit sur sa tête en garantie d'un concours bancaire consenti à sa société²⁹⁹.

305. Consentement du tiers bénéficiaire R Le nantissement expose le tiers bénéficiaire au risque de ne rien percevoir en cas de réalisation. Il bénéficierait alors d'un droit vidé de sa substance. En revanche, si les opérations sur contrat sont soumises à une acceptation systématique de ce tiers bénéficiaire, elles pourront être rendues indisponibles à la grande surprise du souscripteur en raison de la pratique courante des acceptations sauvages de celui-ci. Or, l'acceptation du bénéficiaire rend la stipulation à son profit irrévocable (C. assur. art. L.132-9-I, al.1). Le législateur se prononce alors en faveur du souscripteur. En effet, « *quand l'acceptation du bénéficiaire est antérieure au nantissement, ce dernier est subordonné à l'accord du bénéficiaire. Quand l'acceptation du bénéficiaire est postérieure au nantissement, celle-ci est sans effet à l'égard des droits du créancier nanti* » (C.assur. art. L132-10). Il est donc indiqué que si l'acceptation intervient après la constitution du nantissement, elle n'affecte pas la validité de celui-ci. Certes, après l'acceptation du tiers bénéficiaire, le nantissement ne peut être constitué par le souscripteur qu'avec le consentement du tiers bénéficiaire mais ce consentement n'est désormais valable que si le souscripteur, de son vivant, l'accepte (C. assur. art. L.132-9-II). Il s'agit alors la *règle de l'acceptation de l'acceptation* qui implique que l'acceptation devient un acte bilatéral.

Il est évident qu'un souscripteur prudent, conscient de l'irrévocabilité de l'acceptation du tiers bénéficiaire et de l'incidence d'une acceptation intempestive

²⁹⁷ C. Grimaldi, « L'acceptation de l'acceptation d'un contrat d'assurance-vie », *Defrénois*, 15, sept. 2008, n°15, p.1645 : « ...peuvent être nanties non seulement la créance du bénéficiaire acceptant, mais aussi celle du bénéficiaire qui ne l'est pas ».

²⁹⁸ Cass.1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 06-10.217, Bull. civ. I, n°65, D. 2007, p. 937, obs. Avena-Robardet.

²⁹⁹ A. Cerles, « Le nantissement d'assurance-vie après la loi du 17 décembre 2007 », *RDBF*, n°5, sept., 2008, étude 22, n°1.

éventuelle par le bénéficiaire de la stipulation sur la constitution du nantissement, ne donne pas son accord avant que le nantissement ne soit consenti. Il ne le fait pas non plus au cours de la vie du contrat d'assurance-vie car une fois que l'acceptation du bénéficiaire a pris effet, il ne peut plus exercer sa faculté de rachat (au moins ceci diminue significativement l'attrait du nantissement aux yeux du créancier nanti !) et l'assureur ne peut lui consentir d'avance sans l'accord du bénéficiaire (C. assur. art. L.132-9-I).

306. Consentement des autres parties intéressées R Si l'assuré n'est pas le souscripteur, son consentement donné par écrit est requis à peine de nullité de tout gage (C. assur., art.132-2, al.2). La solution est édictée pour le gage que la réforme distingue désormais du nantissement. Il n'est pas question donc que ce principe ne soit appliqué au nantissement d'assurance-vie.

Par contre, il est nécessaire sinon préférable d'informer la compagnie d'assurances de l'existence du nantissement pour s'assurer d'un plus grand degré de sécurité. En effet, l'assureur devra savoir entre les mains de qui il règlera le capital assuré. L'avenant qu'il délivre aux fins de constitution du nantissement ou son intervention à l'acte de nantissement suffit à cet effet.

b. Conditions de forme

307. Exigence d'un écrit R En application de l'article 2356, al.1 du Code civil, le nantissement de police d'assurance-vie doit être conclu par écrit à peine de nullité. L'article L.132-10 prévoit deux formes d'écrit que sont l'avenant et l'acte soumis aux formalités des articles 2355 à 2366 du code civil, c'est-à-dire l'acte de nantissement de droit commun.

L'*avenant* au contrat d'assurance-vie est établi entre le constituant, le créancier nanti et l'assureur. Cette modalité de constitution tripartite est d'une grande simplicité et est retenue en général lorsque le constituant est l'assuré souscripteur.

L'*acte authentique ou sous signature privée* est signé du constituant et du créancier nanti. La pratique bancaire y a recours seulement lorsque le nantissement du contrat d'assurance-vie est consenti par le tiers bénéficiaire acceptant³⁰⁰.

³⁰⁰ A. Cerles, « Le nantissement d'assurance-vie... », art.préc., n°2.

En outre, les créances garanties et les créances nanties doivent être désignées dans cet écrit (art.2356, al.2 du Code civil).

308. Remise du titre R La remise de la police n'assurance-vie n'est pas exigée par les nouveaux textes. La dépossession, fut-elle artificielle, n'est plus une condition de validité du nantissement. En effet, si la production de la police d'assurance peut être une condition de paiement, la possession de celle-ci ne confère pas à elle seule les droits à l'égard de l'assureur. Ceci étant, en pratique, le nantissement de créance s'accompagne toujours de la remise au créancier nanti de l'exemplaire du souscripteur³⁰¹.

309. Opposabilité entre les parties et aux tiers R L'acte de nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. Néanmoins, il n'est opposable à l'assureur en tant que débiteur de la créance nantie qu'à partir de sa notification ou de son intervention à l'acte (C. civ., art. 2362, al.1). Si l'acte de nantissement prend la forme d'une convention de nantissement de droit commun, il devrait être notifié à la compagnie d'assurances sauf si celle-ci est aussi une partie à la convention. À défaut, le règlement du capital assuré entre les mains du souscripteur assuré ou du bénéficiaire acceptant sera valable et donc libératoire.

B. Mise en œuvre

310. Application du régime commun R Le Code des assurances ne prescrit pas les effets du nantissement de l'assurance-vie. Les règles relatives à la mise en œuvre du nantissement de créance du Code civil trouvent à s'appliquer. Ces règles prévoient désormais de manière assez claire le sort du créancier nanti tant avant l'exigibilité de la créance garantie (1) qu'à l'échéance de celle-ci (2).

1. Avant l'échéance de la créance garantie

311. Arbitrage des contrats en unités de compte R Les supports de référence sont dépendants des fluctuations de la bourse. Une fois le contrat nanti et avant que les créances nanties et garanties ne deviennent exigibles, la question qui se pose est de savoir qui détient le droit de procéder à l'arbitrage entre ces supports, c'est-à-dire donner instruction à l'assureur de transférer tout ou une partie de l'épargne d'un support à l'autre. Dans un arrêt de principe, la Cour de Cassation maintient la

³⁰¹ J. Bonnard, *Droit des assurances*, 3^e éd, Litec, 2009, n°889.

possibilité pour le souscripteur, en absence de clause contraire, d'effectuer les arbitrages qu'il souhaite en énonçant que « *la dépossession [traduite par la remise du contrat d'assurance-vie entre les mains du créancier nanti] qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer*³⁰² ». Le créancier nanti n'a pas alors le droit d'intervention sur le fonctionnement du contrat d'assurance-vie³⁰³.

Cependant, un arbitrage mal fait mettra en péril la valeur attachée au contrat d'assurance-vie et réduira ainsi celle de l'assiette du nantissement. Le principe posé par l'arrêt de la Cour de Cassation n'est pas impératif³⁰⁴. L'acte de nantissement peut donc conférer au créancier le droit de procéder à un arbitrage entre les supports avec ou à la place du souscripteur, de contrôler les arbitrages ou de s'y opposer.

Par ailleurs, la solution précitée de la jurisprudence a été édictée sous l'empire de l'ancien régime de gage du contrat d'assurance-vie. Il est à noter qu'aux termes de l'article 2359 du code civil, « *le nantissement s'étend aux accessoires de la créance à moins que les parties n'en conviennent autrement* ». Si on considérait que le droit d'arbitrage est un accessoire de la créance née du contrat d'assurance-vie, celui-ci appartiendrait au créancier nanti³⁰⁵. Mais une telle approche demeure toutefois douteuse car elle risque de porter atteinte aux prérogatives que confie au constituant la qualité de titularité de la créance. Le silence des textes confirme également ce doute.

312. Au dénouement du contrat d'assurance-vie R Si le contrat d'assurance-vie est dénoué par la survie de l'assuré ou par son décès alors que la créance garantie n'est pas exigible, comment le créancier est-il protégé ? L'article 2363 du code civil précise qu'« *après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement* ». Il n'a qu'à conserver les fonds reçus à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée (C.civ., art.2364,

³⁰² Cass. com., 12 juillet 2005, *RGDA*, 2005, p.987, note Mayaux; *D.*2005, 2142 obs. X.Delpech; *RDC* 2006, obs. M. Grimaldi.

³⁰³ N. Leblond, « Le nantissement d'assurance-vie réformé en catimini », *Resp. civ. et assur.*2008, étude 3, n°11.

³⁰⁴ J. Bigot, Ph. Baillot, J. Kullman et L. Mayaux, *Traité ...*, ouvrage préc., n°495.

³⁰⁵ Ibid.

al.2). Et si le débiteur ne paie pas à l'échéance de la créance garantie, huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées (C.civ.art.2364, al.2). La solution est aussi simple que pratique.

313. Privilège du créancier nanti **R** Le nantissement confère-t-il au créancier nanti un droit exclusif sur la créance qui le met à l'abri de tout concours avec les autres créanciers du constituant ? En se basant sur la jurisprudence susmentionnée qui confère au constituant le droit de procéder aux arbitrages entre les supports, on pourrait croire que le nantissement de police d'assurance ne serait qu'une sûreté réelle consentie en faveur du banquier, celui-ci n'acquérant qu'un droit de préférence³⁰⁶. Toutefois, cette thèse devra être réfutée à la lumière de la réforme qui met ainsi le créancier nanti en une véritable situation d'exclusivité comme exposé plus loin dans cette étude³⁰⁷. Un arrêt récent de la Cour de Cassation est venu confirmer ce sort du créancier nanti³⁰⁸.

Le créancier nanti n'est pas affecté par la procédure collective du souscripteur constituant en raison de son droit exclusif. Mais s'il reste des primes à payer à l'assureur, le créancier nanti ne pourrait pas en principe déclarer cette dette future. Si le contrat d'assurance-vie est nanti pour garantir la dette d'autrui, en cas de procédure collective contre le débiteur, le tiers constituant est traité comme une caution³⁰⁹.

2. À l'échéance de la créance garantie

314. Voies d'action **R** En application de l'article 2365 du Code civil, si le débiteur ne paie pas la dette garantie à l'échéance de celle-ci avant que la créance nantie ne soit exigible, le créancier nanti peut se faire attribuer, judiciairement ou conventionnellement (par un pacte comissoire), la créance donnée en nantissement ou attendre l'échéance de la créance nantie pour en recevoir le montant (C. civ., art.2365).

En pratique, le créancier nanti n'attend pas le dénouement du contrat par la survie de l'assuré ou par son décès. Il peut alors opter pour l'attribution de la créance. Si l'acte

³⁰⁶ J. Bonnard, *Droit des assurances*, ouvrage précité, n°893.

³⁰⁷ V. *infra*, n° 429 et s.

³⁰⁸ Com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *D. 2010*, 1340, obs. A. Lienhard ; P.Crocq, « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *RTD Civ.* 2010, p.597.

³⁰⁹ Lamy Droit du Financement **R**2011, n°4508.

de nantissement contient un pacte comissoire, il peut s'en prévaloir. À défaut, il demandera l'attribution en justice, sans expertise préalable, de la créance d'assurance-vie.

L'attribution rend le créancier nanti propriétaire de la créance. Cette attribution lui donne non seulement la créance mais aussi tous les droits et accessoires qui s'y rattachent (C. civ. art.2365, al.1). Il peut donc exercer le droit de rachat. D'ailleurs, il est indiqué à l'article L.132-10, al.4 du Code des assurances que « *sauf clause contraire, le créancier nanti peut provoquer le rachat nonobstant l'acceptation du bénéficiaire*³¹⁰ ». Il n'y a nul doute donc que le créancier peut demander à l'assureur de lui verser la valeur de rachat du contrat³¹¹ sous réserve de l'absence d'une clause contraire dans le contrat d'assurance-vie ou dans l'acte de nantissement.

Cette position dissipe les incertitudes liées à celle de la jurisprudence rendue sous l'ancien régime³¹².

Si la date d'exigibilité de la créance garantie coïncide avec celle du dénouement du contrat d'assurance-vie, aucun problème ne se pose car « *les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue* » (C. civ. art.2364). Autrement dit, le créancier nanti, qui est le seul à recevoir le capital assuré, l'affectera en paiement de sa créance.

315. CONCLUSION DU § I R Les nouvelles dispositions applicables au nantissement de contrat d'assurance-vie constituent un régime assez complet en droit français et lèvent des incertitudes de l'ancien régime. Certes, la question concernant le droit d'arbitrage du créancier nanti mériterait d'être éclaircie par la jurisprudence. Mais la pratique bancaire est dotée d'ores et déjà d'un instrument de garantie attrayant et efficace dans la mesure où les contrats d'assurance-vie constituent aujourd'hui bien plus qu'hier une valeur patrimoniale importante des ménages français.

³¹⁰ La précision « nonobstant » n'a intérêt pratique que si l'acceptation du bénéficiaire est antérieure au nantissement, auquel cas, le nantissement est soumis à l'accord du tiers acceptant. Mais cet accord n'implique pas l'accord sur l'exercice du droit de rachat par le créancier nanti. Ce texte rend inutile un tel accord et renforce donc l'efficacité du nantissement.

³¹¹ La position du créancier nanti sera encore plus renforcée en présence d'une clause de délégation de rachat : Ph. Simler et Ph. Delebecque, obs.ss. CA. Paris, pôle 2, ch. 5, 7 juin 2011, *JCP G*, n°20, 21 Mai 2012, 626.

³¹² La jurisprudence admettait la faculté de rachat du créancier nanti (Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-23.238, Bull. civ. I, n°300, *Banque et droit* 2003, n° 87, p. 65) puis a opéré un revirement en sens contraire (Cass. com., 26 mars 2008, n°06-15.003, *RDBF*, 2008, n°3, p. 36, obs. D. Legeais).

§ II – UN VIDE JURIDIQUE À COMBLER EN DROIT VIETNAMIEN

316. Enjeu pratique R Sur le plan économique, l'assurance-vie a connu une croissance considérable au Vietnam. Si les recettes enregistrées en 1996 n'étaient qu'à peu près de 50 000 dollars américains, elles étaient portées à plus d'un milliard de dollars américains en 2003 et à 6,5 milliards de dollars américains en 2010. L'assurance-vie tend à devenir une composante grandissante du patrimoine des ménages vietnamiens.

317. Lacune législative R Sur le plan juridique, les contrats d'assurance-vie sont régis par la loi n° 24/2000/QH10 en date du 9 décembre 2000, modifiée en 2010, sur la commercialisation des produits d'assurance (la loi sur les assurances) et ses (nombreux) textes d'application. D'une manière globale, force est de constater que les dispositions en vigueur instaurent un régime relativement moderne qui est compatible avec la pratique internationale.

Néanmoins, il est regrettable de noter que la loi ne vise pas encore la mise en garantie des polices d'assurance-vie (A). On peut se demander s'il est possible d'instaurer une sûreté dont l'assiette est un contrat d'assurance-vie (B).

A. Absence d'une consécration légale expresse

318. Droit positif R Il n'y a aucune disposition relative à la possibilité d'utiliser une police d'assurances-vie comme un instrument de garantie des prêts.

L'article 322 et l'article 346 du Code civil prévoient que l'indemnité d'assurance obtenue de l'assureur pour un préjudice causé à un bien mis en garanti fait partie de l'assiette de cette garantie. En substance, il s'agit là de la règle de la subrogation réelle en cas de perte du bien grevé. Par ailleurs, la loi sur les assurances et ses textes d'application ne prévoient qu'une seule opération sur contrat, à savoir la cession du contrat à titre de vente (art. 26).

319. Droits du souscripteur R Un contrat d'assurance-vie peut exister sous forme d'un contrat en monnaie ou un contrat en unités de comptes (Loi. assur, art.7.1). Les deux formules de contrat à capital variable, connues sous le nom anglais de *universal life insurance* et de *unit linked insurance* et précisées par les textes émis par le Ministère des Finances R le régulateur vietnamien du marché des assurances (la

circulaire n° 135/2012/TT-BTC du 15 août 2012 et la décision n° 96/2007/QD-BTC en date du 23 novembre 2007), présentent des caractéristiques d'un *contrat multi-supports* car la somme garantie fait référence d'une part à un ou plusieurs supports d'investissement en unités de compte et d'autre part à un support en monnaie afin de sécuriser une partie de l'épargne. Plus particulièrement, la compagnie d'assurance se réserve le droit de procéder à des arbitrages entre les supports.

Le souscripteur a le droit de rachat sauf si les primes ont été versées pendant moins de 2 ans jusqu'à la demande de rachat sauf stipulation contraire (Loi. assur, art.35.2).

B. Vers l'instauration d'un régime de sûreté approprié

320. Réforme du Code civil **RL** La créance générée par le contrat d'assurance-vie est une créance monétaire susceptible de constituer l'assiette d'une sûreté. Or, le Code civil a expressément visé l'hypothèque des créances monétaires dont le régime est précisé par les textes. Pour que cette sûreté soit consacrée en droit vietnamien, il faut que le Code civil classe le contrat d'assurance-vie parmi les droits patrimoniaux susceptibles d'affecter en garantie des obligations civiles.

321. Réforme de la loi sur les assurances **RL** l'ajout des nouveaux articles dans la loi sur les assurances est indispensable pour compléter les dispositions du Code civil régissant l'hypothèque des contrats d'assurance-vie. Ces articles pourront être destinées à traiter spécialement des questions techniques qui sont propres au droit des assurances et qu'il est inopportun de traiter dans le Code civil telles que les formes d'acte d'hypothèque, l'acceptation de l'hypothèque par le tiers bénéficiaire, la possibilité de rachat, etc comme dans le cas du droit français.

322. CONCLUSION DU § II **RL** l'hypothèque du contrat d'assurance-vie est une pièce manquante en droit vietnamien. Il est vrai que le droit évolue progressivement pour s'adapter aux nouvelles réalités économiques de la société. Il est à présent temps maintenant d'instaurer un tel dispositif en droit vietnamien afin d'offrir aux emprunteurs un nouveau moyen de mobilisation du crédit. Si la transformation est loin d'être achevée, certaines bases ont déjà été posées.

323. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION I **RL** La mise en parallèle des dispositions du droit français et du droit vietnamien régissant les sûretés portant sur les polices d'assurance-vie démontre les écarts notables entre les deux systèmes de droit. Elle révèle aussi qu'il a fallu du temps pour que la sûreté française sur

l'assurance-vie soit dotée du régime complet qui la caractérise aujourd'hui. Étant donné les similarités entre les deux systèmes de droit, on ne peut qu'encourager le législateur vietnamien à emprunter au droit français certains principes et à les adapter aux réalités économiques et juridiques vietnamiennes afin d'édifier pareille institution.

SOUS-SECTION II : SÛRETÉS GREVANT UN COMPTE RÉ ESPÈCES

324. Typologie de sûretés Les sûretés portant sur une somme d'argent offrent en principe d'excellentes garanties aux créanciers garantis. Dans le contexte de la *scripturalisation* de la monnaie, la question de la corporalité de la monnaie suscite plus que jamais des interrogations³¹³. En droit français, le nantissement de compte s'affirme aujourd'hui comme une sûreté portant sur une créance, donc sur un bien incorporel. En droit anglais, il est possible de consentir une *charge* ou une *mortgage* sur un compte de dépôt. Toutefois, la position n'est pas aussi claire en droit vietnamien. Nous examinerons successivement la nature (§ I) et l'efficacité (§ II) des sûretés sur un compte-espèces qui n'entraînent pas le transfert de propriété sur les créances.

§ I – NATURE

325. Contexte Affecter le solde créditeur d'un compte en garantie d'une obligation n'est pas une idée nouvelle aujourd'hui. Pourtant, la consécration d'une telle sûreté et la détermination de son domaine étaient loin d'être évidents dans le passé (A). Les règles posant les conditions de sa constitution soulèvent, quant à elles, moins de difficultés (B).

A. Consécration légale et portée

326. Panorama L'instauration d'une sûreté sur un compte est relativement récente que ce soit en droit français, anglais ou vietnamien (1). Si celle-ci est devenue une institution à part entière dans chacun de ces systèmes juridiques, son étendue diffère dans chacun d'eux (2).

³¹³ D. R. Martin, *La théorie de la scripturalisation*, D.2005, chron., p.1702.

1. Historique

327. Ancienne et nouvelle physionomie en droit français R Le nantissement de compte d'espèces (par opposition au compte d'instruments financiers) a connu une évolution récente. Avant la réforme de 2006, son régime était peu approprié car les règles le régissant, empruntées au gage, donnaient lieu à des difficultés liées à sa constitution et à sa mise en œuvre. On peut citer par exemple l'incompatibilité de la nature particulière du bien grevé avec l'exigence de dépossession, l'observation d'un formalisme relativement encombrant (établissement d'un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré) et parfois inutile (par exemple la signification de cet acte par le banquier teneur de compte à lui-même lorsque le même banquier était créancier nanti et partie à la convention de compte) et surtout l'absence d'une reconnaissance d'un droit de rétention qui était jusqu'alors caractérisée par la détention physique de la chose grevée. L'ordonnance de 2006 vise expressément cette sûreté (consolidée désormais à l'article 2360 du Code civil). Cette disposition figure au sein des dispositions relatives au nantissement de créances (articles 2355 à 2366 du Code civil). On peut en déduire que le nantissement de compte constitue une catégorie de nantissement de créances³¹⁴ et se voit donc s'appliquer le régime général du nantissement de créances. Néanmoins, la réforme n'a pas touché aux autres types de gage-espèces³¹⁵, relativement diverses en pratique, dont la réforme aurait dû éclaircir le régime juridique³¹⁶.

328. Consécration tardive en droit anglais R De l'autre côté de la Manche, la consécration d'une « charge » sur un compte de dépôt (deposit account) a été un long processus. Ce système de droit considère le montant du dépôt (cash deposit) comme étant une dette due par le banquier teneur de compte au titulaire du compte de dépôt. Pour le professeur Roy Goode, la cession (assignment) des créances à titre de garantie prévue par l'article s. 136 de la *Law of Property Act 1925* est une opération tripartite et ce n'est pas le cas si le cessionnaire (assignee) est également le débiteur. Il estimait aussi que parler du droit de rétention (*lien*) dont est titulaire un banquier sur le solde

³¹⁴ Le nantissement de compte est une variété spécifique de nantissement de créance de droit commun car il est le seul à être mentionné dans cet ensemble de règles instituant le nouveau régime de nantissement de créances.

³¹⁵ Cass.Com., 6 févr.2007, *RTD civ.* 2007, 373, obs. Crocq: « la commission Grimaldi avait souhaité clairement distinguer trois sortes de sûretés sur sommes d'argent : le nantissement du solde d'un compte (auquel cas l'argent déposé demeure disponible au gré du constituant), le gage-espèces ou la fiducie-sûreté (où, à l'inverse, c'est le créancier qui peut disposer de la somme donnée en garantie) et le nantissement de monnaie scripturale figurant sur un compte bloqué (laquelle sûreté implique, cette fois, que ni le créancier, ni le débiteur ne puissent disposer de l'objet du nantissement avant l'échéance de la créance garantie). »

³¹⁶ D. Legeais, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Dr et Patr.*, septembre 2007, p.71.

créancier de son client n'est que l'usage d'un mauvais terme car personne ne pouvait avoir un droit de rétention sur son propre bien³¹⁷. La raison était que ce qui existe entre le créancier et le débiteur est simplement une obligation et que comme le créancier garanti potentiel ne pourra pas poursuivre lui-même, ni désigner un *receiver* pour la collecte des fonds issus du paiement de la créance par lui-même, ni céder sa propre obligation, la soi-disant sûreté est une forme de compensation contractuelle (contractual set-off)³¹⁸. Cette position a été consacrée par le premier arrêt de principe *Re Charge Card Services* (1987) qui énonçait sans équivoque qu'il n'était pas conceptuellement possible pour un banquier de prendre une sûreté sur la somme de son client déposée chez lui en garantie de l'obligation de ce client envers ce même banquier. La *Court of Appeal* a confirmé ce principe dans l'arrêt *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No.8) 1996*³¹⁹. Une partie de la doctrine se prononçait en faveur de cette décision. Le professeur David Pollard par exemple, considérait que comme l'unique bien qu'a le déposant est son droit de poursuite contre le banquier, il est difficile de voir comment ce droit peut faire l'objet d'une *charge* ou d'une *mortgage* en faveur du banquier lui-même dans la mesure où le banquier ne peut pas poursuivre lui-même et qu'une sûreté, si elle existe sur la somme déposée, n'est qu'une clause de compensation assortie d'une interdiction de retrait pesant sur le déposant tant que les obligations de celui-ci vis-à-vis du banquier survivent³²⁰.

Néanmoins, cette jurisprudence a été vivement critiquée par la communauté bancaire. Les contre-arguments étaient nombreux. D'abord, dans certains cas, la compensation (set-off) ne peut pas être invoquée. Par exemple, dans le cas d'une obligation purement éventuelle. De plus, une protection satisfaisante d'un créancier par le mécanisme de compensation renforcée (qui est opposable aux autres cessionnaires du solde créancier ou à d'autres créanciers saisissants) implique des stipulations contractuelles complexes souvent qui peuvent être lourdes ou commercialement irréalisables. Or, une sûreté sur un dépôt (communément appelée une *charge-back* parce que le montant du dépôt est utilisé comme une garantie consentie en faveur du

³¹⁷ Roy Goode, *Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 1982, p.86.

³¹⁸ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3.12.

³¹⁹ Un pourvoi contre cette décision a été porté devant la *House of Lords* et le juge Lord Hoffmann a estimé que il n'y avait pas de raison au niveau conceptuel pour laquelle un banquier ne saurait bénéficier d'une sûreté (une *charge* ou une autre sûreté) dont l'assiette est le solde créancier de son client excepté si celle-ci ne peut être réalisé que par inscription en compte (book-entry).

³²⁰ D. Pollard, "Credit balances as security: Part", *Journal of Business Law*, 1987.

dépositaire) offre naturellement une telle compensation renforcée³²¹. Enfin, dans certains cas, la compensation peut être interdite ou risquée sur le plan juridique³²².

En réponse à ces critiques, la *House of Lords* (devenue la *Supreme Court* suite à la promulgation de la *Constitutional Reform Act 2005*) a décidé de lever officiellement l'interdiction de constituer une *charge-back*, posée par l'arrêt *Charge Card Services* susmentionné, dans les célèbres arrêts *Morris v Rayners Enterprises Incorporated and Anor* et *Morris v Agrichemicals Ltd* (cités souvent sous l'intitulé commun de l'arrêt *BCCI (No 8)*) rendus le 30 octobre 1997. Une telle position a probablement été influencée par celle des autres juridictions de *common law* (Hongkong, Singapour, ou les îles Caïmans) qui reconnaît cette pratique bancaire depuis longtemps³²³. L'institution a été accueillie favorablement par le monde commercial et n'a pas, depuis, fait l'objet de modifications majeures.

Enfin, le choix d'une « *charge* » et non pas d'une « *mortgage* » permet effectivement de contourner l'exigence formelle d'une opération tripartite mentionnée dans le propos du professeur Roy Goode susmentionnée.

329. Reconnaissance timide en droit vietnamien R Le droit positif ne reconnaît qu'une seule forme de garantie sur un dépôt d'argent : il s'agit du gage sur le livret d'épargne (art. 19.2 du Décret 163 and art.21 du Règlement des dépôts d'argent à titre d'épargne joint à la décision n°1160/2004/QD-NHNN de la Banque d'Etat du Vietnam en date du 13 septembre 2004 tel qu'amendée en 2006 et en 2011)³²⁴.

Selon le droit vietnamien, le livret d'épargne enregistre une somme d'argent déposée par un individu (art.6.1 et art. 6.7 du Règlement des dépôts d'argent à titre d'épargne joint à la Décision 1160). Cela signifie que sont exclus du régime de ce gage les dépôts consentis par les personnes morales.

Néanmoins, en pratique, les banques structurent souvent la garantie grevant un dépôt d'argent par une personne morale sous forme d'un gage à l'instar probablement du gage sur le livret d'épargne. Jusqu'à maintenant, il apparaît que les juges n'ont pas

³²¹ Nous revenons à l'analyse de ce mécanisme plus loin dans cette partie.

³²² En ce sens, V. Gerard McCormack, "Security interests in deposit accounts: an Anglo-American perspective", *Insolvency Lawyer*, 2002.

³²³ Ibid.

³²⁴ La dénomination de la sûreté est erronée car celle-ci porte sur le solde créditeur du compte d'épargne et non sur le certificat de dépôt délivré à titre de preuve du dépôt dont la possession ne confère pas les droits attachés à la qualité du titulaire du compte.

contesté ou ne se sont pas prononcés sur la validité du gage d'un dépôt d'argent par une entreprise.

Enfin, si on considère que le solde créditeur d'un compte commercial représente une créance de restitution détenue par le titulaire du compte sur le banquier, on pourra structurer la sûreté sous forme d'une sûreté sur créance. Telle est l'approche française. Cependant, en l'absence d'une consécration légale expresse, la pratique demeure mineure au Vietnam.

2. Étendue de la sûreté

330. Créance engagée R Une des questions qui se pose est de savoir quel est l'objet de la sûreté. Le droit français y a répondu : il s'agit d'un nantissement de compte et « *la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté* » (C. civ., art.2360, al.1). Sur ce point, le droit français rejoint le droit anglais dans la mesure où celui-ci reconnaît aussi que la sûreté porte sur le solde créditeur (credit balance) d'un compte. Celle-ci a ainsi pour nom une *fixed charge* sur une somme d'argent déposée dans la banque (cash deposit).

Le débat autour de l'assiette de la sûreté fut vif en Angleterre. Il portait pour l'essentiel sur la nature de la créance grevée par la sûreté. Or, celle-ci est d'autant plus importante qu'elle commanderait le choix de la sûreté applicable³²⁵ et qu'elle permettrait de mettre en lumière s'il est possible de constituer cette sûreté. Le solde créditeur est une créance particulière. Elle est tenue par le banquier dépositaire. Peut-on affirmer qu'elle constitue un bien (property) ? Et si oui, qui en est le propriétaire ? Si le solde créditeur était un bien du dépositaire, le dépositaire ne pourrait bénéficier d'une *charge* sur ce solde car une personne ne peut pas contracter avec elle-même. Mais si le solde créditeur appartenait à son client, la constitution d'une telle sûreté serait certainement possible³²⁶. Par l'arrêt *Re BCCI*, la *House of Lords* a tranché la question en décrivant le droit de poursuite du déposant comme un bien dont celui-ci est propriétaire. Par nature, la relation entre le banquier et son client est une relation

³²⁵ Le choix par exemple d'un *mortgage* R qui implique le transfert de propriété, se heurterait à des obstacles procédurales tels l'exigence apparente d'une relation tripartite pour toute cession de créances (*choses in action*) ou l'inconvénient d'une sorte d'auto-signification de l'acte par le banquier dépositaire du compte. C'est pourquoi en pratique, si le créancier garanti est en même temps le banquier teneur du compte de dépôt, on préfère la *charge* à la *mortgage*. Si la sûreté est consentie en faveur du banquier teneur de compte qui agit en qualité d'agent des sûretés (security trustee) pour le compte des différents créanciers, le dépôt fait souvent l'objet d'une *charge* consentie en sa faveur. Si le bénéficiaire de la sûreté n'est pas le banquier teneur du compte de dépôt, il est préférable de lui céder ce dépôt à titre de garantie (donc en recourant à une *mortgage*) et de notifier cette cession au banquier teneur de compte.

³²⁶ Edwin C. Mujih, "Legitimising charge-backs", *Insolvency Lawyer*, 2001.

entre un débiteur et un créancier, cette règle demeurant ancrée en droit anglais depuis l'illustre arrêt *Foley v. Hill* (1848).

En droit vietnamien, nul doute n'est permis car le montant du dépôt, s'agissant d'un compte sur épargne ou le solde créditeur, s'agissant d'un compte courant, sera utilisé comme le bien assiette de la sûreté (art.19.2 du Décret 163 portant application des dispositions du code civil sur les sûretés et art. 21.2 de la Décision 1160).

331. Quels comptes ? L'article 2360 du Code civil français, fût-il bref, est riche d'enseignements sur la nature du compte bancaire qui peut faire l'objet du nantissement. Avant la réforme, certains auteurs s'interrogeaient sur la nature du compte bancaire³²⁷. Cet article nous enseigne désormais que la créance nantie est le solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours. Cette disposition appelle certaines remarques. D'abord, la sûreté porte non sur le compte comme l'indiquerait son nom mais sur la créance de restitution dont est débiteur le banquier vis-à-vis du titulaire du compte. Ensuite, le compte devrait être un compte non bloqué qui continue à fonctionner pendant le terme du nantissement et ouvert au nom du constituant dans un établissement de crédit car la créance nantie ne sera déterminée qu'à la date de la mise en œuvre de la sûreté. Autrement dit, le constituant peut toujours y domicilier des paiements ou effectuer des retraits à sa guise car le nantissement lui interdit seulement de disposer de la créance de solde³²⁸. Le nantissement ne porterait donc pas sur un compte d'épargne, auquel cas le montant de la somme déposée peut être identifié au jour de la constitution de l'acte de nantissement. Le nouveau mécanisme ainsi conçu expose le créancier nanti à un risque de ne rien percevoir en cas de réalisation du nantissement s'il se trouve devant un solde débiteur. Mais rien n'est de plus naturel car un compte a par définition vocation à être soit en position créditrice soit en position débitrice et ce qui explique sans doute son intitulé de *nantissement de compte*. Seules les précautions conventionnellement imposées permettraient de remédier à cette situation³²⁹. Néanmoins, il semble difficile d'empêcher ce risque si le créancier nanti n'est pas le

³²⁷ Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, Bull. civ. IV, n° 165, D. 1998, jur., p. 61, note J. François : l'auteur estime qu' « au fond, on peut penser que le compte bancaire n'est réductible ni à un simple droit de créance ni à un pur support monétaire ».

³²⁸ H. Synvet, « Le nantissement de compte », *Dr et Patr*, n°161, juillet 2007.

³²⁹ H. Synvet, « Le nantissement de compte », art. préc., : « Pour limiter la liberté du constituant, il est toujours possible de stipuler des clauses particulières dans la convention de nantissement (par exemple en imposant le maintien d'un solde créditeur minimal, ou en encadrant les opérations susceptibles d'être effectuées par le titulaire). Mais ces clauses se bornent à obliger qui les souscrit ; elles ne produisent aucun effet réel au titre de la sûreté ».

teneur de compte, sauf à ce qu'une convention de contrôle ne soit conclue³³⁰. De plus, le titulaire d'un compte en fonctionnement est autorisé en règle générale à mobiliser son solde créditeur à tout moment et/ou le montant du découvert conventionné (s'il en y a lieu). Stipuler conventionnellement un seuil bloqué ne serait-il pas compatible au moins commercialement parlant avec la nature d'un tel compte ? Il apparaît qu'un banquier préférera toujours le nantissement de compte d'un client fiable et dont les flux financiers sont réguliers et surtout prévisibles. Le nantissement de créance se présente alors comme une sûreté sur des créances rechargeables.

La *fixed charge* de droit anglais porte sur un compte de dépôt d'espèces rémunéré d'un montant déterminé. Certes, un compte que le constituant peut continuer à faire fonctionner peut être grevé mais une *charge* portant sur cette forme de compte qui prendrait les effets d'une *floating charge* reste une pratique mineure³³¹, en partie parce qu'il existe dans ce droit une *charge* susceptible de grever l'ensemble des créances commerciales présentes ou futures d'une entreprise. Il est évident que si le bien assiette de la sûreté est une somme d'un montant déterminée, cette sûreté offrira plus de garanties au créancier nanti. Or, ce serait exactement le but recherché par celui-ci lors qu'il prend une garantie sur un compte. C'est effectivement au niveau de la typologie des comptes grevés que divergent fondamentalement le droit français et le droit anglais.

B. Conditions de forme

332. Panorama **R** Les règles d'opposabilité de la sûreté sur un compte ne sont pas aussi strictes que celles régissant les créances de droit commun (1). L'examen d'un montage contractuel typique matérialisant cette sûreté de droit anglais dit le *triple cocktail* nous permettra de mesurer comment les praticiens accroissent leur chance d'être protégés en cas de réalisation de celle-ci (2).

1. Conditions de validité et d'opposabilité

333. Exigence d'un écrit **R** En droit français, le nantissement de compte doit être conclu par écrit (C.civ., art.2356, al.1^{er}), à peine de nullité. L'acte de nantissement de

³³⁰ Une cour d'appel a mis en cause la responsabilité contractuelle d'un constituant qui s'est engagé à ne pas clôturer le compte nanti et à détenir à tout moment dans ce compte un solde créditeur au moins égal à l'encours mais qui a clôturé le compte (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 20 déc. 2012, n°11/10182; *JCP E*, n° 22, 30 mai 2013, chron., *Droit des sûretés* par Ph. Simler et Ph. Delebecque, n°14).

³³¹ G J S Hill, W J L Blair, G A Walker, A. McKight, A. Kramer, *Securities*, Encyclopaedia of Banking Law, LexisNexis, 2010, para.1010.

compte doit désigner la créance nantie et la créance garantie (C.civ., art.2356, al.2). Cette règle devrait être nuancée s'agissant du nantissement de compte. En effet, l'article 2360 précise que « *la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté* ». Il n'est donc pas possible par exemple, de désigner de manière exacte, au stade de la constitution de la sûreté, le montant de la créance nantie. On pourrait se contenter alors d'identifier le compte nanti en indiquant le teneur de compte et le numéro du compte.

En droit anglais, quelle que soit la forme de la sûreté sur le compte (*charge* ou *mortgage*), la convention de sûreté sera constatée par écrit et est souvent sous la forme d'un *deed*.

Le droit vietnamien impose aussi l'exigence d'un écrit (articles 327 et 343 du Code civil).

334. Opposabilité entre les parties et aux tiers R Le nantissement de compte de droit français prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur l'écrit (C. civ., art. 2361).

En Angleterre, avant la réforme du système d'enregistrement des *charges* des sociétés de 2013, les sociétés devaient enregistrer, entre autre, leurs *charges* sur les *book debts* et les *floating charges* auprès de la *Companies House* dans un délai de 21 jours à compter de la date de leur constitution pour les rendre opposables aux tiers. La question qui se posait était de savoir si l'enregistrement était obligatoire pour la sûreté portant sur un compte de dépôt bien qu'en pratique, les parties choisissaient souvent de procéder à l'enregistrement de leur *charge* pour notifier son existence aux créanciers ultérieurs et ainsi préserver la priorité de paiement. Une « *book debt* » est définie par la jurisprudence comme une dette issue de l'activité d'une société qui devrait être inscrite dans ses livres comptables³³². Une somme déposée dans une banque ne semble pas être un *book debt* visée par cette définition et une sûreté consentie sur celle-ci serait dispensée en théorie d'enregistrement³³³. L'argument que l'on avance en général pour refuser de considérer comme une *book debt* le montant du dépôt constituant le solde créditeur du compte est que bien que la banque soit le débiteur de l'entreprise, la créance n'est pas générée dans la conduite des affaires par l'entreprise mais est simplement la conséquence du dépôt d'un montant non utilisé

³³² Arrêt *Paul and Frank Ltd v Discount Bank (Overseas) Ltd* [1967]. V. *infra*, n°377.

³³³ G J S Hill, W J L Blair, G A Walker, A. McKight, A. Kramer, *Securities*, ouvrage préc., paras. 1023 and 1024.

par celle-ci³³⁴. Cette position est renforcée par le fait qu'un solde créditeur ou un dépôt de fonds est décrit comme « *espèces chez une banque* » (cash at bank) au lieu de figurer dans le poste « *commerce et autres débiteurs* » (trade and other debtors) des comptes financiers de l'entreprise. Elle a été adoptée par le juge Hoffmann J dans l'arrêt *Re Brightlife* [1987] Ch 200 puis confirmée par la *Northern Ireland Court of Appeal* dans l'arrêt *Northern Bank v Ross* [1991] BCLC 504. Toutefois, le juge Hoffmann J n'a pas été affirmatif dans *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 8)* [1998] AC 214 bien qu'il semble favorable à l'idée qu'une charge sur un compte bancaire ne peut pas être enregistrée en tant qu'une charge grevant une *book debt*. La doctrine majoritaire défendait la solution contraire dans la mesure où le critère déterminant serait l'existence de la créance au sein des comptes comptables de l'entreprise et non sa place³³⁵.

La question est devenue aujourd'hui obsolète dans la mesure où la charge sur un compte de dépôt peut être enregistrée (*Companies Act 2006, s 859A(1)*).

En droit vietnamien, toute sûreté portant sur un bien doit, pour être opposable aux tiers, être enregistrée auprès de l'autorité compétente (art. 11 du Décret 163).

335. Notification R En vertu de l'article 2362 du Code civil français, « *pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte* ». La notification de l'acte de nantissement au teneur de compte ou son intervention à l'acte de nantissement a lieu seulement si le teneur de compte n'est pas le créancier nanti³³⁶. Si le créancier nanti est en même temps le teneur de compte, l'acte de nantissement lui est opposable immédiatement à la date de constitution de l'acte en tant que débiteur de la créance grevée.

La notification au teneur de compte n'est pas obligatoire en droit anglais mais relève de la pratique courante des banques³³⁷.

Le droit vietnamien impose l'obligation d'information du débiteur de la créance grevée (art.22 du Décret 163) mais demeure flou sur la valeur juridique de cette information.

³³⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3.26.

³³⁵ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.6.78.

³³⁶ Deux hypothèses sont envisageables : soit le créancier nanti est un autre banquier ou soit le créancier nanti est une autre société.

³³⁷ *Banking Volume*, Encyclopaedia of Forms and Precedents, LexisNexis, 2010, para.794.

2. Montage contractuel

336. Triple cocktail R Lorsqu'un créancier négocie une sûreté, son plus grand souci est de rédiger le contrat de la manière qui puisse le protéger au mieux. À ce point, la pratique anglaise de *triple cocktail* mériterait une attention particulière.

Ce mécanisme est une combinaison contractuelle de trois techniques que sont la compensation (set-off), une convention de *flawed asset* et une *charge* sur le compte.

La clause de compensation permet non seulement au banquier d'opérer une compensation entre la somme déposée et l'obligation garantie³³⁸ mais aussi de combiner ou consolider les comptes du constituant ouverts chez lui.

La clause de *flawed asset*³³⁹ interdit au déposant de retirer tout ou une partie de la somme déposée sans le consentement préalable du créancier garanti tant que l'obligation garantie survit. Ainsi, elle empêche les créanciers chirographaires au titre des décisions de justice de saisir le dépôt dans le cadre de la procédure de saisie-attribution connue sous le nom de *third party debt order*³⁴⁰.

Le document contractuel qui en est issu assure une protection efficace du créancier nanti³⁴¹. Nous analyserons plus en détail l'efficacité liée à sa mise en œuvre dans la partie suivante.

337. CONCLUSION DU § I R La mise en parallèle des règles gouvernant la sûreté sur le compte d'espèces en droit français, en droit anglais et en droit vietnamien démontre que la conception selon laquelle l'assiette de cette sûreté R *le solde créditeur du compte* R est une créance règne aussi bien qu'on est dans un système de droit civiliste que dans un système de droit commun. Seuls les types de comptes susceptibles d'être grevés varient légèrement. De plus, il y a un peu de terrain à la liberté des parties d'organiser conventionnellement leur sûreté. Et sur point, le mécanisme de *triple cocktail* en droit anglais semble offrir une sécurité juridique admirable.

³³⁸ Par exemple, lorsqu'une banque émet une lettre de crédit sur demande de son client qui affecte en garantie une somme déposée dans cette banque, l'obligation garantie ici est celle d'indemniser la banque au cas où elle devrait effectuer des paiements en vertu de la lettre de crédit.

³³⁹ L'expression « *flawed asset* » signifie littéralement un *bien imparfait* en ce sens que le droit du client de la banque de récupérer le bien (le dépôt) n'est pas parfait car il est soumis à l'exécution complète par ce client de l'obligation d'indemniser la banque. Sur la clause de *flawed asset*, v. Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 12.27 *and seq.*

³⁴⁰ La saisie-attribution est régie par la *Part 72 des Civil Procedure Rules*.

³⁴¹ Pour un exemple d'un tel *triple cocktail security document*, v. G J S Hill, W J L Blair, G A Walker, A. McKight, A. Kramer, *Securities*, ouvrage préc., paras. 1023-1024.

§ II – EFFICACITÉ

338. Panorama R Bénéficiaire d'une sûreté portant sur un compte d'espèces, le créancier garanti est en droit d'exercer ses droits sur le solde créditeur en cas de réalisation de la sûreté. La question qui se pose est de savoir quelle est l'étendue de ces droits (A). Par ailleurs, on ne peut pas perdre de vue les règles régissant le calcul du montant de la créance nantie (B).

A. Droits du créancier garanti

339. Diversité des approches R La protection du créancier garanti n'est pas la même dans le système de droit dans lequel on se trouve. L'analyse des approches française (1), anglaise (2) et vietnamienne (3) permettra d'illustrer ce propos.

1. Approche française

340. Privilège du créancier nanti R L'étendue des droits du créancier nanti demeure toujours une question délicate, que la réforme française n'a pas tranchée, dans toute son exhaustivité. Cette remarque vaut également pour le nantissement de compte. Faut-il reconnaître au créancier nanti un droit exclusif à paiement ou accepter que celui-ci vienne en concours avec les autres créanciers du constituant (ceux qui pratiquent des saisies-attributions ou émettent l'avis à tiers détenteur par exemple) ? La question n'a pas été tranchée de manière explicite par la réforme de 2006. Le professeur Dominique Legeais voit dans cette question un dilemme car « *la logique commanderait qu'[un nantissement sur le compte] est de nature à empêcher les saisies-attributions sur ce compte. Dans l'hypothèse contraire, le nantissement ne présenterait aucun intérêt. Cependant, d'un autre côté, le créancier n'est pas propriétaire des sommes. Il peut venir en concours avec d'autres créanciers*³⁴² ». Le professeur Hervé Synvet interprète le texte comme conférant au créancier nanti un droit exclusif ou un monopôle en affirmant que « *il n'est nul besoin de recourir, au préalable, à un mécanisme translatif, qui transférerait au créancier nanti la propriété de la créance sur le teneur de compte* » et que « *le créancier nanti est investi d'un véritable droit à paiement direct contre le teneur de compte* »³⁴³. Cette thèse est à adopter au vu des nombreux fondements exposés plus loin dans cette

³⁴² D. Legais, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Dr. et patr.*, septembre 2007, p.71.

³⁴³ H. Synvet, « Le nantissement de compte », art.préc.

étude³⁴⁴. De plus, s'agissant d'un compte, son nantissement est par nature un contrat aléatoire³⁴⁵, cette situation d'exclusivité offre donc un bel tempérament pour combler les aléas.

341. Compensation des dettes connexes **R**Le créancier teneur de compte peut se prévaloir de son droit exclusif au paiement mais il peut également avoir recours à un mécanisme d'une efficacité particulière : la compensation des dettes connexes instituée par la jurisprudence française. Certes, en raison de l'indivisibilité du compte courant, tant qu'un compte est en cours de fonctionnement, il n'y entre le banquier teneur de compte et le titulaire du compte ni créance, ni dette, d'où l'absence d'exigibilité jusqu'à la clôture du compte³⁴⁶, mais l'article 2360 du Code civil énonce clairement qu'au jour de la réalisation du nantissement, le solde créditeur provisoire du compte peut être affecté au paiement de l'obligation garantie. En d'autres termes, il constitue une créance exigible dont le paiement éteint cette dernière. L'obligation garantie et la créance de restitution sont par ailleurs unies par un lien de connexité parce qu'elles « *s'inscrivent dans la même opération économique globale : la première résulte d'un contrat principal et la seconde du gage [nantissement], qui en est l'accessoire*³⁴⁷ ». D'ailleurs, la Cour de Cassation admet « *d'appliquer le régime en présence d'obligations réciproques nés de contrats distincts mais représentant les éléments d'un ensemble contractuel unique* »³⁴⁸. Il en ressort que le jeu de la compensation peut jouer. L'efficacité de la compensation des dettes connexes réside dans le fait qu'elle est possible après l'ouverture d'une procédure collective et peut être invoquée postérieurement à une saisie pratiquée par un tiers et est opposable aux autres cessionnaires même si la créance du banquier est née postérieurement à la date du transfert³⁴⁹.

342. Autres modes de réalisation **R** Qu'en sera-t-il si le créancier n'est pas le teneur de compte auquel cas la compensation pour dettes connexes ne peut pas être invoquée ? Une lecture combinée des articles 2363 al.1 et 2365 al. 1 du Code civil permet de conclure que celui-ci peut mettre en œuvre l'attribution conventionnelle ou

³⁴⁴ V. *infra*, n° 430 et s.

³⁴⁵ Comme le compte fonctionne normalement, le créancier ne peut interdire au titulaire du compte d'effectuer des opérations de paiement et de retrait sur celui-ci qui viennent au débit du compte.

³⁴⁶ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 8^e éd., Litec, 2010, n°463-465.

³⁴⁷ C. Lisanti-Kalcynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th. Litec, 2001, préf. F. Pérochon, n°293.

³⁴⁸ J. François, *Les obligations, régime général*, 2^e éd., Economica, 2011, n°89.

³⁴⁹ En ce sens, v. J. François, *Les obligations, régime général*, ouvrage préc., n° 91.

judiciaire pour devenir premièrement le propriétaire du solde débiteur et ensuite en recouvrer le montant³⁵⁰.

343. Application pratique R Si le créancier nanti n'est pas le banquier teneur de compte, le nantissement de solde de compte bancaire se heurte à une vraie problématique concrète. Il s'agit du refus quasi systématique du banquier teneur de compte d'assumer une quelconque responsabilité quant à la surveillance des fonds présents ou transitant par le compte nanti, notamment au regard du risque de saisie des sommes en compte par un tiers. Par conséquent, ce type de sûreté ne se rencontre que rarement, et essentiellement dans les financements de projet.

2. Approche anglaise

344. Compensation R Le mécanisme de *triple cocktail* susmentionné donne lieu à une convention de compensation entre le créancier teneur de compte (account bank) et le constituant. Cette convention peut être formalisée au moyen d'un avenant au contrat de dépôt ou exister sous forme d'une lettre de compensation émanant du déposant. Elle autorise le banquier à compenser l'obligation garantie avec le montant du dépôt. Il n'y a pas d'exigences légales concernant la forme de la convention de compensation. Mais elle devrait donner au banquier un droit *express et irrévocable* de débiter le compte d'un montant égal à celui de l'obligation garantie pour honorer celle-ci³⁵¹.

Le droit de compensation du créancier garanti est opposable également au bénéficiaire d'une cession du dépôt (par exemple à titre de garantie). Le privilège issu de la sûreté confère donc au créancier garanti le statut d'un créancier de premier rang parce qu'une clause de compensation n'offre pas au banquier une telle position si celle-ci n'est pas encadrée par une *charge* sur le compte.

Ainsi, le banquier peut compenser une obligation du déposant qui est, à la date où il reçoit notification de la cession, déjà née, même si elle n'est pas exigible³⁵². Toutefois, il ne peut pas compenser une obligation future ou éventuelle sauf à prouver que l'obligation envers lui et le dépôt en cause devraient être considérés comme faisant partie d'une transaction globale (overall transaction) ou d'un ensemble

³⁵⁰ Ainsi exposé plus haut, la créance est devenue exigible au seul effet de la réalisation de la sûreté.

³⁵¹ G J S Hill, W J L Blair, G A Walker, A. McKnight, A. Kramer, *Securities*, ouvrage préc., para.986.

³⁵² Arrêts *Business Computers Ltd v Anglo-African Leasing Ltd* [1977] 2 All ER 741 at 748 et *Jeffryes v Agra and Masterman's Bank* (1866) LR 2 Eq 674.

d'opérations (course of dealings)³⁵³. Les mêmes principes s'appliquent aux créanciers saisissants détenant un titre exécutoire³⁵⁴. Enfin, le banquier peut exercer son droit de compensation en cas de réception d'une notification d'une injonction d'une juridiction interdisant le déposant à effectuer des opérations sur le dépôt (freezing order) pendant la durée de l'injonction³⁵⁵.

345. Déposant en procédure collective **R** La règle de compensation entre les créances, dettes et autres affaires réciproques entre une entreprise en difficultés et tout créancier est d'ordre public (s 323, *Insolvency Act 1986*). Le créancier garanti entre en concours avec les autres créanciers du déposant pour la différence entre le montant de l'obligation garantie et celui du dépôt si le deuxième est insuffisant pour couvrir le premier.

Les obligations exigibles à une date future et les obligations non encore liquides³⁵⁶ peuvent être compensées avec le montant du dépôt. Par ailleurs, la compensation des obligations éventuelles, par exemple l'obligation d'un banquier émetteur d'une garantie bancaire de bonne exécution sur demande du déposant maître d'œuvre, est possible en cas de procédure collective pourvu que certains critères, parmi lesquels, la réciprocité des dettes, soient satisfaits³⁵⁷. La réciprocité implique que les dettes soient entre les mêmes parties en même qualité. Il en ressort qu'un tiers ayant consenti une sûreté sur son compte pour garantir la dette du débiteur ne peut pas invoquer le jeu de la compensation³⁵⁸.

3. Approche vietnamienne

346. Gage d'un compte sur livret **R** En cas de gage d'un compte sur livret, la loi oblige le constituant à reconnaître, de manière irrévocable, à la date de la constitution de l'acte, le droit du banquier dispensateur de crédit à demander au banquier dépositaire de lui transférer le montant de l'épargne en paiement du prêt garanti (art.21.2 de la Décision 1160). Il s'agit en quelque sorte de la conclusion

³⁵³ Arrêt *Smith v Muscat* [2003] EWCA Civ 962, [2003] 1 WLR 2853, at [47] to [50].

³⁵⁴ Arrêt *Tapp v Jones* (1875).

³⁵⁵ Arrêts *Oceanica Castelana Arnadora SA v Mineralimportexport (Barclays Bank International Ltd intervening)*, *The Theotokos* [1983] 2 All ER 65, [1983] 1 WLR 1302.

³⁵⁶ Par exemple, une obligation contractuelle.

³⁵⁷ Les arrêts *Stein v Blake* [1996] et *Re West End Networks* [2004].

³⁵⁸ C'est d'ailleurs la position des juges suprêmes dans l'arrêt *BCCI No 8* : un tiers prétendait la mise en œuvre d'une compensation entre son dépôt et la dette d'un débiteur solvable envers un banquier teneur du compte de dépôt et prêteur de fonds en procédure collective parce qu'il lui serait plus préférable de recouvrer le montant de son dépôt qui serait compensée du débiteur que du banquier (auquel cas il entrerait en concours avec les autres créanciers du banquier). La demande a été rejetée.

« obligatoire » d'un pacte comissoire. De plus, après la conclusion de l'acte, le créancier gagiste peut demander au banquier dépositaire de bloquer le compte d'épargne jusqu'à la satisfaction de l'obligation garantie (art.19.2 du Décret 163)³⁵⁹.

347. Hypothèque d'un compte commercial R Ainsi qu'exposé plus tard dans cette étude, le droit de préférence du créancier bénéficiaire d'une hypothèque de créance est un super-privilege qui lui confere l'équivalent d'un droit exclusif au paiement et qui est efficace également en procédure collective à l'encontre du constituant³⁶⁰. Le créancier hypothécaire fait face néanmoins à un risque majeure que la compensation pourra avoir lieu à n'importe quel moment où ses conditions légales sont réunies s'il n'est pas le teneur du compte courant affecté en garantie³⁶¹.

Enfin, selon l'article 66.2 du décret 163, « *au cas où le créancier hypothécaire est en même temps le débiteur de la créance [hypothéquée], il pourra compenser ces fonds* ». Cette disposition vise sans doute le cas de l'hypothèque de compte. La banque peut donc procéder à la compensation entre le solde créditeur et l'obligation garantie.

B. Aspects procéduraux

348. Panorama R Si la nouvelle réforme du droit français a éclairci les règles relatives au calcul du solde créditeur objet du nantissement de compte en imposant surtout la régularisation des opérations en cours (1), celle-ci semble ignorée en droit vietnamien (2).

1. Droit français

349. Régularisation des opérations en cours R L'article 2360 du Code civil français apporte des précisions utiles à la régularisation des opérations en cours aux fins du calcul du montant du solde créditeur du compte à la date de réalisation de la sûreté. En effet, son alinéa 1 énonce que « *la régularisation des opérations en cours [s'effectue] selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution* ». Le législateur emprunte alors le principe d'indisponibilité temporaire des sommes inscrites au compte régissant la saisie-attribution d'un compte bancaire prévu à l'article L.162-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Cet article arrête un

³⁵⁹ Implicitement, le créancier gagiste y procède lui-même s'il est le dépositaire de l'épargne.

³⁶⁰ V. *infra*, n° 488 et s.

³⁶¹ V. *infra*, n°482.

délai de 15 jours pendant lequel le solde du compte saisi peut être affecté à l'avantage ou au préjudice du saisissant par un nombre limitatif d'opérations dès lors qu'il est établi que leur date est antérieure à la saisie.

Certaines opérations sont créditrices : les remises faites antérieurement, en vue de leur encaissement, de chèques ou d'effets de commerce, non encore portées au compte. D'autres sont au contraire débitrices : l'imputation des chèques remis à l'encaissement ou portés au crédit du compte antérieurement à la saisie et revenus impayés et les retraits par billetterie effectués antérieurement à la saisie et les paiements par carte, dès lors que leurs bénéficiaires ont été effectivement crédités antérieurement à la saisie.

Les effets de commerce remis à l'escompte et non payés à leur présentation ou à leur échéance lorsqu'elle est postérieure à la saisie peuvent être contrepassés dans le délai d'un mois qui suit la saisie-attribution.

Une fois la période d'indisponibilité passée, le solde créditeur du compte, qu'il soit provisoire ou définitif, sera établi et constituera l'objet du nantissement sur lequel le créancier nanti exercera ses droits.

350. Date de calcul du solde en procédure collective au constituant R L'article 2360, al.2 du Code civil fixe la date où le solde du compte est calculé, dans le cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, au jour du jugement d'ouverture.

2. Droit vietnamien

351. Droit positif R Le droit vietnamien des procédures civiles d'exécution prévoit la saisie bancaire en deux actions distinctes à savoir le blocage du compte et le prélèvement du solde du compte du montant dû d'un intervalle de 5 jours (articles 67 et 76 de la loi sur les procédures civiles d'exécution de 2008).

Toutefois, la loi ne prévoit pas la régularisation des opérations en cours car le teneur de compte est obligé de transférer le solde du compte à l'agent d'exécution à la réception de la notification du prélèvement. L'introduction d'un mécanisme de régularisation comme celui du droit français serait préférable pour refléter le solde réel du compte aux fins de la saisie ou de la réalisation de la sûreté sur ce compte.

352. CONCLUSION DU § II R La sûreté sur un compte que ce soit le nantissement (droit français), la *charge* (droit anglais), ou encore l'hypothèque (droit vietnamien) est plus efficace si le créancier garanti est en même temps le teneur de compte. Cela permet en effet le jeu de la compensation hors ou dans la procédure collective du constituant. Il n'en reste pas moins que si ce n'est pas le cas, la sûreté assure aussi une bonne protection du créancier garanti qui se voit offrir d'autres moyens de mise en œuvre de sa sûreté.

353. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION II R La constitution et la mise en œuvre des sûretés sur le compte d'espèces sont encadrées par des règles dont certaines mériteraient d'être clarifiées. Le régime du nantissement de compte issu de la réforme est plus complet en droit français. La *charge* sur le compte de dépôt de droit anglais est riche d'enseignements, surtout sur le plan du montage contractuel. Une avancée plus audacieuse du législateur vietnamien permettrait de consacrer cette institution en droit vietnamien.

354. CONCLUSION DE LA SECTION I R L'examen du régime du nantissement de contrat d'assurance-vie et du nantissement de compte démontre les apports significatifs de la réforme française de 2006, laquelle améliore considérablement le régime de ces sûretés en droit français.

Les avancées du droit vietnamien sur ces points demeurent réservées. Le législateur ne doit pas tarder à introduire ces mécanismes, afin de répondre aux nouveaux besoins de la pratique et d'encourager ainsi le développement du crédit.

Un rapprochement entre ces deux systèmes juridiques de tradition civiliste permettrait dans de mettre en œuvre cette nécessaire modernisation du droit vietnamien.

SECTION II : SÛRETÉS SPÉCIALES RELEVANT À CERTAINS ÉGARDS DU DROIT COMMUN

355. Panorama R En France, certains nantissements spécifiques de créances peuvent se doter d'un régime autre que celui prévu par le Code civil. Ils constituent en ce sens des sûretés autonomes. Cependant, l'influence de la réforme des sûretés de 2006 n'est pas neutre, dans la mesure où le législateur fait un effort pour ramener ces nantissements dans le giron du nantissement de créance de droit commun, lequel

a été fortement améliorée après la réforme. C'est le cas du nantissement de créances résultant des marchés publics. Le modèle paraît efficace et pourrait être une source d'inspiration pour les droits étrangers (sous-section II). Les créances professionnelles représentent, quant à elles, une catégorie spécifique de créances monétaires. Le droit français et le droit anglais disposent tous deux, d'une sûreté spéciale grevant ces créances qu'il est intéressant de mettre en parallèle (sous-section I).

SOUS-SECTION I : SÛRETÉS GREVANT LES CRÉANCES PROFESSIONNELLES

356. Choix des sûretés ¶ Les créances professionnelles sont celles que détient en général une société sur ses clients. Si ces créances sont susceptibles de constituer l'assiette d'une sûreté, c'est leur objet ¶ les sommes d'argent reçues par leur paiement ¶ qui intéresse les créanciers garantis. Une bonne créance suppose alors un débiteur solvable. Par ailleurs, la conception de la nature du bien n'est pas neutre quant au choix d'une catégorie de sûreté appropriée. Ainsi, le droit anglais qui considère les créances commerciales comme des biens circulant dans le recouvrement de fonds (donc dans l'activité) du constituant, opte pour une *charge* (II) tandis que le droit français qui n'adopte pas cette conception reste fidèle à un nantissement qui, présente toutefois certaines spécificités (I).

§ I – NANTISSEMENT DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES PAR BORDEREAU DAILLY EN DROIT FRANÇAIS

357. Loi Dailly ¶ La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, qui porte le nom du sénateur à l'origine de la proposition de cette loi, a institué en droit français de nouveaux modes de cession et de nantissement de créances professionnelles par bordereau. Elle a été complétée par un décret n° 81-862 du 9 septembre 1981 et modifiée par la loi de réforme bancaire n° 84-45 du 24 janvier 1984 et par la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993. Le régime qui en est issu se trouve aujourd'hui codifié au sein du Code monétaire et financier (art. L.313-23 et s.).

Le nantissement de créances professionnelles constitue une possibilité de nantissement de créances simplifié par la remise d'un bordereau (A). Certes, cette sûreté reste peu utilisée, la pratique bancaire lui préférant la cession de créances

professionnelles titre de garantie, laquelle, instaurée par la même loi, donne une meilleure protection au créancier garanti, mais elle nous apprend beaucoup sur le sort du créancier nanti en droit commun (B).

A. Fonctionnement

358. Panorama R Le nantissement de créances professionnelles par la remise d'un bordereau est soumis à des règles spécifiques de constitution (1). Son régime qui partage certes des points communs avec la cession de créances professionnelles à titre de garantie ne confère pas pour autant au créancier nanti le même degré de sécurité (2).

1. *Domaine*

a. *Conditions de fond*

359. Parties au nantissement R Le créancier nanti est nécessairement un établissement de crédit dispensateur de crédit. Le constituant peut être une « *personne morale de droit public ou de droit privé ou une personne physique dans l'exercice de celle-ci de son activité professionnelle* » (C.monét.fin., art. L.313-23, al.1). Il doit être le bénéficiaire du crédit et non une personne extérieure au crédit ainsi octroyé.

360. Créances nanties R Les créances données en garantie sont spécifiques. En effet, elles doivent être des créances professionnelles, c'est-à-dire des créances que le constituant « *détient sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou une personne physique dans l'exercice de celle-ci de son activité professionnelle* » (C.monét.fin., art. L.313-23, al.1). Ainsi, seule une condition s'impose aux créances dont une personne physique est débitrice : celles-ci doivent être nées dans l'exercice d'une activité professionnelle par leur titulaire. Les créances dont une personne morale, qu'elle soit de droit public ou de droit privé, est débitrice tombent, quant à elles, automatiquement dans la catégorie des créances professionnelles.

La créance nantie peut être délictuelle ou contractuelle, la loi n'exigeant pas qu'elle soit dans l'une ou l'autre catégorie.

Les créances nanties peuvent être des créances liquides et exigibles, même assorties d'un terme. Elles peuvent aussi des créances futures définies comme « *résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». Le caractère futur d'une créance est alors conditionné par l'existence d'un acte qui est intervenu ou qui est à intervenir.

361. Créance garantie R La créance garantie est nécessairement le crédit consenti par l'établissement de crédit au constituant. Le nantissement de créances professionnelles est strictement réservé aux établissements de crédit en raison des dangers de fraude qu'il recèle³⁶². Le nantissement intervient seulement à l'occasion de la convention de crédit conclue entre le constituant et l'établissement de crédit.

b. Conditions de forme

362. Bordereau de nantissement R Le nantissement est constitué de manière relativement simple par la remise d'un écrit, appelé « *bordereau de nantissement de créances professionnelles* ».

Certaines mentions sont requises pour assumer la validité du bordereau. Le bordereau doit préciser que l'opération dont il permet la réalisation est un nantissement en mentionnant la dénomination « *acte de nantissement de créances professionnelles* ». Il doit indiquer aussi que le nantissement visé est soumis aux articles L.313-23 à L.313-34 du Code monétaire et financier pour que son régime ne tombe pas dans le champ d'application des règles relatives au nantissement de créance de droit commun. Le nom ou la dénomination de l'établissement de crédit doit y être mentionné. Le bordereau doit en outre permettre l'identification des créances concernées par le nantissement soit, directement, en les désignant ou individualisant, soit, indirectement, en donnant les éléments permettant de les identifier. Des règles spécifiques sont prévues en cas de nantissement de créance par procédé informatique (C. monét. fin., art. L. 313-23).

363. Opposabilité R Le nantissement prend effet et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, peu importe la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances ou la loi du pays de résidence des débiteurs (C. monét. fin., art. L. 313-27, al.1). Cette opposabilité immédiate aux tiers est défavorable à ceux qui peuvent invoquer un droit concurrentiel sur la créance comme dans le cas du nantissement de créances de droit commun³⁶³.

364. Apposition de date R Une précision doit être apportée à la date du nantissement. L'article L.313-25 du Code monétaire et financier énonce que la date

³⁶² M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-Cl Commercial*, fasc.préc, n°18.

³⁶³ V. *infra*, n°247.

est opposée par le cessionnaire. Néanmoins, il vise seulement le cas d'une cession de créance et non celui du nantissement de créance. Mais comme les règles de cette sous-section du code gouvernent en même temps ces deux opérations, on peut en déduire que ce principe s'applique aussi au nantissement de créances. Il en ressort que la date est apposée par l'établissement de crédit bénéficiaire et que cette date correspond non pas à la date de constitution de l'acte mais bien à celle de la remise du bordereau.

365. Notification R La notification du nantissement n'est guère obligatoire mais s'avère nécessaire en pratique³⁶⁴. En effet, celle-ci emporte interdiction au débiteur de la créance nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. À compter de cette notification, seul le paiement entre les mains du créancier nanti est libératoire (C. monét. fin., art. L. 313-28).

Mais le créancier nanti aura une garantie plus accentuée en obtenant du débiteur de la créance, objet du nantissement, le consentement au nantissement dans un acte formaliste et purement facultatif appelé « *acte d'acceptation du nantissement d'une créance professionnelle* », constatant une acceptation de payer directement le bénéficiaire du bordereau. Il a tout intérêt à le faire car il s'ensuit une inopposabilité des exceptions calquée sur les règles du droit du change, sauf à ce que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance n'ait agi sciemment au détriment du débiteur (C. monét. fin., art. L. 313-29). Le créancier nanti acquiert ainsi un droit complémentaire qui s'ajoute à son droit de gage sur la créance³⁶⁵.

2. Régime

366. Effets de la remise du bordereau R Dès la date apposée sur le bordereau, le constituant ne peut modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par le bordereau (C. monét. fin., art. L. 313-27, al.2). Il ne peut par exemple accorder une remise de dette ou un report d'échéance, ni renoncer à tout ou une partie des sûretés transférées avec les créances³⁶⁶. Le nantissement préserve alors la consistance des créances.

³⁶⁴ S. Piedelievre, *Droit des sûretés*, Ellipses 2008, n°425.

³⁶⁵ M. Cabrillac et S. Cabrillac, « Gage R Formes particulières de... », art. préc., n°21.

³⁶⁶ F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté et instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd, LGDJ, 2009, n°766.

Par ailleurs, la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance sans qu'il soit besoin d'autre formalité (C. monét. fin., art. L. 313-27, al.3).

367. Garantie due par le constituant *¶* Le créancier nanti bénéficie en principe, c'est-à-dire sauf convention contraire, de la garantie solidaire du constituant pour le paiement des créances données en nantissement (C. monét. fin., art. L. 313-24, al.2). Ceci est particulièrement favorable au créancier nanti surtout en cas d'insolvabilité du débiteur de la créance nantie.

368. Transfert de propriété *¶* Si la cession Dailly à titre de garantie opère le transfert de propriété de la créance cédée au profit du créancier cessionnaire (C. monét. fin., art. L. 313-24, al.1), ce n'était pas le cas s'agissant du nantissement de créance professionnelle. Avant la réforme, puisqu'il était simplement une forme de gage, le nantissement ne conférait à l'établissement de crédit qu'un droit de préférence sur la créance nantie tandis que le créancier cessionnaire bénéficiait des droits exclusifs sur la créance³⁶⁷, « *ce qui lui offre, notamment dans le cadre d'une procédure collective, une situation beaucoup plus avantageuse, en lui permettant d'éviter le concours*³⁶⁸ ». Mais l'ordonnance de 2006 a redynamisé la sûreté en conférant au créancier nanti un droit exclusif au paiement, on pourrait espérer un meilleur avenir pour cette sûreté.

B. Application

369. Utilité *¶* Le nantissement par remise d'un bordereau est une sûreté à part en droit français. Si l'intérêt que ce nantissement présente pour la pratique est modéré (1), il n'en reste pas moins riche d'enseignements théoriques, notamment en ce qui concerne le régime du nantissement de droit commun (2).

1. Une sûreté d'un intérêt pratique controversé

370. Cas d'usage *¶* En dépit de sa simple constitution et ses avantages, la pratique bancaire fait un usage particulièrement limité du nantissement de créances professionnelles par la remise d'un bordereau. C'est en général la cession par bordereau de créances professionnelles qui rencontre ses faveurs : elle permet, en raison de son caractère translatif de propriété, une protection apparemment plus

³⁶⁷ Cass.com., 20 févr.2007, n°05-20.562.

³⁶⁸ Ibid.

efficace du créancier notamment lorsque le droit exclusif au paiement du créancier nanti n'a pas été largement testé par la jurisprudence.

Par ailleurs, le nantissement par bordereau peut être utilisé à titre temporaire, dans le cadre de substitutions de garanties pour la réalisation, notamment, de certains types de contrats de financements internationaux³⁶⁹.

Enfin, bien que « *tout créancier remplissant les conditions d'application de la loi "Dailly" remplisse aussi celles du nantissement de droit commun*³⁷⁰ », on doute fort que le nantissement du Code civil l'emporte sur le nantissement par bordereau, simplement parce que la cession Dailly qui d'un point de vue pratique, sera choisi en priorité par le créancier.

2. Une sûreté théoriquement inspiratrice

371. Nouveau régime R La réforme du droit des sûretés de 2006 a grandement amélioré le régime du nantissement de créance du Code civil. Les rédacteurs de ce texte se sont, pour réformer le nantissement de créance, largement inspirés de la cession de créances professionnelles, dont le succès fût avéré³⁷¹. Le nantissement de créance de droit commun présente aujourd'hui des avantages indéfinissables.

C'est à cet égard que le nantissement Dailly nous guiderait dans l'interprétation de certains aspects du nantissement de créance de droit commun.

S'agissant de l'*opposabilité du nantissement*, selon l'article L.313-28 du monétaire et financier, à partir de la notification, le débiteur ne se libère valablement qu'en payant entre les mains de l'établissement de crédit et non entre celles du constituant. La notification traduit alors une relation interne entre le créancier nanti, le constituant et le débiteur de la créance nantie. Il n'apparaît pas possible d'étendre ses effets aux relations entre le créancier nanti et les autres créanciers du constituant. Ce n'est pas le cas du nantissement de créance de droit commun. En effet, à la différence des dispositions du Code monétaire et financier précitées, l'article 2363 du Code civil ne précise pas que la notification a pour seul effet d'*interdire au débiteur de la créance nantie de payer entre les mains du constituant* et doit être interprété dans le sens que

³⁶⁹ Cass.com., 16 mai 2000, n° 96-20.070, Bull. civ. IV, n°106, *RTD com.* 2000, p. 993, obs. Cabrillac, *JCP G*, 2001, II, n°10517, note Y. Favier.

³⁷⁰ *J.-Cl. Civil*, « Nantissement de meubles incorporels- nantissement de créance », Art. 2356 à 2366 du Code civil, fasc.10, mai 2013, n°20.

³⁷¹ M. Grimaldi, « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC*, 1 juillet 2005, n°3.

la notification, qui confère au créancier nanti un droit exclusif, lui permettant d'échapper à tout concours avec d'autres créanciers et le mettant à l'abri des conséquences de l'ouverture d'une procédure collective³⁷², a une opposabilité *erga omnes*.

De plus, le peu d'intérêt que la pratique bancaire réserve au nantissement par bordereau résulte de la conception qui dominait avant la réforme selon laquelle le nantissement était une sûreté réelle ne conférant au créancier nanti qu'un droit de préférence et non un droit exclusif le mettant à l'abri de tout concours. On ne peut améliorer son efficacité et le degré de sécurité qu'il offre pour le rendre alternatif à la cession à titre de garantie qu'en reconnaissant au créancier nanti un droit de préférence absolu, c'est-à-dire un droit exclusif au paiement. Ainsi qu'exposé plus tard dans cette étude, c'est désormais chose faite depuis la réforme de 2006.

372. CONCLUSION DU § I R L'examen du mécanisme du nantissement par bordereau et de ses applications théoriques et pratiques nous permet de situer cette sûreté au sein des sûretés de droit français. Il est à noter, que le Code des marchés publics prévoit la possibilité de recourir à ce mécanisme pour mettre en garantie des créances nées des marchés publics (art.108). Mais ainsi qu'exposé plus tard dans cette section, ce n'est qu'une hypothèse tout à fait marginale, car là aussi, la pratique favorise la cession par bordereau. L'examen de la *charge* grevant les *book debts* de droit anglais dans les développements suivants, illustrera l'instabilité du régime de la sûreté classique sur les créances professionnelles.

§ II – CHARGE SUR LES BOOK DEBTS EN ANGLETERRE

373. Panorama R En Angleterre, les créances professionnelles existent sous la forme de *book debts*. La sûreté les grevant est connue sous le nom de *charge*³⁷³. La mise en parallèle de cette sûreté et du nantissement Dailly de créance permettrait d'illustrer la conception des créances commerciales et des sûretés les grevant adoptées par les deux systèmes de droit de deux traditions juridiques différentes. Sans se livrer à une présentation exhaustive de ce mécanisme de droit anglais, nous en aborderons les principaux traits (A) avant de s'intéresser au débat qui l'entoure à l'heure actuelle (B).

³⁷² V. not. L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr.et Patr.*, sep. 2007, p.66.

³⁷³ Sur la notion de *charge*, v. *supra*, n°35 et s.

A. Une sûreté à part

374. Intérêt pratique R Les *charges* portant sur les *book debts* (créances comptables) sont usitées dans la pratique bancaire dans les pays de la *common law* en général et en Angleterre en particulier, qui plus est lorsque ces créances tendent à occuper une bonne partie du patrimoine des entreprises. L'institution est d'origine jurisprudentielle dans la mesure où c'est la jurisprudence qui a précisé son domaine (1) et son régime (2).

1. *Domaine*

375. Choix d'une charge R Si les gages sans dépossession spéciaux (gage sur stocks, les warrants, le gage du matériel et de l'outillage) ne sont pas inconnus en droit français, l'idée d'une sûreté sans *dépossession* similaire portant sur une créance peut être surprenante. Mais c'est justement ce qui est pratiqué de l'autre côté de la Manche où la *book debt* est considérée comme un bien circulant dans les affaires du constituant (*fluctuating/circulating/revolving/current asset*) que celui-ci peut utiliser comme un instrument de garantie. La *charge* grevant la créance peut être une *fixed charge* ou une *floating charge* et ainsi exposé plus tard, le régime de l'une est nettement distinct de celui de l'autre.

La qualification que les parties donnent à leur document de sûreté (*instrumentum*) est indifférente à la vraie nature de la sûreté. Celle-ci est grandement déterminée par le contrôle que le créancier garanti exerce sur la disposition des sommes d'argent issues du paiement des créances dans le cadre commercial du constituant.

376. Position jurisprudentielle R Le 30 juin 2005, la *House of Lords* (actuellement la *Supreme Court*) a rendu une décision importante, pourtant largement contestée, dans l'affaire *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Limited* [2005] 2 AC 680 (*Spectrum*). Le principe est désormais posé : les *charges* sur les *book debts* sont en général des *floating charges*. Elles ne sont des *fixed charges* que dans des circonstances *exceptionnelles*. Celles-ci se limitent à quatre hypothèses³⁷⁴ issues de la rédaction du contrat :

³⁷⁴ Le juge Hope LJ a adopté les quatre solutions que le professeur Sarah Worthington avait suggéré dans son article "Fixed charges over book debts and other receivables" (1997), 113 *Law Quarterly Review*, 562.

- Interdire toutes les opérations sur les créances de sorte que celles-ci sont préservées exclusivement pour le bénéfice de la garantie du créancier garanti. Ceci commanderait une cession complète des créances au créancier garanti connue sous le nom de l'*assignment* à titre de garantie et impose alors une prohibition de la collecte des fonds issus du paiement des créances. Cette hypothèse n'est pas envisageable pour une société désireuse d'utiliser le produit des *book debts* comme une source de capital de fonctionnement ;
- Ne permettre aucune transaction autre que le recouvrement des créances et demander au constituant de payer les sommes d'argent ainsi récupérées au créancier garanti en réduction de l'obligation garantie. Cette hypothèse est inacceptable pour une société désireuse d'utiliser les *book debts* pour générer le *cash flow* ou comme le capital de fonctionnement;
- Ne permettre que le recouvrement des créances et demander au constituant de payer les sommes d'argent ainsi récupérées sur un compte bloqué tenu par le banquier garanti. Le problème ici est que si le compte est bloqué, le constituant est dans l'impossibilité d'utiliser le produit des créances et le *cashflow* est étouffé.
- Ne permettre que le recouvrement des créances et demander au constituant de payer les sommes d'argent ainsi récupérées sur un compte séparé, tenu par un banquier tiers, ce compte faisant ensuite l'objet d'une *fixed charge* au profit du créancier garanti ou le créancier garanti conclut une convention de contrôle avec ce banquier tiers pour s'assurer que les sommes inscrites au solde du compte sont gardées pour le seul profit de la sûreté. On retrouve dans ce cas de figure les mêmes problèmes de *cashflow*³⁷⁵.

377. Créance grevée R Les *book debts* sont une catégorie de *choses in action* autrement dit de purs biens incorporels (*pure intangibles*) en droit anglais. Les textes de loi ne définissent pas la *book debt*. Celle-ci est donc un terme d'art dont la portée est incertaine³⁷⁶.

³⁷⁵ Sarah Worthington, "Floating charges: the current state of play", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 9, 2008.

³⁷⁶ Marcus Smith, *The Law of assignment, the creation and transfer of choses in action*, Oxford University Press, 2007, para.3.06. Voir. *infra* également la distinction entre une *book debt* et une *receivable*, n°674.

Pour Stephen Griffin, une *book debt* est censée exister lorsqu'une tierce personne est endettée envers une société en relation de marchandises ou de services fournis par la société à cette tierce personne³⁷⁷.

Cette définition a une application pratique, l'idée générale étant que la créance est une dette d'un tiers envers la société qui lui a vendu une marchandise ou fourni un service. Lang Thai met l'accent plutôt sur l'objet de la créance en précisant qu'une *book debt* est la somme d'argent que la société est en droit de recevoir et de recouvrer comme étant indiquée dans les comptes et factures en question³⁷⁸. Les deux définitions se complètent en ce sens que la créance grevée est une dette lorsqu'elle est non collectée (*uncollected debt*) mais se transforme en une somme d'argent (*proceeds*) lors de son paiement.

À son tour, la jurisprudence n'a pas été unanime sur la signification de ce concept. Le point de départ de cette controverse est la décision de la *Court of Common Pleas* dans l'affaire *Shiple v Marshall* (1863) 14 C.B. (N.S) 566. dans laquelle le sens de l'expression « *book debt* » a été considéré pour l'application du *Bankruptcy Act 1861*. L'espèce concernait un sellier qui exerçait à titre accessoire l'acquisition et la vente des droits de reproduction (*copyrights*) des journaux. Il conclut un contrat pour la vente d'un droit de reproduction sur un quotidien, le prix de vente étant payé sous forme de versements périodiques. La question qui se pose est de savoir si les droits découlant du contrat étaient des *book debts* même si ceux-ci n'avaient pas été enregistrés dans les livres comptables du sellier. La *Court of Common Pleas* a jugé que ces droits étaient des *book debts*, qu'il n'était pas nécessaire qu'ils aient effectivement été enregistrés dans les livres comptables et que la seule exigence était l'existence des créances au regard desquelles les écritures comptables pourraient être saisies dans le cadre normal des affaires du sellier ou qui sont en règle générale enregistrées dans les livres comptables. Cette position a été confirmée dans un autre arrêt de principe *Independent Automatic Sales Ltd v Knowles and Foster Ltd* (1962) 3 All E.R. 27 à propos d'un acte de location-vente (*hire-purchase*). Il a été jugé que les droits du propriétaire des biens objet du contrat, incluant le droit de recevoir paiement des loyers, étaient des *book debts* et que la *charge* sur ceux-ci aurait dû être

³⁷⁷ Stephen Griffin, "The effect of a charge over book debts: the indivisible nature of the charge?", *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol.46, issue 2, 1995, p.163.

³⁷⁸ Lang Thai, "Charges over book debts in the United Kingdom and Australia: the way forward", *Macquarie Journal of Business Law*, vol. 4, 2007, pp. 267-294.

enregistrée. Le juge Buckley J a aussi estimé que les *book debts* ne doivent pas nécessairement exister à la date de constitution de la sûreté. En d'autres termes, elles peuvent être présentes ou futures. Pourtant, cette conception sur la signification des *book debts* de ces deux arrêts a été inversée par l'arrêt *Paul & Frank v Discount Bank (Overseas)* (1967) Ch. 348 à propos des créances éventuelles de remboursement dont était débiteur le *Export Credits Guarantee Department of the Board of Trade* dans lequel le juge Pennycuik a décidé que ne sont des *book debts* que celles qui sont en règle générale enregistrées dans les livres comptables³⁷⁹.

La question n'a pas été définitivement tranchée par la jurisprudence. Toutefois, on peut adhérer à la définition suggérée par le professeur Roy Goode dans son traité sur les sûretés qui apparaît de réconcilier les divergences jurisprudentielles et d'inclure les positions doctrinales majoritaires. Selon cet acteur, « une **book debt** est une créance née dans le cadre des affaires d'un commerçant qui est d'une telle nature qu'elle serait normalement enregistrée dans les livres comptables du commerçant peu importe qu'elle soit effectivement enregistrée ou non³⁸⁰ ». Les praticiens optent souvent pour une définition ample en ne se référant pas au critère d'enregistrement de la *book debt* dans les livres comptables³⁸¹.

Il est enfin à noter que les termes *book debt* et *receivable* tendent à être utilisés de manière interchangeable et la réforme du système d'enregistrement des *charges* intervenue en 2013 a largement affaibli la pertinence de la distinction entre ces deux termes dans la mesure où le nouveau texte ne vise plus expressément les termes *book debt*.

378. Enregistrement R La *charge* sur les *book debts* doit être enregistrée auprès de la *Companies House* dans un délai de 21 jours à compter de la date de sa constitution sous peine d'inopposabilité au liquidateur, à l'*administrator* et aux créanciers du constituant (*Companies Act 2006*, ss 859H(1) et 859H(3)), étant entendu que ces derniers sont les créanciers en liquidation (*winding up*) ou en *administration* et les créanciers garantis, ni le constituant, ni l'un de ses créanciers chirographaires ne pouvant défier l'efficacité d'une *charge* non enregistrée tant que le

³⁷⁹ Marcus Smith, *The Law of assignment... ouvrage précité*, paras. 6.67 et seq. et Emma Quilliam, "Taking security over choses in action - issues considered in a recent case", *International Banking and Financial Law*, 1998.

³⁸⁰ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3.26.

³⁸¹ Par exemple, dans un *debenture*, cette définition peut être la suivante : "**Book Debts**: all present and future book and other debts, and monetary claims due or owing to the Borrower, and the benefit of all security, guarantees and other rights of any nature enjoyed or held by the Borrower in relation to any of them".

constituant ne fait pas encore l'objet d'une procédure de liquidation ou d'*administration*³⁸².

379. Notification R L'enregistrement de la *charge* ne tient pas lieu de la notification. En effet, le débiteur de la créance grevée n'a pas l'obligation de consulter le registre détenu par la *Companies House* pour vérifier si celle-ci a été affectée en garantie avant d'effectuer son paiement³⁸³. Seuls les créanciers garantis ultérieurs sont tenus à cette obligation selon la règle posée par l'arrêt *Dearle and Hall (1828) 3 Russ. 1.*³⁸⁴.

2. Régime

380. Aperçu général R Les banques préfèrent les *fixed charges*. Leur choix n'est pas neutre en termes de conséquences. Ainsi, une *fixed charge* constitue une garantie plus efficace qu'une *floating charge*.

Par ailleurs, en application de l'alinéa 43 de l'annexe Sch B1 de l'*Insolvency Act 1986*, en cas d'ouverture de l'*administration* à l'encontre du constituant, le bénéficiaire d'une *charge* sur les *book debts* ne peut pas mettre en œuvre sa sûreté à moins que l'*administrator* or le juge y consente. La principale question qui se pose concrètement est de savoir s'il est possible pour le créancier d'obtenir un tel accord préalable du juge ou de l'*administrator*.

381. Droits du constituant R En règle générale, en présence d'une *fixed charge*, le créancier garanti exerce un contrôle sur le bien grevé et le constituant doit obtenir son consentement chaque fois qu'il souhaite disposer de ce bien. En revanche, en cas de *floating charge*, le constituant peut effectuer des transactions sur le bien sans le consentement du créancier garanti. Cette sûreté ne procure au créancier qu'une sécurité relative tant que la « *crystallisation*³⁸⁵ », mécanisme permettant à une *floating charge* de devenir une *fixed charge*, n'est pas intervenue. Le créancier peut ne rien recevoir lors de la réalisation de la *charge* si le constituant a effectivement disposé de tous ses biens circulants.

³⁸² Arrêt *Re Monolithic Building Company* [1915] 1 Ch 643 et arrêt *Re Ehrmann Brothers* [1906] 2 Ch 697. V. également Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 6.111 *and seq.*

³⁸³ Arrêt *Snyder's Ltd v Furniture Finance Corp* [1930] 66 D.L.R. 79 ; *Re Royal Bank of Canada* [1979] 94 D.L.R. (3d) 692.

³⁸⁴ Cette règle est qu'un créancier garanti ultérieur qui n'a pas été notifié d'une sûreté antérieure et qui a notifié premier en date sa sûreté au débiteur de la créance grevée obtiendra priorité. V. *infra*, n°726.

³⁸⁵ Sur le mécanisme, v. *supra*, n°38.

382. Échéance de la créance grevée après l'obligation garantie R À l'échéance de la dette garantie, si la créance grevée n'est pas échue, ni exigible, comment le créancier garanti peut-il mettre en œuvre sa sûreté ? Le droit anglais laisse les parties organiser, par voie conventionnelle, les modalités de réalisation de leur sûreté dans ce cas de figure. En pratique, le contrat de *charge* stipule souvent les deux options suivantes :

- Le créancier garanti attend l'échéance de la créance grevée et percevra ensuite les fonds ;
- Il peut vendre la créance grevée s'il peut trouver un acheteur.

L'attribution judiciaire en propriété ne s'applique pas aux sûretés sur créance. En outre, le constituant doit garantir la solvabilité du débiteur de la créance grevée. En d'autres termes, le créancier garanti peut le poursuivre pour la différence entre l'obligation garantie et les fonds reçus du débiteur de la créance grevée.

383. Notification des restrictions par voie d'enregistrement R La *charge* peut contenir des restrictions concernant la possibilité pour le constituant d'engager des transactions sur la créance grevée. Pour qu'elles soient opposables à un cessionnaire ultérieure de la créance, ces restrictions doivent être portées à sa connaissance.

Le principe est posé dans l'illustre arrêt *Siebe Gorman [1979] 2 Lloyds Rep 142*. Le conflit opposait le créancier garanti et un cessionnaire de certaines créances (book debts) objets de la *charge*. Celle-ci fut dûment enregistrée conformément à la loi. Le conseiller juridique du cessionnaire consulta le registre avant la cession. En conséquence, le cessionnaire était censé avoir obtenu « *imputed notice* »³⁸⁶ de la *charge*. Mais les détails du *debenture* qui restreignaient le droit de l'entreprise d'engager des transactions sur les créances grevées n'y étaient pas mentionnés. Il a été décidé qu'ils n'étaient pas essentiels pour la validité d'une *fixed charge*, qu'un tiers n'aurait pas nécessairement dû rechercher ces précisions et que le cessionnaire, qui n'avait pas une obligation d'obtenir une copie de la *charge*, n'avait pas obtenu de « *constructive notice* ». L'enregistrement d'une *charge* ne vaut pas notification de l'ensemble des stipulations de l'acte de sûreté³⁸⁷, étant précise que le droit anglais

³⁸⁶ En se basant sur la *Law of Property Act 1925, s 199(1)(ii)*, certains auteurs divisent les notifications en trois types : *actual notice* (la *charge* est effectivement à la connaissance du cessionnaire), *constructive notice* (la *charge* aurait été portée à la connaissance du cessionnaire si des investigations approfondies avaient été faites) and *imputed notice* (l'agent/intermédiaire du cessionnaire a obtenu *actual notice* ou *constructive notice* de la *charge* dans le courant de la transaction). V. par exemple Marcus Smith, *The Law of assignment, the creation...*, ouvrage précité, para.15.32.

³⁸⁷ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.2-24.

fixe les règles de priorité sur la base de la notification³⁸⁸. Cependant, cette question est devenue aujourd'hui obsolète car une copie certifiée de la charge est consultable au registre (*Companies Act 2006, s 859I(2)(b)*).

384. Faiblesses d'une *floating charge* R La distinction entre *fixed charge* et *floating charge* s'apprécie principalement au titre de la priorité de paiement. Dans le cas d'une *floating charge*, le créancier garanti entrera en concours avec certaines catégories de créanciers du constituant³⁸⁹ notamment lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure collective.

S'agissant tout d'abord des créanciers privilégiés³⁹⁰. La composition de cette catégorie a connu d'importants changements. À la date de sa création, c'est-à-dire à la fin du 19^e siècle, les créances privilégiées avaient été limitées aux créances des employés contre la société débitrice pour s'étendre ensuite à certaines créances dont était titulaire la Couronne Royale (Crown), en particulier en relation avec les impôts. Elles furent ensuite réduites en 1986 et en 2003 suite à la promulgation de l'*Enterprise Act 2002* pour retourner ainsi à leur point de départ³⁹¹. Les créances privilégiées comprennent aujourd'hui celles des employés et les contributions aux régimes de retraite (pension schemes) (*Insolvency Act 1986, s 386 and Sch 6*). Toutes sommes d'argent issues de la réalisation des créances grevées par la *floating charge* doivent être utilisées pour payer ces créanciers privilégiés avant le paiement du créancier garanti.

La loi impose aussi qu'une partie des sommes provenant de la réalisation d'une *floating charge* (prescribed part) soit affectée au désintéressement des créanciers chirographaires (unsecured creditors) (*Insolvency Act 1986, section 176A*, (insérée par l'*Enterprise Act 2002, s 252*) et *Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003, SI 2003/2097*). Cette priorité des créanciers chirographaires, souvent appelée un canot de sauvetage (lifeboat), s'applique si la société débitrice est en liquidation, *administration* ou *receivership*. En général, les créanciers chirographaires

³⁸⁸ V. *infra*, n°726.

³⁸⁹ À moins que la *charge* est consentie sous un contrat de garantie financière R *Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003, (SI 2003/3226), regs 6, 8(1)(aa), 8(1)(b) and (c), 8(3)(b) and (c), 10(2A) and (2B) and 10(3)*. Il existe aussi une exception visée par les *Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulations 1999 (SI 1999/2979), reg 14(6)*.

³⁹⁰ *Insolvency Act 1986, ss40 and 175(2)(b) and Sch B1, para 65(2); and Companies Act 2006, s754*.

³⁹¹ Richard Calnan, *Taking security* –..., ouvrage précité, para.9.104.

bénéficieront d'un certain pourcentage des fonds issus de la réalisation de la *floating charge* (environ 20%) jusqu'à un montant maximal de £ 600 000.

Par ailleurs, la situation du bénéficiaire d'une *floating charge* en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du constituant est plus vulnérable pour d'autres raisons³⁹².

D'abord, selon le *para.70, Sch. B1* de l'*Insolvency Act 1986*, l'*administrator* peut, sans l'accord d'un juge, disposer des biens grevés par une *floating charge* ou même prendre toutes actions en lien avec ceux-ci, comme si ces biens ne constituaient pas l'assiette de la *charge*. Le bénéficiaire de la *floating charge* conserve alors son droit de priorité sur le produit de cette aliénation. En pratique, il s'expose déjà au risque que l'*administrator* vende les biens en question à perte.

Ensuite, les coûts de l'*administration* sont payés en priorité sur les sommes issues de la réalisation de la *floating charge* (*Para.99(3) Sch. B1 Insolvency Act 1986*). Et depuis le 6 avril 2008, les dépenses de liquidation sont également payées en priorité par emploi des fonds perçus de la réalisation d'une *floating charge* (*Insolvency (Amendment) Rules 2008 SI2008/737*). Il est à noter qu'en pratique, si les créances privilégiées représentent souvent de petits montants, les dépenses engagées dans une procédure d'*administration* sont plus significatives et peuvent aller jusqu'à absorber l'intégralité du produit issu de la vente des biens constituant l'assiette d'une *floating charge*.

S'agissant des *fixed charges*, elles échappent par nature à de tels concours³⁹³.

Il résulte de ce qui précède que, la protection du créancier bénéficiaire d'une *floating charge* est très relative. Or, les *charges* que l'on pratique sur les *book debts* sont généralement des *floating charges* par nature.

La sûreté est en quelque sorte fragile, si bien que la doctrine n'a cessé de critiquer son régime actuel.

³⁹² Cette situation défavorable au bénéficiaire d'une *floating charge* constitue une exception au principe général, posé par le précédent *Re Leyland Daf Ltd, Buchler v Talbot* [2004] UKHL 9; [2004] 2 A.C. 298; [2004] B.C.C 214 (connu sous le nom de *Leyland DAF case*), et selon lequel, en vertu du *proprietary right* dont jouit le créancier sur les biens grevés, ceux-ci deviennent indisponibles pour le constituant, et ne peuvent en conséquence être utilisés par les organes de la procédure collective pour payer les dépenses engagées dans la procédure.

³⁹³ Notons cependant que selon le *para.71, Sch B* de l'*Insolvency Act 1986*, le juge ne peut autoriser un *administrator* à vendre les biens objets d'une *fixed charge* que (i) s'il estime que l'aliénation de ces biens tend vers la satisfaction des objectifs de la procédure et (ii) si le produit net de la vente est ensuite remis au bénéficiaire de cette *fixed charge*. Si le montant de ce produit net est inférieur à la valeur de marché des biens en question, l'*administrator* doit payer la différence au créancier garanti. En conséquence, le bénéficiaire de la *fixed charge* se trouve dans une situation assez sécurisante.

B. Une sûreté controversée

385. Panorama R Si cette sûreté est une institution à part en droit anglais, elle fait encore débat, notamment concernant sa nature. Le paysage jurisprudentiel est parsemé de positions convergentes. Les revirements n'ont fait que surprendre sinon décevoir (1). La doctrine continue à soulever des incertitudes liées à son régime (2).

1. Divergences jurisprudentielles

386. Instabilité R Les *charges* sur les créances commerciales sont anciennes mais leur régime instauré par la *common law* n'est pas pour autant stable. Pour comprendre cet enjeu, il suffit de suivre l'évolution jurisprudentielle.

387. Fixed charge R *Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd* [1979] 2 Lloyd's Rep 142 fut le premier arrêt qui énonçait la possibilité de créer une *fixed charge* sur les *book debts*. Cet arrêt concerne l'interprétation d'un *debenture* destiné à créer une *fixed charge* sur toutes les créances présentes et futures d'une société. Selon la *Court of Appeal*, l'acte imposant au constituant de transférer les sommes issues du paiement des créances au crédit d'un compte ouvert chez le créancier garanti et de signer un *legal assignment* de ces créances sur demande du créancier, interdisant la création de toutes *charges* ou *assignments* de celles-ci à un tiers sans le consentement préalable du créancier garanti et permettant à celui-ci d'interdire à la société d'utiliser les sommes ainsi perçues dans le courant normal de ses affaires³⁹⁴ a créé une *fixed charge* sur les créances aussitôt que celles-ci sont nées et sur les sommes lors de leur réception. Ainsi, la création d'une *fixed charge* est conditionnée par deux éléments. Premièrement, le constituant ne pouvait que recevoir le paiement des créances et s'interdisait toute vente ou mise en garantie de celles-ci au profit d'un tiers quelconque. En second lieu, le constituant n'était pas complètement libre d'utiliser les sommes reçues dans le cadre de ses activités³⁹⁵.

Le monde bancaire et financier s'est empressé ensuite d'adapter la rédaction des modèles de contrat en prenant en considération le raisonnement de cet arrêt. La *Supreme Court* irlandaise a confirmé, par l'arrêt *Re Keenan Bros Ltd*³⁹⁶, le principe selon lequel une *fixed charge* a été créée sur les *book debts* lorsque les sommes reçues

³⁹⁴ Le créancier garanti pouvait intervenir et interdire le constituant de faire des retraits sur ce compte.

³⁹⁵ David Capper, "Spectrum Plus in the House of Lords: the victory of substance over form in personal property security law", *Journal of Corporate Law Studies*, 2006, 6(2), 447-466.

³⁹⁶ (1985) I.R. 401 ; (1986) B.C.L.C. 242.

en paiement des créances étaient transférées sur un compte bloqué et que le constituant ne pouvait pas effectuer de retraits, ni de paiements depuis ce compte. Mais cet arrêt ne créa aucun revirement puisque ces deux conditions suffisaient déjà à créer une *fixed charge*.

388. Scission conceptuelle de l'assiette R En revanche, l'arrêt *Re New Bullas Trading Ltd* (1994) 1 BCLC 485 a franchi un nouveau pas en étendant la position prise dans l'arrêt *Siebe Gorman*. La *Court of Appeal* admettait que les créances non collectées et les sommes d'argent issues de leur paiement étaient deux biens différents. La sûreté constituait donc une *fixed charge* sur les créances avant leur paiement et une *floating charge* sur les sommes issues de leur règlement dans la mesure où le document de sûreté interdisait seulement de disposer des créances non collectées et autorisait le constituant à faire des retraits sur le compte et utiliser ces sommes dans la conduite courante de ses affaires³⁹⁷. Le nouveau concept était particulièrement libéral et favorable aux parties au contrat. Il suffisait que l'*instrumentum* mentionne la création d'une *fixed charge* sur les créances et restreigne le droit du constituant à faire des opérations sur celles-ci. Le constituant avait ensuite toute la liberté d'utiliser les sommes reçues sans devoir les domicilier sur un compte quelconque ou faire l'objet de contrôle de la part du créancier. S'agissant du créancier garanti n'avait pas à craindre le concours avec les autres créanciers du constituant en procédure collective de celui-ci car selon l'*Insolvency Act*, une *floating charge* doit être telle depuis sa création³⁹⁸.

389. Contestations R La position de l'arrêt *New Bullas* a été par la suite vivement critiquée par l'arrêt *Agnew v Inland Revenue Commissioners, Re Brumark Investments Ltd* (2001) 2 AC 710 (*Brumark*)³⁹⁹ qui a décidé que dans la mesure où les sommes issues du paiement des créances non collectées dépendent de celles-ci (une *book debt* ne représente une valeur économique qu'à due concurrence de sa traduction monétaire), traiter les créances et le revenu de celles-ci comme deux biens séparés n'est pas possible ; l'absence de toutes restrictions significatives concernant la liberté offerte au constituant d'utiliser le compte bancaire crédité était incompatible avec une

³⁹⁷ Le professeur Roy Goode, in "Charges over book debts: a missed opportunity", *Law Quarterly Review*, 1994, 110, estimait que la scission d'une *charge* en deux était contraire au principe de l'indivision d'une *charge*. Selon lui, il n'y a qu'une sûreté qui porte sur le bien assiette original et sur sa disposition contre les sommes d'argent, comme une sûreté unique et continue.

³⁹⁸ Roy Goode, "Charges over book debts: a missed...", art., précité.

³⁹⁹ L'affaire a commencé en Nouvelle-Zélande mais a été ensuite soumis au *Privy Council* au Royaume Uni.

fixed charge. Autrement dit, il est impossible de faire cohabiter une *floating charge* au titre du produit des créances et une *fixed charge* grevant les créances elles-mêmes. Le deuxième apport de cet arrêt est de fixer des critères de catégorisation d'une *charge*. Une telle catégorisation doit prendre en compte les droits et obligations des parties prévus au contrat. On ne peut pas qualifier une *charge* de *fixed charge* seulement parce que l'*instrumentum* prévoit l'ouverture d'un compte bancaire bloqué si ce compte ne fonctionne de cette manière. Autrement dit, si le constituant peut disposer des sommes reçues et faire des retraits sur ce compte, la *charge* est une *floating charge*. Une fois encore, l'exigence d'un compte effectivement indisponible a été posée.

390. *Spectrum* R Le dernier (et sans doute le plus spectaculaire) développement jurisprudentiel est le prononcé de l'arrêt *Spectrum Plus* susmentionné. En l'espèce, un *debenture* du même type que celui dont il était question dans l'arrêt *Siebe Gorman* fut établi en faveur d'un banquier dispensateur de crédit sur les *book debts* présentes et futures d'une société. Le *debenture* était censé constituer une *fixed charge* car il interdisait au constituant de disposer de ces créances ou de créer d'autres sûretés sur celles-ci sans le consentement du banquier créancier. Il lui imposait également d'affecter les montants perçus sur un compte ouvert dans les livres du banquier créancier. Il n'y avait toutefois aucune restriction sur la possibilité du constituant d'effectuer des retraits sur ce compte pour les besoins de la conduite de ses affaires. La *High Court* avait jugé en première instance que la *charge* était une *floating charge*⁴⁰⁰. Pourtant selon la *Court of Appeal*, elle avait la qualité de *fixed charge*⁴⁰¹. À son tour, la *House of Lords* a rejeté la décision de la *Court of Appeal* en estimant que bien que bien que la sûreté en cause ait été exprimée sous forme d'une *fixed charge*, elle était en fait une *floating charge*, le constituant demeurant libre d'utiliser les montants perçus. La haute juridiction a ainsi réfuté la position prise par l'arrêt *Siebe Gorman* et a en même temps désapprouvé celle de l'arrêt *New Bullas*.

Désormais, quel que soit l'intitulé que les parties donnent à leur *instrumentum*, la sûreté sur les *book debts* qui permet au constituant de faire des opérations sur les sommes reçues en paiement de celles-ci sans le consentement du créancier sera qualifiée de *floating charge*. Celle-ci présente l'inconvénient pour son bénéficiaire

⁴⁰⁰ Arrêt *Re Spectrum Plus Ltd - National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and 5 others* [2004] EWHC 9 (Ch), Sir Andrew Morritt, 15 January 2004.

⁴⁰¹ Arrêt *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and others* EWCA Civ 670.

d'être soumis au concours des autres créanciers du constituant en cas de procédure collective.

2. Problématiques

391. Rigidité de la distinction *fixed charge/floating charge* R Les nouveaux développements jurisprudentiels précités témoignent d'une certaine fermeté des juges anglais dans le maintien de la distinction entre les deux catégories de *charges* que sont les *fixed charges* et les *floating charges*. Pour certains auteurs, le concept d'une *fixed charge* issu de l'arrêt *Spectrum* porterait atteinte au principe de liberté contractuelle (*freedom of contract*), largement reconnu dans les pays de tradition de *common law*⁴⁰².

Les parties ne peuvent plus décider elles-seules de la nature de leur *charge*. En effet, si elles peuvent décider les droits du constituant et du créancier en lien avec les biens mis en garantie, il appartient au juge de qualifier la *charge* en question de *floating charge* ou de *fixed charge*.

La définition d'une *fixed charge* ou d'une *floating charge* ainsi retenue paraît particulièrement rigide et pourrait même influencer la constitution des *charges* sur les autres biens générateurs de revenus (*revenue-generating assets*) comme les baux de long durée, les contrats d'assurance, les droits à l'exécution d'un contrat (*contractual performance rights*), etc⁴⁰³. L'inconvénient majeur de cette fermeté est que le régime des *charges* sur les créances commerciales ne séduirait plus les banques qui recherchent un degré de protection satisfaisant que seules les *fixed charges* pourraient leur procurer. Pour certains, des montages de financement simples et plus certains qu'offre le droit anglais laisseront probablement place à des montages plus compliqués et le coût de ceux-ci sera un facteur dissuasif orientant les investisseurs et banquiers à chercher des solutions plus intéressantes ailleurs⁴⁰⁴.

À cet égard, il faut noter que la démarcation *fixed charge/floating charge* a été supprimée en Nouvelle Zélande où les créanciers privilégiés ne peuvent plus compter sur leur priorité par rapport aux bénéficiaires des *floating charges*.

⁴⁰² F. Julien, "Requalification et financements bancaires R Aspects de droit français et anglais », *Banque et Droit*, n°115, septembre-octobre 2007 : « [Il existe] un principe ancien de droit anglais selon lequel les parties peuvent valablement conclure une transaction même si celle-ci paraît artificielle, pour autant que leur comportement est conforme au contenu des contrats qui les lient et à leurs déclarations ».

⁴⁰³ Sarah Worthington, "Floating charges..." , article précité.

⁴⁰⁴ Rita Lowe and Simon Beale, "The Spectrum décision: bad news for banks", *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2005.

392. Inconvénients R La *City of London Law Society* R organisme professionnel des avocats conseillers (*solicitors*) et des cabinets d'avocats de Londres R a publié en février 2014 un deuxième *Discussion Paper* sur la réforme du droit anglais des sûretés⁴⁰⁵ dans lequel elle mentionne deux inconvénients notables de la distinction *fixed charge/floating charge*. D'abord, bien que le contrôle par le créancier garanti des biens constituant l'assiette de la *charge* demeure le facteur déterminant dans la qualification de cette *charge*, il est difficile de déterminer le degré de contrôle requis pour qu'une *charge* soit une *fixed charge*. Cette difficulté concerne la plupart des transactions financières. Par exemple, en cas d'une *charge* sur les parts sociales, la possibilité pour un emprunteur de toucher des dividendes ou de voter signifie-t-elle que la sûreté est une *floating charge* ? De même, dans le cadre d'un prêt immobilier, lorsque l'emprunteur peut collecter les loyers jusqu'à sa défaillance, tout ou partie de la *charge* est-il considéré comme étant *floating* ? Ensuite, même si les restrictions dans l'acte de sûreté sont suffisantes pour créer une *fixed charge*, il conviendrait non seulement de se baser sur la documentation contractuelle, mais aussi de prendre en considération la conduite des parties en pratique pour la détermination de la nature de la *charge*. La *Discussion Paper* suggère trois pistes pour améliorer l'état actuel du droit⁴⁰⁶ mais il semble qu'aucune d'entre elles n'est facile à mettre en œuvre.

393. CONCLUSION DU § II R La *charge* sur les *book debts* de droit anglais illustre bien les écarts entre la pratique et les règles conceptuelles établies de longue date par la *common law*. La nature circulante des *debt books* ne rend pas la mise en œuvre d'une *fixed charge* conceptuellement impossible mais difficile en pratique notamment dans le souci de concilier les droits des parties. En état actuel du droit anglais, on ne peut pas déterminer avec certitude le degré de contrôle requis pour qu'une *charge* soit qualifiée de *fixed charge*.

394. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION I R Le nantissement de créances professionnelles de droit français et la *charge* sur les *book debts* de droit anglais n'ont pas un champ d'application général. Ces sûretés ne sont pas, par ailleurs, totalement satisfaisantes. Ainsi qu'exposé plus haut, et à titre d'exemple, la plus grande faiblesse de la *floating charge* est d'exposer le créancier garanti au concours des autres

⁴⁰⁵ Ce document traite spécialement de la distinction *fixed charge/floating charge* et est disponible sur <http://www.citysolicitors.org.uk/>.

⁴⁰⁶ Elles consistent à soit clarifier la distinction *fixed charge/floating charge*, soit identifier les biens spécifiques qui seront soumis au concours des autres créanciers, soit imposer un pourcentage maximum (qui ne doit pas être important) de tous les biens objets de *charges*, qui sera réservé aux autres créanciers.

créanciers. Ceci est révélateur : pour être efficace, toute sûreté sur créances doit conférer au créancier garanti un droit exclusif au paiement.

Le droit vietnamien s'est certes inspiré du droit anglais pour consacrer la notion de biens circulant dans le processus de production et d'affaires (C. civ. art.349.3) définis à l'article 3.8 du Décret 163 comme étant des *biens meubles destinés à l'échange, à la vente ou à la location dans le cadre des activités de production ou d'affaires du constituant de la sûreté*⁴⁰⁷. Cependant, en application de ce droit, les créances professionnelles ne relèvent pas de cette catégorie de biens. De plus, la réglementation bancaire ne vise aucun mécanisme similaire à celui de droit français. Pourtant, il ne serait pas utile ni opportun d'introduire en droit vietnamien un mécanisme similaire au droit français ou au droit anglais, et ce pour plusieurs raisons. Ceci nécessiterait une réforme du droit positif (soit en considérant les créances professionnelles comme les biens circulant dans les activités commerciales comme en droit anglais, soit en leur donnant une définition comme celle de droit français). Or, une telle réforme ne serait pas fondamentalement justifiée lorsque l'on sait que ni le modèle français ni le modèle anglais n'est véritablement satisfaisant à la date de ce jour. D'ailleurs ainsi qu'il sera exposé dans ce qui suit, l'hypothèque de créances de droit commun est une sûreté qui donne au créancier une protection suffisamment efficace.

SOUS-SECTION II : SÛRETÉS SUR CRÉANCES DE MARCHÉS PUBLICS

395. Intérêt pratique R Il n'est plus rare aujourd'hui de voir des sûretés grevant des créances résultant des marchés publics. Ces marchés demeurent parmi ceux qui représentent les montants les plus importants. Ils constituent une source importante de crédit.

396. Droit anglais R Il n'existe pas en droit anglais une sûreté spécifique grevant les créances générées par les marchés publics comme le nantissement de créance de marché public de droit français. Ceci étant, peuvent être affectées en garantie ces

⁴⁰⁷ V. *supra*, n°147.

créances sous forme d'une *charge* sur les créances⁴⁰⁸ ou d'une *mortgage* sur créances par voie de cession⁴⁰⁹. Plus largement encore, il est possible de constituer une *charge* ou une cession, sur le contrat de concession (concession agreement/licence) ou sur le contrat de construction (construction agreement)⁴¹⁰ ou sur les droits nés de ces contrats⁴¹¹, par exemple les droits auxquels donne naissance un contrat de construction (rights under a construction contract)⁴¹².

397. Plan R Le nantissement de créance de marché de droit français offre à la pratique bancaire un instrument efficace et constitue un bel exemple de sûreté spécifique sur créance de marché qu'il est intéressant d'examiner (§ I). Il existe en droit vietnamien des préalables nécessaires à l'introduction d'un tel dispositif (§ II).

§ I – DROIT FRANÇAIS

398. Panorama R Le nantissement de créance résultant d'un marché public présente des atouts considérables qui lui permettent sans doute de concurrencer directement la cession Dailly de créance de marché. Pour le comprendre, il est important de préciser son domaine (A) et sa mise en œuvre (B).

A. Domaine

399. Encadrement juridique R Le nantissement de créances de marché public a succédé à la technique de mise en gage de marché connue sous le couvert de *délégation de marché*⁴¹³. Son régime a fait l'objet des modifications législatives importantes qui finissent par faire d'une sûreté à part un nantissement qui n'est spécifique qu'à de rares aspects (1). À part la remise d'un titre de nantissement, les formalités, qu'elles soient exigées par la loi Dailly ou par le Code civil, lui sont applicables (2).

1. Évolution

400. Retouches successives R Institué en droit français en 1937 par le Décret-loi du 30 octobre 1935, le nantissement des créances résultant des marchés tel qu'il est codifié au Code des marchés publics (art. 106 et s) a connu des évolutions notables.

⁴⁰⁸ V. *supra*, n°373 et s.

⁴⁰⁹ V. *infra*, n°680 et s.

⁴¹⁰ Neil Cuthbert, "Security for projects", part 2, *International Banking and Financial Law Journal*, 1998.

⁴¹¹ Richard Calnan, *Taking security –...*, ouvrage précité, para.5.54.

⁴¹² Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.1-55.

⁴¹³ D. Martin, « La condition juridique du créancier bénéficiaire d'un nantissement de marché public », *RTD. Com.*, 1977, n°10.

Les modifications substantielles de son régime ont été apportées notamment par le décret n° 76-476 du 31 mai 1976 qui a mis les dispositions du Code des marchés publics en harmonie avec les règles adoptées en matière de sous-traitance par la loi du 31 décembre 1975 et par la loi du 2 janvier 1981⁴¹⁴ et son décret d'application n° 85-1285 du 3 décembre 1985 permettant le nantissement et la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly. Ces retouches ont réduit considérablement l'attrait de cette sûreté qui était très pratiquée jusqu'alors⁴¹⁵. Depuis, le nantissement de créances de marchés publics n'est utilisé que de manière résiduelle, c'est-à-dire seulement lorsque le créancier n'est pas un établissement de crédit. De plus, la réforme du droit des sûretés de 2006 qui a grandement amélioré l'efficacité du nantissement de créance de droit commun, a ouvert la voie à celle du nantissement des marchés publics réalisée par le décret n° 2006-975 du 17 août 2006 dont les dispositions ont été insérées dans le Code des marchés publics (C. marchés publ., art. 106 à 110) et modifiées par le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008. La réforme a déplacé ce nantissement de créances résultant de marchés publics dans le champ d'application du nantissement de créances de droit commun en ne maintenant que certaines particularités spécifiques tenant à la personnalité du débiteur de la créance de prix du marché nanti⁴¹⁶. Ainsi, en principe, sa constitution et son régime sont soumis désormais au Code civil, les dispositions du Code des marchés publics n'apportant que des précisions supplémentaires.

2. Constitution

401. Aperçu général R Puisqu'il n'y a plus de régime juridique propre au nantissement de créance résultant d'un marché public, un choix doit être fait entre la solution prévue par loi Dailly et le nantissement de créances de droit commun. Ainsi qu'analysé plus haut, le nantissement par bordereau n'a que peu d'utilité pratique R c'est la cession Dailly qui est préférée par les établissements de crédit bénéficiaire d'une garantie grevant une créance de marché. En présence d'un créancier ordinaire, il est préférable de recourir à un nantissement de créance de droit commun. Reste

⁴¹⁴ Les interprétations jurisprudentielles de cette loi étaient défavorables au créancier nanti. V. notamment H. Synvet, « Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants », *JCP G*, n°2, 10 jan. 1990, I 3425.

⁴¹⁵ Schreiber, « La cession et le nantissement des créances contenues dans les actes unilatéraux de droit public dans le cadre de la loi Dailly », *D.* 1987, chron. p. 295.

⁴¹⁶ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-CI Commercial*, fasc.préc., n° 25 et 26.

alors à tenir compte de certaines spécificités du nantissement de marché public expressément prévues par le Code des marchés publics.

402. Créance nantie R Le nantissement des marchés publics ne porte que sur des créances résultant des marchés publics, c'est-à-dire créances qui sont dues par l'administration (le pouvoir adjudicateur) au titre des marchés conclus avec le constituant (le titulaire du marché ou les sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct). Celles auxquelles donnent naissance des marchés privés sont soumises au droit commun.

Le débiteur de la créance nantie peut être l'État, une collectivité territoriale, un établissement public ou une entreprise cessionnaire assurant un service public.

Si le marché est sous-traité et cette sous-traitance est prévue dès la passation du marché, le titulaire du marché ne peut nantir que sa part de créance obtenue en déduisant du montant total du marché le montant des prestations pour lesquelles les sous-traitants bénéficient de l'action directe (C. marchés publ., art. 107, al.4). Le sous-traitant qui a été accepté par le pouvoir adjudicateur et dont les conditions de paiement ont été agréées peut nantir, à concurrence du montant des prestations qui lui sont réglées directement, tout ou partie de sa créance (C. marchés publ., art. 117, al.1).

403. Créance garantie R Le titulaire d'un marché public (un entrepreneur ou un fournisseur) peut utiliser la créance résultant de celui-ci en garantie des prêts qu'un banquier lui accorde aux fins de la réalisation de ce marché. Mais la loi ne dit rien sur la nature de l'obligation que cette créance vient garantir. Sous l'empire des textes antérieurs, la Cour de Cassation et les juges du fond ont admis la validité du nantissement conclu pour garantir toute créance quelle que soit sa nature ou son origine⁴¹⁷. Cette position jurisprudentielle conserverait aujourd'hui toute son actualité⁴¹⁸.

404. Remise d'une copie de l'original du marché ou un certificat de cessibilité R La remise du titre constitue une formalité préalable au nantissement. Le pouvoir adjudicateur doit remettre au titulaire, à sa demande, soit une copie de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, par lui, indiquant que cette pièce est

⁴¹⁷ Cass. com., 19 déc. 1972 : Bull. civ. 1972, IV, n° 340 ; *Banque*, 1973, p. 401, obs. L. Martin ; CA Metz, 23 juin 1976, *JCP N* 1977, II, 194. - Rapp. CA Aix-en-Provence, 4 juill. 1978, *D.* 1979, inf. rap. p. 361, obs. Vasseur.

⁴¹⁸ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-CI Commercial*, fasc.préc., n°29.

délivrée en unique exemplaire, soit un certificat de cessibilité⁴¹⁹ en vue de la notification éventuelle d'un nantissement de créance résultant de ce marché (C. marchés publ., art. 106).

En cas de sous-traitance, le titre ou le cas échéant l'acte spécial désignant un sous-traitant admis au paiement direct (avenant) est remis au titulaire de marché et à chaque sous-traitant bénéficiant du paiement direct (C. marchés publ., art. 106 et 117).

Si le marché est couvert par le secret-défense, le pouvoir adjudicateur délivre au titulaire un titre qui ne comporte que des indications compatibles avec le dit secret. Le titulaire du marché peut demander aussi que le contenu du titre soit réduit aux seules indications nécessaires au nantissement pour toute autre cause (C. marchés publ., art. 106, al.4 et 5).

405. Formalités constitutives R Ces formalités varient en fonction de l'option choisie, à savoir le nantissement Dailly ou le nantissement de droit commun.

Le nantissement Dailly est caractérisé par la remise d'un bordereau. À la différence du nantissement Dailly relevant du régime général de la loi Dailly dans le cadre duquel la notification du nantissement n'est pas obligatoire et a pour seul effet d'interdire le paiement de la créance nantie entre les mains du constituant, la notification ou la signification au comptable public assignataire est exigée s'agissant de nantissement de marché public (C. marchés publ., art. 107, al.1). L'exemple unique ou le certificat de cessibilité doit être remis par le créancier nanti au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement (C. marchés publ., art. 106, al.3).

Le nantissement de droit commun impose l'établissement d'un écrit (C.civ., art.2356, al.1) sous forme d'un acte authentique ou sous signature privée. La notification ou la signification de l'acte au débiteur de la créance nanti ou son intervention à l'acte rend le nantissement opposable à ce débiteur (C.civ., art.2362, al.1).

⁴¹⁹ Malgré son intitulé, le certificat de cessibilité vaut aussi titre en cas de nantissement de créances résultant d'un marché public (arrêté du 28 août 2006 relatif au certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics, art. annexe).

B. Régime

406. Droit du créancier nanti à l'information R La créance est un bien particulier. Ce que le créancier nanti espère obtenir en cas de réalisation du nantissement portant sur une créance n'est pas la créance elle-même mais l'objet de la créance, c'est-à-dire le montant des fonds. Or, celui-ci n'est pas un chiffre fixé mais est fonction de l'exécution du marché qui lui donne naissance. Afin de protéger le créancier nanti, le législateur lui a offert des possibilités de se renseigner sur l'exécution du marché nanti. Ainsi, l'information du créancier est spécialement visée à l'article 109 du Code des marchés publics.

Concernant le contenu des informations, tout comme le bénéficiaire d'une cession par bordereau, le créancier nanti peut, au cours de la réalisation du marché, demander au pouvoir adjudicateur des renseignements et justifications lui permettant de mesurer de manière approximative l'état, l'évolution et les modalités de la créance de marché⁴²⁰. Ces informations peuvent revêtir la forme d'un état sommaire des prestations effectuées, accompagné d'une évaluation qui n'engage pas le pouvoir adjudicateur, d'un décompte des droits constatés au profit du titulaire du marché, d'un état des avances et des acomptes mis en paiement (la personne chargée de fournir ces renseignements est désignée dans le marché) ou d'un état détaillé (à requérir du comptable) des oppositions au paiement de la créance détenue par le titulaire du marché que ce comptable a reçues.

S'il en fait la demande, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de l'aviser en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat ayant un effet sur le nantissement.

Concernant l'étendue du droit à l'information, il est strictement interdit au créancier nanti d'exiger d'autres renseignements que ceux susmentionnés ou d'intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché. La raison de ces limites est que *« l'information [du créancier nanti] conçue comme une commodité unilatéralement concédée pour faciliter le financement du marché, ne l'habilite pas à s'insérer dans un rapport contractuel auquel il n'est pas partie⁴²¹ »*.

Concernant l'*exactitude des renseignements* ainsi fournis, le texte stipule un seul cas d'irresponsabilité : il s'agit du cas où un état sommaire des prestations effectuées est

⁴²⁰ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-Cl Commercial*, fasc.préc., n°36.

⁴²¹ D. Martin, « La condition juridique du créancier ... », art.préc., n°99.

délivré, accompagné d'une évaluation, celle-ci n'engageant pas le pouvoir adjudicateur. On peut en déduire que la fourniture des autres informations visées, qui s'avéreraient erronées, exposerait leur auteur au paiement de dommages et intérêts.

407. Mise en œuvre du nantissement **R**Aux termes de l'article 107, al.2 du Code des marchés publics, à partir de la notification ou de la signification, le créancier nanti encaisse seul le montant de la créance ou de la part de créance donnée en nantissement.

La règle est identique à celle applicable au nantissement de créance de droit commun énoncée à l'article 2363 du Code civil.

La question est de savoir si le nantissement de créances de marché expose le créancier nanti à un concours avec les autres créanciers du constituant. Certes, on pourrait le penser en se basant sur l'article 1102 du Code des marchés publics qui confirme la priorité des fournisseurs de matériaux prévue à l'article L.3253-22 du Code du travail. Le nantissement du marché respecterait le classement entre les créanciers à moins qu'un droit de rétention ne soit reconnu au créancier nanti⁴²². Aujourd'hui, cette question ne semble pas se poser dans le cadre particulier du nantissement de marché public mais dans le régime général du nantissement de créance de droit commun. Or, il apparaît, surtout à la lumière d'un arrêt récemment rendu par la Cour de Cassation à propos d'une cession de loyers à titre de garantie⁴²³, que l'article 2363 du Code civil a pour objet de conférer au bénéficiaire du nantissement une situation d'exclusivité opposable aux tiers⁴²⁴. Le privilège des fournisseurs de matériaux n'est qu'une pure et rare exception fortement conditionnée⁴²⁵. Le sort du créancier nanti est donc garanti car il n'a plus à craindre le concours avec les autres créanciers du constituant. Tel devra être l'objectif poursuivi par la réforme du droit des sûretés de 2006⁴²⁶.

408. CONCLUSION DU § I **R**Le nantissement de marché public est en principe ramené dans le giron du nantissement de créance de droit commun. Seules subsistent certaines règles régissant des aspects procéduraux propres à ce type de sûreté qui

⁴²² M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-Cl Commercial*, fasc.préc., n°33 et 35.

⁴²³ Cass. Com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *D.* 2010. 1340, obs. A. Lienhard.

⁴²⁴ En ce sens, V. H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patr.* 2005, n° 140, p. 64 s. ; *adde* L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - la publicité foncière*, ouvrage précité, n° 536 ; P.Crocq, « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *RTD Civ.* 2010 p. 597.

⁴²⁵ Le privilège ne profite qu'aux fournisseurs agréés et ne porte que sur les fournitures livrées postérieurement à la demande d'agrément.

⁴²⁶ V. *infra*, n° 429 et s.

implique la présence d'une administration. D'une manière globale, le nouveau régime du nantissement de marché public est efficace surtout en raison d'un droit exclusif dont est titulaire le créancier nanti. Le nantissement de marché constitué en application des règles de droit commun constituera une alternative à la cession Dailly de marché très pratiquée actuellement.

§ II – DROIT VIETNAMIEN

409. Adjudication R Selon le droit vietnamien, tout projet d'investissement dans le développement financé par les fonds des organes étatiques et assimilés ou par une entreprise étatique, tout projet d'investissement financé à la hauteur de 30% ou plus par les deniers publics ou d'un montant de 500 milliards de dongs issus des deniers publics, tout projet d'acquisition de biens utiles au fonctionnement des organes étatiques et assimilés financé par des deniers publics ou tout projet d'achat en vue de fourniture de biens ou services publics financé par des deniers publics ainsi que la sélection d'un partenaire privé dans le cadre d'un partenariat public-privé ou d'un projet d'exploitation du droit d'usage du sol ou dans le domaine pétrolier doit donner lieu à la conclusion d'un marché public (art.1 de la loi n° 43/2013/QH13 sur la passation des marchés publics en date du 26 novembre 2013). Les entreprises publiques représentent une large part des investissements réalisés dans le pays. Ceci explique le volume important des créances résultant des marchés publics.

410. Absence d'une sûreté spéciale R La loi sur la passation des marchés publics et ses nombreux textes d'application ne visent pas l'affectation en garantie des créances de prix de marchés. Le régime de l'hypothèque de créance de droit commun a donc vocation à s'appliquer. Les banquiers vietnamiens pratiquent d'ores et déjà des hypothèques de créances de marchés.

L'analyse du nantissement de créance de marché public de droit français montre l'efficacité de cette sûreté et la grande sécurité qu'elle donne au créancier nanti. La délivrance de l'exemple unique ou du certificat de cessibilité permet d'éviter les risques de fraude commise par le constituant. De même, l'information du créancier nanti par le pouvoir adjudicateur permet au créancier nanti de suivre la bonne exécution du marché dont la créance est nantie à son profit. Ces deux règles pourraient être introduites dans le droit vietnamien relatif aux marchés publics pour renforcer l'attrait de l'hypothèque sur les créances de marchés publics.

Le droit vietnamien est particulièrement laconique concernant la sous-traitance. Le paiement direct est possible sur l'initiative de l'entrepreneur principal ou le titulaire du marché si ce principe est stipulé dans le marché lui-même (Décret n° 48/2010/ND-CP du Gouvernement en date du 7 mai 2010 sur les contrats de construction, modifié en 2013, art.46, al.3). Or, il faudrait que les sous-traitants jouissent de plein droit de cette possibilité. Une réforme des dispositions applicables serait nécessaire, d'une part pour mieux protéger les sous-traitants et d'autre part, pour leur permettre aussi d'hypothéquer leur part de créance résultant des marchés.

411. CONCLUSION DU § II Afin de mieux préciser le régime de l'hypothèque de créances de marchés publics, il est nécessaire qu'une réforme du droit vietnamien des marchés publics soit entamée. Cette réforme ne consiste pas à refondre complètement les dispositions en vigueur mais plutôt à les compléter. L'expérience française est intéressante à cet égard. La pratique bancaire pourrait se voir ainsi dotée d'un instrument juridique plus efficace qui inciterait l'octroi du crédit.

412. CONCLUSION DE LA SOUS-SECTION II La réforme concomitante du droit des sûretés et du Code des marchés publics a amélioré significativement le régime du nantissement de créance de marché public de droit français. L'avenir de cette sûreté est en relation étroite avec celui du nantissement de créance de droit commun. On peut s'attendre à des précisions jurisprudentielles en la matière qui conforteront probablement l'efficacité de cette figure. Le régime du nantissement de marché public avec ses nombreux avantages peut servir de modèle au législateur vietnamien dans une réforme du droit positif à entreprendre.

413. CONCLUSION DU CHAPITRE II L'étude des nantissements spécifiques de créances en droit français démontre à quel point le nantissement de créance de droit commun améliore le régime des nantissements spéciaux tant sur le plan de leur constitution que sur le plan de leur efficacité. La consécration d'un droit exclusif au profit du créancier nanti rend les nantissements de créance beaucoup plus attrayants. Certes, on peut encore déplorer l'hétérogénéité des nantissements de meubles incorporels mais les nantissements de créance tendent aujourd'hui vers un régime commun et voient donc leur efficacité améliorée.

En ce qui concerne le droit vietnamien, il est impératif de combler les vides juridiques dans ce domaine. Une telle réforme devrait être menée de pair avec celle du régime de l'hypothèque de créance.

414. CONCLUSION DU TITRE II Les sûretés spéciales grevant les créances particulières sont diverses. La cohabitation entre celles-ci et les sûretés de droit commun semble une évidence dans la mesure où les créances engagées ont leur propres caractéristiques. Il est important que les règles tiennent compte de leurs particularités. Une bonne articulation entre le droit commun et les droits spéciaux nécessaire est aussi nécessaire pour assurer l'efficacité de ces sûretés. Des améliorations sont encore attendues. L'examen des effets des sûretés conventionnelles sur créances de droit commun montrera également certaines lacunes de la loi à combler.

TITRE II : EFFETS DES SÛRETÉS

415. Multiples relations R Différents acteurs peuvent être impliqués dans la mise en œuvre des sûretés sur créances : le créancier garanti, le constituant, le débiteur de la créance grevée, les autres créanciers du constituant et du débiteur de la créance grevée. L'exercice des droits du créancier garanti doit être toujours considéré dans les rapports qu'il entretient avec ces acteurs. Un régime efficace commanderait une articulation harmonieuse des intérêts qui sont souvent en conflit les uns avec les autres.

416. Plan R D'une manière globale, s'agissant de la réalisation du nantissement de créance, le droit français paraît offrir des solutions pertinentes (chapitre I) qu'on pourrait transposer en droit vietnamien pour compléter les vides juridiques qui rendent encore incertain le régime même de l'hypothèque de créance (chapitre II).

CHAPITRE I : EFFETS DU NANTISSEMENT DE CRÉANCE DE DROIT FRANÇAIS

417. Aperçu général R La réforme de 2006 a établi des règles gouvernant spécialement le nantissement de créance de droit commun. L'apport considérable de cette réforme à cette sûreté est souvent méconnu. En effet, elle a abordé de nombreux aspects du régime du nantissement de créance ont été abordés. Malgré cela, le législateur n'a pas tout précisé et certaines questions nécessiteront des clarifications jurisprudentielles.

Pour illustrer ces constatations, il suffit d'examiner la nature du droit au paiement que la loi donne au créancier nanti (section I) et les modalités de mise en œuvre du nantissement de créance (section II).

SECTION I : DROIT AU PAIEMENT DU CRÉANCIER NANTI

418. Droit du créancier nanti R L'article 2357 du Code civil relatif au nantissement d'une créance future dispose que le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci. Il s'agit d'un droit au paiement de la créance, c'est-à-dire un droit à la distribution des fonds reçus en paiement de celle-ci. Cependant, le législateur ne décrit nulle part la nature de ce droit. Son identification s'avère particulièrement importante (§ I) et conditionne la possibilité pour le débiteur de la créance nantie d'invoquer les exceptions tendant à réduire les sommes à payer ou à éteindre la créance (§ II).

§ I – IDENTIFICATION DU DROIT AU PAIEMENT DU CRÉANCIER NANTI

419. Panorama R En vertu de l'article 2363 du Code civil « *après notification, seul le créancier reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts* ». Le texte ne précise pas de manière expresse que le créancier jouit d'un droit exclusif à recevoir le paiement. Or, l'efficacité du

nantissement de créance n'est assurée que si le créancier nanti échappe à toute poursuite éventuelle des autres créanciers aussi bien lorsque le constituant est *in bonis* que dans le contexte d'une procédure collective. Ces créanciers peuvent être ceux qui pratiquent des saisies-attributions (administration fiscale, URSSAF ou fournisseurs du constituant, etc.). La doctrine n'a pas pris véritablement position sur cette question. Un simple droit de préférence (A) paraît insuffisant. Le droit de rétention (B) demeure incertain dans le contexte des biens incorporels. La reconnaissance d'un droit exclusif au paiement (C) qui traduirait peut-être au mieux les intentions des auteurs de la réforme de 2006, reste alors, en l'état actuel du droit français, la solution la plus susceptible de rendre les effets de la sûreté plus efficaces que par le passé.

A. Droit de préférence

1. Un droit auquel on peut penser à première vue

420. Position doctrinale favorable R Certains auteurs estiment que le nouveau régime du nantissement de créance ne confère au créancier nanti qu'un simple droit de préférence. Ainsi, selon le professeur Philippe Théry, les articles 2362, al.2 et 2363, al.1 du Code civil ne règlent que les rapports entre le débiteur de la créance nantie, le constituant et le créancier nanti et ne peuvent donc pas faire acquérir au créancier nanti un droit exclusif au paiement qui le mettrait à l'abri de tout concours des autres créanciers. Or, dans la mesure où le nantissement n'entraîne pas le transfert de propriété sur la créance grevée au profit du créancier nanti, il serait soumis aussi à la technique habituelle de protection de celui-ci, c'est-à-dire au droit de préférence⁴²⁷.

Le professeur Marc Mignot rejoint la position du professeur Philippe Théry en affirmant que la logique du classement des créanciers devrait être celle de principe et que le droit exclusif serait contraire au principe posé par l'article 2285 du Code civil selon lequel les biens du débiteur forment le gage commun de ses créanciers⁴²⁸.

De plus, ces auteurs considèrent que l'existence d'un droit exclusif au paiement est difficilement conciliable avec l'attribution conventionnelle par voie de pacte

⁴²⁷ Ph. Théry, note sous Cass. Com., 19 déc, 2006, n°05-16395, *Defrénois*, 2008, n°4, p.414.

⁴²⁸ M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *RDBF*, jan, 2010, étude 2, n° 36 et s.

commissaire et l'attribution judiciaire de la créance prévues à l'article 2365, al. 1 du Code civil.

Certains praticiens adhèrent à cette thèse. Pour eux, le paiement entre les mains du créancier nanti en cas de notification n'aurait pas un effet novatoire et l'existence de la faculté d'attribution en propriété par le biais d'un pacte commissaire offrirait au créancier nanti une compensation efficace⁴²⁹.

421. Premières objections R Si l'article 2363 du Code civil ne vise pas directement le droit exclusif du créancier nanti à recevoir le paiement de la créance donnée en nantissement, l'usage de l'adjectif « *seul* » paraît bien désigner l'*accipiens* de ce paiement, à savoir le créancier nanti. Il ne donnerait donc pas lieu à un concours éventuel entre celui-ci et les autres créanciers du débiteur de la créance garantie.

De plus, l'article 2285 du Code civil reconnaît aussi l'existence de causes légitimes de préférence. Celles-ci peuvent englober en leur sens large une distribution exclusive au profit d'un seul créancier.

Enfin, l'analyse selon laquelle la dualité des modes de réalisation serait dépourvue de cohérence en présence d'un droit exclusif et aboutirait à réserver un sort distinct au créancier nanti selon le mode de réalisation choisi n'est justifiée par aucune disposition de l'article 2365. Par ailleurs, en l'absence de concours, l'attribution judiciaire permet au créancier nanti de devenir propriétaire de la créance nantie et donc de pouvoir la mobiliser avant son échéance par exemple en la cédant, ou en l'aliénant, sous forme d'affacturage ou d'affectation en garantie⁴³⁰.

La réforme apporte surtout des éléments nous permettant d'exclure le droit de préférence.

2. Un droit qui ne doit pas être retenu à la lumière de la réforme

422. Indices textuels R Les nouveaux textes relatifs au nantissement de créance ne mentionnent nulle part que le créancier nanti a un droit de préférence. Le législateur a créé une nouvelle sûreté qui a pour nom *nantissement* et qui est définie à l'article 2355, al.1 du Code civil comme « *l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un*

⁴²⁹ G. Ansaloni, « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », *RDBF*, sep, 2013.

⁴³⁰ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-CI Commercial*, fasc.préc, n°15.

bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ». L'article 2355, al.5 de ce code énonce par ailleurs expressément que le régime du nantissement de créance est désormais indépendant de celui du gage de meubles corporels. Si la définition du gage de l'article 2333 du Code civil mentionne clairement que le gage investit le créancier gagiste d'un droit de préférence qui forme l'objet de sa garantie, la définition du nantissement n'évoque pas ce droit. Or, en l'absence de toute référence à un tel privilège, il n'est pas possible de raisonner en termes de concours entre créanciers. En distinguant le régime du nantissement de créance de celui du gage, le législateur n'a probablement pas souhaité que le droit de préférence qui caractérise le gage soit reproduit dans le nantissement de créance.

De plus, la faiblesse frappante de l'affectation d'un bien à titre préférentiel tient à ce que cette technique met le créancier nanti en concours avec les autres créanciers du constituant. Ceux-ci sont si nombreux en droit français que l'on peut dès lors s'interroger sur l'intérêt pratique qu'il y aurait eu à créer un nouveau chapitre sur le nantissement de créance au sein du Code civil alors que son effet principal ne changerait pas au profit du créancier nanti. La sécurité du crédit commande nécessairement des réformes susceptibles de protéger plus efficacement le créancier garanti. La reconsidération du nantissement de créance ne doit pas échapper à cette tendance. Le droit exclusif ne devrait plus être fondé seulement sur la présence d'un droit de rétention ou d'un droit de propriété.

Si la thèse d'un droit de préférence n'est pas vraiment pertinente, celle d'un droit de rétention qui confère au créancier une position particulièrement favorable même en cas de procédure collective du constituant paraît séduisante.

B. Droit de rétention

423. Avantages du droit de rétention R S'il était reconnu au créancier, le droit de rétention lui offrirait des avantages considérables. L'existence du droit de rétention entraîne en effet l'exclusion des autres créanciers : nul ne peut reprendre le bien retenu sans avoir payé son titulaire. Cette garantie est surtout efficace dans l'hypothèse du placement du constituant sous procédure collective. En effet, le rétenteur n'est pas soumis à la règle de l'interdiction des paiements, ni à celle de l'interdiction ou de la suspension des poursuites et des voies d'exécution (art. L.622-

7, II, alinéa 2 du Code de commerce). De plus, selon l'alinéa 5 de l'article L.642-12 du Code de commerce, le plan de cession n'affecte pas la rétention. Par ailleurs, en liquidation judiciaire du constituant, ce droit ferait obstacle à l'encaissement des fonds par le liquidateur et même si celui-ci obtenait l'autorisation du juge-commissaire de retirer le gage moyennant paiement, le créancier nanti jouirait d'un droit exclusif sur la somme obtenue (à hauteur de sa créance) par l'effet du report du droit de rétention sur le prix prévu par l'article L.642-20-1, alinéa 3 du Code de commerce. Cette règle confère au rétenteur un privilège de premier rang lui permettant d'échapper à tout concours, quelles que soient les garanties des autres créanciers⁴³¹.

Nous essayerons d'abord de rechercher les fondements du droit de rétention (1) avant d'examiner la possibilité éventuelle de l'ériger en principe (2).

1. Fondements

424. Pouvoir de blocage R Une partie importante de la doctrine considère que la notification donne au créancier nanti un véritable droit de rétention⁴³². Comme l'article 2363, al.1 du Code civil impose au débiteur de la créance nantie ayant reçu la notification de payer le créancier nanti sous peine d'invalidité de tout autre paiement, la notification rend la créance indisponible au profit du créancier nanti qui l'a reçue en garantie, empêchant ainsi l'utilisation de la créance (c'est-à-dire la perception de son paiement) par le créancier d'origine. Elle offre donc au créancier nanti un pouvoir de blocage réel qui constitue un droit de rétention⁴³³. D'autres estiment qu'« *en l'occurrence, la notification du nantissement a fait perdre au constituant son pouvoir de fait sur la créance, ce qui équivaut à une « remise de la chose » engendrant un droit de rétention*⁴³⁴ ». Que la notification ait pour effet un pouvoir de blocage ou la perte du pouvoir de fait du constituant sur la créance, elle permettrait au créancier nanti de retenir de manière dématérialisée la créance nantie.

⁴³¹ Pour une étude récente des avantages du droit de rétention, v. K. Luciano, « Analyse juridique du droit de rétention », *Rev. proc. coll.*, n°4, juillet 2012, étude 29, n°41 et s.

⁴³² L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité...* op. cit., n° 536 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés. La publicité foncière foncière*, 4^e éd., Dalloz 2004, n° 649 ; M. Bourassin, V. Brémond et M.N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 2^e éd., Sirey, 2010, n° 1802 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 2013, 9^e éd., n° 518 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 2008, n° 239, note 1 ; A. Aynès, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 et M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n°783.

⁴³³ A. Aynès, « Le nantissement de créance de droit commun : quelle efficacité ? », *Banque et Droit*, numéro hors série, déc., 2010.

⁴³⁴ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, ouvrage précité, n°783.

425. Droit de rétention et dépossession R Le droit de rétention peut naître en l'absence de la détention physique du bien. Ainsi, dans le cadre d'un gage portant sur un véhicule automobile, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession (C.civ., art. 2352). La jurisprudence a reconnu le droit de rétention au profit d'un bénéficiaire d'un warrant agricole⁴³⁵. D'ailleurs, l'article 2286, 4° du Code civil généralise le droit de rétention à tous les gages sans dépossession, le critère déterminant n'étant plus la dépossession mais la connexité⁴³⁶. En matière de nantissement de comptes-titres, le législateur reconnaît par ailleurs de manière expresse que « *le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers* » (C. monét. fin., art. L.211-20-IV). Ainsi, le droit de rétention peut porter sur un bien incorporel. Le créancier nanti qui ne peut pas retenir physiquement la créance devrait alors être investi d'un tel droit de rétention.

426. Arrêt du 26 mai 2010 R La Chambre commerciale de la Cour de Cassation a rendu le 26 mai 2010 un arrêt important à propos du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive⁴³⁷. Dans le chapeau *résumé* de la publication au Bulletin de cet arrêt, se trouve l'affirmation selon laquelle « *le prêteur avait la qualité de créancier nanti lui conférant un droit de rétention*⁴³⁸ ». Certains y voient l'intention de la chambre commerciale de consacrer l'existence du droit de rétention lorsque l'occasion se présentera⁴³⁹.

Les fondements susmentionnés vont conforter l'admission du droit de rétention comme le droit essentiel dont bénéficie le créancier nanti. Reste à examiner si la notion demeure certaine dans le contexte du nantissement de créance de droit commun. Plusieurs arguments viennent fragiliser la reconnaissance d'un droit de rétention.

2. Problématiques

427. Portée incertaine du pouvoir de blocage R Si l'analyse du pouvoir effectif de blocage paraît séduisante, elle est affaiblie par le fait qu'il existe d'autres institutions juridiques comme l'opposition ou la saisie conservatoire d'une créance

⁴³⁵ Cass.com., 26 janvier 2010, *RDBF*, 2010, comm. 62, obs. D. Legeais.

⁴³⁶ A.Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », *D.*2006, p.1301.

⁴³⁷ Cass.com., 26 mai 2010, n° 09-13.338.

⁴³⁸ Curieusement, cette affirmation ne se trouve pas dans le texte de l'arrêt. Pour une critique de celle-ci, V. M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°132 et s.

⁴³⁹ M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-CI Commercial*, fasc.398, n°17.

qui paralysent le paiement d'une créance sans pour autant conférer à leur bénéficiaire une véritable situation de rétenteur⁴⁴⁰. L'exclusion des concours éventuels avec d'autres créanciers affiche donc une portée relative. Par ailleurs, pour retenir une chose, il faut d'abord la détenir physiquement et la consécration récente du droit de rétention sur des biens incorporels insusceptibles de remise physique semble vider ce dispositif juridique de sa substance. Par comparaison, ce n'est pas la tendance en droit anglais⁴⁴¹ ou en droit vietnamien.

428. Indices textuels R La reconnaissance d'un droit de rétention au profit du bénéficiaire d'un gage sans dépossession par l'article 2286, 4° du Code civil illustre certes un changement conceptuel du droit de rétention en France dans la mesure où celui-ci tend à se dématérialiser ! Toutefois, dans la mesure où le régime du nantissement de créance est désormais distinct de celui du gage de biens corporels (C.civ., art. 2355, al.5), cet indice n'est pas suffisant pour conclure que le créancier nanti bénéficie d'un tel droit. Or, il n'est nullement indiqué de manière expresse dans les textes régissant le nantissement de créance que le nouveau régime confère au créancier les attributs d'un rétenteur.

Pour qu'elle soit vraiment efficace, la rétention exigerait quelque chose de plus certain, à savoir une interdiction de recevoir le paiement imposée non seulement au constituant mais aussi aux tiers concernés. Or, un droit exclusif au paiement sera à même de procurer une telle interdiction.

C. Droit exclusif

429. Efficacité du nantissement R Si la loi consacre au profit du bénéficiaire d'un nantissement de créance un droit exclusif à recevoir le paiement de la créance nantie, il n'aurait plus à craindre le concours des créanciers. De même, la sûreté ne sera pas affectée en cas de procédure collective du constituant. Nous rechercherons d'abord les justifications de ce droit exclusif au paiement (1) avant ses effets (2).

⁴⁴⁰ M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°151 et s.

⁴⁴¹ V. *supra*, n°44.

1. Fondements

430. Indices textuels R Le texte primordial qui semble conférer un droit exclusif au créancier nanti est l'article 2363, alinéa 1 du Code civil, selon lequel « *après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts* ». L'adjectif « *seul* » paraît mettre le créancier nanti dans une situation d'exclusivité⁴⁴². De plus, l'alinéa 2 de l'article 2364 du Code civil donne au créancier nanti le pouvoir de recevoir paiement de la créance nantie qui est échue avant la créance garantie. L'existence de cette disposition ferait double emploi avec l'alinéa 2 de l'article 2362 si on considérait que ce dernier a vocation à prévoir entre les mains de qui le paiement sera effectué. Autrement dit, l'alinéa 2 de l'article 2362 a pour fonction de conférer au créancier nanti un droit exclusif au paiement. Toutefois, il est regrettable que la démarche du législateur soit encore confuse et hésitante. Confusion car l'article 2362, al. 2, utilise aussi le terme « *seul* », ce qui pourrait laisser penser que ces deux textes ne régleraient que les relations entre les parties du contrat et non celles entre le créancier nanti et les tiers⁴⁴³. Hésitation parce que l'expression « *droit exclusif* » n'est pas expressément consacrée pour éviter le débat sur la nature du droit au paiement du créancier nanti.

Par ailleurs, ainsi qu'exposé plus haut, la conception d'un droit de préférence doit être exclue dans la mesure où le régime du nantissement de créance est dorénavant indépendant de celui du gage de meubles corporels. Il n'y a aucune référence dans les nouveaux textes au droit de préférence.

Malgré les imprécisions textuelles, la consécration d'un droit exclusif au paiement offrira une solution alternative originale. Cette consécration répondra au souci des créanciers qui recherchent en pratique un mécanisme de garantie suffisamment efficace.

431. Pragmatisme R Selon un auteur, si le droit au paiement exclusif est reconnu au créancier nanti, la solution inverserait le principe de soumission du droit des

⁴⁴² L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. et Patr.*, 2007, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés – la publicité foncière*, Defrénois, ouvrage précité, n°536 et H. Synvet, « Le nantissement de meubles incorporels », 2005, n°140.

⁴⁴³ Ph. Théry, note précitée.

sûretés au droit des procédures collectives posé à l'article 2287 du Code civil⁴⁴⁴. Toutefois, il convient d'être pragmatique. L'efficacité du nantissement pendant la phase de liquidation judiciaire du constituant n'est assurée que si le créancier nanti n'entre pas en concours avec la masse des créanciers du constituant, c'est-à-dire si le droit exclusif au paiement est opposable à ceux-ci. À ce stade, le droit anglais offre une illustration intéressante. En effet, l'un des principes fondateurs du droit anglais des procédures collectives (*corporate insolvency law*) est que les sûretés créées antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective ne sont pas affectées par la procédure de liquidation (*winding up*). En règle générale, un créancier bénéficiant d'une sûreté consentie par l'entreprise en difficulté peut procéder à la réalisation de cette sûreté comme si cette entreprise n'était pas en liquidation⁴⁴⁵. La même position a été consacrée en droit néerlandais⁴⁴⁶. Si un tel principe fait défaut en droit français, la reconnaissance d'un droit exclusif dans le cadre du nantissement de créance comme étant un droit *sui generis* contribuera certainement à renforcer l'attrait de cette sûreté et atténue les effets de procédure collective sur le sort des créanciers garantis. Or, il existe déjà en droit français des institutions qui peuvent constituer une source d'inspiration.

432. Nantissement de marchés publics R La rédaction de l'article 2363 du Code civil est très proche de celle de l'article 190 ancien du Code des marchés publics selon lequel « à compter de la notification prévue à l'article 189, le bénéficiaire d'une cession ou d'un nantissement de créance encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance qui a été cédée ou donnée en nantissement ». Or, la jurisprudence a toujours admis l'innocuité, vis-à-vis du créancier nanti, de l'ouverture d'une procédure collective⁴⁴⁷.

433. Première consécration jurisprudentielle R L'arrêt du 26 mai 2010 de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation peut être considéré comme une

⁴⁴⁴ D. Legeais, *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, « Nantissement de créance », fasc. 398, mars 2008, n°59.

⁴⁴⁵ Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, 4th edn, 2011, para.3-04. V. *supra* n° 89 et s.

⁴⁴⁶ L'exception la plus significative est que selon l'article 63a de la loi néerlandaise sur les procédures collectives (Faillissementswet), le juge-commissaire (rechter-commissaris) peut ordonner une période d'attente (afkoelingsperiode) d'une durée maximale de deux mois renouvelable une seule fois pour un temps supplémentaire de deux mois durant laquelle les créanciers ne sont pas autorisés à mettre en oeuvre leurs sûretés grevant les biens de l'entreprise en procédure collective. V. également Babette Vos, «Secured lending under Dutch law: how to preserve security enforcement rights upon bankruptcy», *Journal of International Banking and Financial Law*, Volume 26, issue 3, 1 mars 2011.

⁴⁴⁷ Cass.com., 19 mars 1974, Bull. civ., IV, n°99 et Cass. com., 23 mai 1978, Bull., civ., IV, n°148.

première reconnaissance jurisprudentielle du droit au paiement exclusif⁴⁴⁸. Il a fait suite à un autre arrêt de principe rendu par la haute juridiction en 2006 qui affirmait « *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* »⁴⁴⁹. Quoique rendu sous l'empire des textes antérieurs à la réforme du droit des sûretés, l'arrêt du 26 mai 2010 est riche d'enseignements sur la nature du droit du créancier nanti. En l'espèce, une banque avait accordé un prêt relais pour l'acquisition d'un bien immobilier. La société emprunteuse consentit en garantie une cession des loyers qui lui étaient dus en tant que propriétaire et bailleur. L'un des locataires à qui la cession avait été signifiée conformément à l'article 1690 du Code civil versa pendant plusieurs années son loyer au prêteur. Puis la société emprunteuse fit l'objet d'une liquidation judiciaire. Pendant la procédure, les loyers ont été payés entre les mains des organes de la procédure.

Les juges du fond ont rejeté la demande du prêteur de reversement des loyers encaissés par la société emprunteuse au motif que la cession de créance s'analyse simplement comme une modalité convenue de remboursement du prêt et n'est ni constitutive d'une sûreté, ni assimilable à une saisie-attribution. Ils ont donc jugé que les loyers postérieurs à l'ouverture de la procédure devaient revenir à la société emprunteuse. La chambre commerciale a censuré cette analyse en réaffirmant la solution adoptée en 2006 susmentionnée. Par ailleurs, la Cour de Cassation a implicitement admis que le créancier nanti bénéficiait d'un droit exclusif à la perception des loyers non affecté par l'ouverture d'une procédure collective car le liquidateur ne pouvait pas percevoir ces loyers ni conserver les fonds ainsi reçus⁴⁵⁰. Une telle admission marque le premier pas vers la consécration officielle du droit exclusif au paiement du créancier nanti.

434. Gage immobilier R De même, le gage immobilier démontre qu'une sûreté traditionnelle peut conférer à son bénéficiaire un droit exclusif au paiement. Ce gage permet au créancier gagiste de percevoir les fruits de l'immeuble sous forme de loyers (C.civ., art.2389) donc sous forme monétaire. Il se rapproche d'un

⁴⁴⁸ Cass.com., 26 mai 2010, n° 09-13.338, *Dr.t et Patr.* 2010, n°195, p.96, obs. Ph. Dupichot ; P. Crocq, « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *RTD Civ.* 2010, p.597.

⁴⁴⁹ Cass. com., 19 déc. 2006 : Bull. civ. 2006, IV, n° 250 ; *D.* 2007, p. 344, note critique, Ch. Larroumet.

⁴⁵⁰ Cass.com., 26 mai 2010, n° 09-13.338, *RDC*, 1 octobre 2010, n°4, p.1338, obs. A. Aynès.

nantissement de créance dans la mesure où il confère au créancier un droit exclusif au paiement direct à l'encontre des locataires, efficace en cas de procédure collective à l'encontre du constituant. Surtout ce droit est détachable de la possession de l'immeuble⁴⁵¹. Le droit exclusif au paiement reconnu au créancier nanti est certes une innovation mais n'est pas sans précédent.

En somme, il est important sinon essentiel que le nouveau régime du nantissement de créance investisse le créancier nanti d'un droit original au paiement exclusif. Cet attribut rendra la sûreté plus attrayante surtout face à la cession Dailly de créance à titre de garantie. La jurisprudence aurait pour rôle d'asseoir la conception d'un droit exclusif au paiement au bénéfice du créancier nanti afin de pallier les lacunes des textes actuels.

2. Effets

435. Moment de l'opposabilité du droit exclusif au paiement R Si le droit au paiement exclusif était fonction de la notification, le moment de la notification marquerait l'acquisition par le créancier nanti du droit au paiement exclusif sur la créance. Une telle analyse doit être toutefois écartée puisque le nantissement de créance prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte (C.civ., art.2361), ce droit exclusif au paiement naît donc dès la conclusion de la convention de nantissement⁴⁵². Par l'effet du nantissement, la créance demeure potentiellement réservée au créancier nanti. En conséquence, tant que le nantissement persiste, le droit au paiement exclusif de celui-ci l'emporte sur celui de tout tiers concerné qui ne peut exercer son droit au paiement qu'après le désintéressement du créancier nanti. Ceci est particulièrement favorable au créancier nanti. On peut l'illustrer par une comparaison avec le droit néerlandais.

436. Droit néerlandais R Le Code civil néerlandais (le *Burgerlijk Wetboek* R le BW) tel qu'amendé en 2004 prévoit deux types de sûretés sur les créances considérées comme des biens à part : la cession à titre de garantie (livre 3 et livre 6) et le gage (livre 3). Le gage de créance peut être notifié ou non au débiteur de la créance gagée⁴⁵³. Après notification, le créancier gagiste a le droit exclusif de

⁴⁵¹ M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°159 et s.

⁴⁵² M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°183 et s., H. Synvet, « Le nantissement de compte », *Dr. et Patr.*, n°161, juillet 2007.

⁴⁵³ L'article 3:239 du BW traite du gage non notifié sur une créance.

recevoir paiement : le débiteur de la créance gagée n'est libéré que s'il paie entre les mains du créancier gagiste (art. 3 : 246 (1) du BW)⁴⁵⁴.

La faiblesse principale du gage non notifié réside dans le fait que le constituant est en droit de recevoir paiement (c'est d'ailleurs son droit exclusif) et le paiement entre les mains de celui-ci est libératoire. Autrement dit, si un tel cas se produit, en règle générale, le gage prendra fin et les droits du créancier gagiste sont réduits à néant⁴⁵⁵. On peut y remédier par voie conventionnelle : les parties peuvent prévoir dans leur acte l'obligation du constituant de conserver les fonds reçus à titre de garantie au profit du créancier gagiste, ou de remplacer la créance qui est échue par une autre créance⁴⁵⁶.

Concernant la notification, la loi prévoit la possibilité pour le créancier bénéficiaire d'un gage non notifié d'y procéder en cas d'inexécution de l'obligation garantie ou s'il a de bonnes raisons de croire que cette défaillance aura lieu (art. 3 : 239-3 du BW). Après notification, par l'effet de la loi, le droit au paiement est transféré de plein droit au créancier gagiste. Le constituant ne peut recevoir paiement que sur procuration (*volmacht*) du créancier gagiste ou avec l'accord de la juridiction du district compétent (*rechtbank*)⁴⁵⁷.

La Cour Suprême (Hoge Raad der Nederlanden) a admis par l'arrêt *Mulder q.q./CLBN* (HR 17 février 1995, LJN ZC1641, NJ 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn) que le créancier gagiste peut toujours procéder à la notification dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant. Par l'arrêt *ING/Verdonk q.q.* (HR 22 juin 2007, LJN BA2511, JOR 2007/222 m.nt. J.J. van Hees), la haute juridiction a apporté d'importantes précisions relatives à la réalisation d'un gage de créance non notifié. Ainsi, les organes de procédure (*curator*) devraient attendre pendant un temps raisonnable (pour un professionnel tel qu'une banque, ce délai étant de 14 jours à compter de l'ouverture de la procédure collective) avant de recevoir paiement de la créance gagée. Pendant ce délai, le créancier gagiste doit notifier le gage au débiteur de la créance gagée ou informer les organes de la procédure qu'il y procédera dans les meilleurs délais. En cas d'inaction par le

⁴⁵⁴ Ross Gilbert Anderson and Jan W.A. Biemans, "Reform of assignation in security: lessons from the Netherlands", *Edinburgh Law Review*, 2012, 16(1), pp. 24-57.

⁴⁵⁵ Babette Vos, "Secured lending under Dutch law: how to preserve security enforcement rights...", article précité.

⁴⁵⁶ Ross Gilbert Anderson and Jan W.A. Biemans, "Reform of assignation in security...", article précité.

⁴⁵⁷ Ibid.

créancier gagiste pendant le délai imparti, les organes de la procédure peuvent recevoir paiement de la créance et ne doivent pas en informer le créancier gagiste. Celui-ci ne sera payé qu'après le règlement des frais de procédure⁴⁵⁸. Ces frais de procédure sont parfois si importants que le créancier gagiste risque de ne rien recevoir. Enfin, par l'arrêt *Hamm/ABN AMRO* (HR, 30 octobre 2009, 08/00274), les juges suprêmes ont décidé que les organes de la procédure ont l'obligation de fournir au créancier gagiste sur sa demande toutes les informations sur les débiteurs des créances grevées dont il a besoin afin de leur notifier le gage et de collecter les fonds.

437. Relations entre le créancier nanti et les autres créanciers du constituant *Ř*

Comme le droit exclusif au paiement du créancier est acquis de manière définitive dès la conclusion de l'acte, il est opposable à partir de cette date à tout tiers concerné que ce soit un créancier nanti de second rang, un titulaire d'un usufruit, le bénéficiaire d'une cession en pleine propriété ou d'une délégation ou encore un créancier saisissant. Il tient aussi en échec les avis d'un tiers détenteur pratiqués après la conclusion de l'acte⁴⁵⁹.

438. Absence de notification *Ř* La notification a pour rôle de révéler l'identité de l'*accipiens* du paiement de la créance nantie. En l'absence de notification, le constituant reçoit les fonds qui seront immédiatement soumis au droit exclusif au paiement du créancier nanti : la sûreté ne disparaît pas comme dans le cas du gage de droit néerlandais mais porte désormais sur les sommes produites par la créance que ce soient des intérêts versés ou le paiement de la créance. La loi est lacunaire sur cette hypothèse mais si le créancier nanti est tenu de *conserver* les sommes en cas de notification, par analogie, un tel devoir pèse également sur le constituant qui reçoit le paiement en l'absence de notification : la libre disposition de celles-ci ne peut résulter que d'une stipulation expresse. Pour mettre en œuvre son droit au paiement, le créancier nanti doit exercer un recours en restitution contre le constituant. Toutefois, rien ne s'oppose en principe à ce que les parties conviennent de virer les fonds reçus sur un compte indisponible, ouvert à titre de garantie. S'il veut recevoir lui-même paiement de la créance nantie, le créancier peut donner notification même après

⁴⁵⁸ L'article 58 de la loi néerlandaise sur les procédures collectives (*Faillissementswet*) prévoit que les organes de procédure (*curator*) peuvent fixer un délai raisonnable pendant lequel le créancier gagiste ou hypothécaire doit réaliser sa sûreté. Si celui-ci n'y procède pas pendant ce délai, il conservera toujours son droit de préférence mais ne pourra le mettre en œuvre qu'en liquidation du constituant et qu'après le règlement des frais de procédure. Cependant dans ce cas, le créancier garanti a toujours priorité sur les autres créanciers du constituant (les créanciers jouissant des privilèges, créanciers chirographaires et les créanciers subordonnés).

⁴⁵⁹ H. Synvet, « Le nantissement de compte », article précité.

l'ouverture d'une procédure collective contre le constituant car le nantissement lui confère le droit exclusif au paiement et la notification ne sert qu'à identifier l'*accipiens* du paiement de la créance nantie. C'est là l'une des innovations majeures du droit français des sûretés.

439. Procédure collective du constituant R Puisqu'il est seul à recevoir le paiement de la créance nanti, le droit du créancier nanti l'emportera sur celui des autres créanciers qu'ils soient privilégiés ou non. Rien ne justifie alors le report de l'exercice de son droit au paiement en cas de procédure collective du constituant. Or, l'arrêt du 26 mai 2010 susmentionné va déjà dans ce sens, en permettant la mise en œuvre du nantissement à condition que la créance nantie soit échue. C'est une solution à saluer car elle ouvre la voie à la reconnaissance d'une sûreté originale et efficace en droit français.

440. CONCLUSION DU § I R L'examen de différentes hypothèses concernant le droit au paiement du créancier nanti permet de comprendre les enjeux de la réforme du nantissement de créance en droit français. L'idée d'une sûreté classique qui devrait être assortie d'un simple droit de préférence ne convient plus au nantissement de créance, qui nécessite d'être plus efficace et de pouvoir entrer en concurrence avec la cession Daily. L'occasion a été offerte de rénover en substance le nantissement de créance. Il demeure toutefois que la démarche du législateur reste timide. Il appartient à la jurisprudence de consacrer de manière expresse le droit exclusif au paiement du créancier nanti et d'en préciser les contours. Le droit exclusif au paiement, s'il protège efficacement le créancier nanti dans les concours éventuels avec les autres créanciers du constituant mettrait-il le créancier nanti dans une position favorable face à un débiteur qui cherche à lui opposer certains moyens de défense? Nous évoquerons cette question dans la partie suivante.

§ II – DU RAPPORT ENTRE LE CRÉANCIER NANTI ET LE DÉBITEUR DE LA CRÉANCE NANTIE

441. Problématique R Lorsque le créancier nanti s'adresse au débiteur de la créance nantie pour exiger le paiement de la créance entre ses mains, celui-ci pourrait essayer de refuser de payer ou de réduire le montant à payer en invoquant des exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le créancier d'origine. Les textes relatifs au

nantissement de créance du Code civil ne résolvent pas la question de l'opposabilité de ces moyens de défense. Les solutions peuvent être proposées en distinguant les exceptions inhérentes à la créance nantie (A) de celles qui lui sont extérieures (B).

A. Exceptions inhérentes à la créance nantie

442. Détermination R Selon le professeur Jérôme François⁴⁶⁰, les exceptions inhérentes à la dette peuvent être divisées en trois catégories. La première catégorie regroupe celles que le débiteur de la créance nantie peut tirer d'un vice affectant la force obligatoire du contrat donnant naissance à la créance nantie, à savoir l'exception de nullité du contrat, l'exception d'inexécution et l'exception tirée de la résolution du contrat. La deuxième catégorie comprend celles qui découlent des caractères propres de la créance nantie comme la prescription et la troisième la compensation pour dettes connexes. Les exceptions inhérentes à la dette sont ainsi liées directement au contrat générateur de la créance nantie ou à la vigueur juridique de celle-ci.

443. Opposabilité R Les exceptions inhérentes à la dette sont opposables au créancier nanti pour une raison très simple : le constituant ne peut nantir plus de droits qu'il n'en a effectivement sur la créance. Il ne peut pas affecter en nantissement une créance avec moins de limites ou de défauts que ceux inhérents à son état d'origine. Autrement dit, le créancier nanti doit assumer certains aléas liés à cette créance, et en conséquence, le débiteur de la créance nantie est en droit de lui opposer ces moyens de défense.

B. Exceptions extérieures à la créance nantie

444. Détermination R Les exceptions extérieures à la créance nantie sont soit celles qui tiennent à la libération du débiteur de la créance nantie envers le créancier constituant (compensation hors connexité, remise de dette ou novation), soit celles qui résultent d'une modification de la créance, convenue entre le créancier constituant et le débiteur de la créance nantie, telle que le report du terme⁴⁶¹.

445. Compensation hors connexité R Aux termes de l'article 1298 du Code civil, « *la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers* ». Le

⁴⁶⁰ J. François, *Les obligations, régime général*, 2^e éd., Economica, 2011, n°384. V. également F. Danos, « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », *RLDC*, n°73, juillet-août 2010.

⁴⁶¹ J. François, *Les obligations...*, ouvrage précité, n°386.

nantissement une fois constitué confère au créancier un droit exclusif à recevoir le paiement de la créance nantie. En principe, le débiteur de la créance nantie à qui le nantissement est opposable ne peut procéder à la compensation car celle-ci intervient, en réduisant le montant des fonds que le créancier nanti pourra recevoir ou en faisant disparaître l'assiette de la créance, au préjudice du créancier nanti.

Toutefois, selon l'alinéa 1 de l'article 2362 du Code civil, le nantissement ne devient opposable au débiteur de la créance nantie qu'à partir de la notification qui lui en est faite. La mise en œuvre de la compensation dépend alors en premier lieu de la notification. Mais on sait que la compensation a un effet rétroactif : elle est opposable aux tiers ayant acquis un droit sur la créance dès lors que ses conditions étaient réunies antérieurement à cette acquisition⁴⁶². Il en ressort que la compensation sera toujours opposable au créancier nanti si ses conditions sont réunies avant la date du nantissement. Mais si ses conditions sont satisfaites après la date du nantissement, elle ne pourra lui être opposée qu'à condition d'avoir été invoquée avant la notification du nantissement⁴⁶³.

446. Remise de dette et novation R Ces actes sont des actes extinctifs de la créance nantie et sont préjudiciables aux droits du créancier nanti. En l'absence de dispositions relatives à l'indisponibilité de la créance nantie, on pourrait raisonner par analogie avec l'interdiction de modifier l'étendue des droits nantis prévue par la Loi Dailly en matière de nantissement, vertu de laquelle « *à compter de cette date, le client de l'établissement de crédit bénéficiaire du bordereau ne peut, sans l'accord de cet établissement, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par ce bordereau* »⁴⁶⁴ (C. monét. fin., art. L313-27, al.2). Les parties peuvent stipuler une telle interdiction dans l'acte de nantissement.

447. Report du terme R De même, le constituant ne peut pas négocier un report du terme avec le débiteur de la créance nantie car cet acte consiste à modifier l'état de la créance nantie et en conséquence l'étendue des droits du créancier nanti. Pourtant, en l'absence d'une interdiction expresse par la loi, une stipulation dans l'acte de nantissement est opportune.

⁴⁶² Ibid, n°77.

⁴⁶³ M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°108.

⁴⁶⁴ Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *Les Petites affiches*, n°63 du 27 mars 2008, n°20. V. également M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie... », article précité, n°17.

448. CONCLUSION DU § II R Si l'opposabilité au créancier nanti des exceptions inhérentes à la dette ne fait pas de doute, la position n'est pas très claire quant aux actes extinctifs ou modificatifs de la créance que conclurait le constituant. La nécessité d'une protection efficace du créancier nanti impose que ces actes soient strictement interdits. On s'attendrait à ce que la jurisprudence aille dans ce sens.

Cependant, au niveau de la réalisation du nantissement de créance, il apparaît, ainsi qu'il sera exposé dans les développements suivants, que les dispositions issues de la réforme de 2006 ont largement contribué à en préciser le régime.

SECTION II : RÉALISATION DU NANTISSEMENT DE CRÉANCE

449. Panorama R Les auteurs de la réforme ont pris soin de préciser les modalités de mise en œuvre du nantissement de créance. Ainsi, les modalités d'exercice du droit exclusif au paiement du créancier nanti sont déclinées par le Code civil selon qu'il y a décalage ou concordance entre l'échéance de la créance nantie et celle de l'obligation garantie (§II). De plus, certains principes relatifs à la réalisation du nantissement de créance peuvent être dégagés des nouveaux textes (§I).

§ I- PRINCIPES DIRECTEURS

450. Recouvrement par le créancier nanti – Une fois la créance nantie, le créancier est investi de plein droit d'un droit exclusif au paiement. Il a, en conséquence, s'il a pris soin de procéder à la notification, le droit de recouvrer directement du débiteur de la créance nantie les fonds représentés par la créance c'est-à-dire le capital de celle-ci, ainsi que ses intérêts lorsque ceux-ci sont exigibles et ce avant ou à l'échéance de l'obligation garantie (C.civ., art. 2364 et art.2365). En l'absence de notification, seul le constituant reçoit valablement paiement (C.civ., art.2362, al.2) car dans ce cas, le nantissement n'est pas opposable au débiteur de la créance nantie qui n'est donc libéré qu'en payant le constituant (C.civ., art.2362, al.1). Pourtant, le constituant a la charge de conserver les fonds reçus qui constitueront automatiquement l'assiette de la sûreté.

451. Paiement du capital et des intérêts R Selon l'alinéa 1 de l'article 2363 du Code civil, le créancier nanti reçoit le paiement de la créance nantie tant en capital

qu'en intérêts. L'alinéa 2 de l'article 2364 de ce code précise que les sommes ainsi reçues seront affectées au remboursement de la créance garantie lorsque celle-ci est échue. La loi ne traite pas pourtant de l'ordre d'imputation des sommes perçus. Les parties peuvent donc en convenir comme elles le souhaitent.

452. Défaut de paiement par le débiteur de la créance nantie R Sauf stipulation contraire, le nantissement s'étend aux accessoires de la créance (C.civ., art.2359), y compris des actions en justice⁴⁶⁵. L'alinéa 2 de l'article 2363 du Code civil précise que « *chacun des créanciers, les autres dûment appelés, peut en poursuivre l'exécution* ». À première vue, ce texte pourrait faire référence à l'hypothèse où il y a une pluralité de créanciers nantis. Cependant, le créancier dûment appelé est sans doute le constituant dans la mesure où le nantissement ne transfère pas la propriété de la créance au profit du créancier nanti. Le constituant ou le créancier nanti⁴⁶⁶ ne peut agir en justice en paiement de la créance par le débiteur en défaut que si l'autre est dûment appelé, de telle sorte que tous les deux seront dans la procédure. Le jugement fait alors autorité à leur égard et le débiteur de la créance nantie doit, s'il est condamné à payer, effectuer le paiement entre les mains du créancier nanti en application de la solution de principe⁴⁶⁷.

453. Restitution de la différence R Le créancier garanti ne saurait s'enrichir du fait de sa sûreté. Autrement dit, la réalisation d'une sûreté ne peut jamais apporter au créancier une satisfaction plus grande que celle résultant de l'exécution normale de son obligation par son débiteur⁴⁶⁸. L'article 2366 déduit de ce principe que « *s'il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant* ». Ainsi, le créancier ne peut percevoir les fonds qu'à hauteur du montant de l'obligation garantie et il a l'obligation de restituer au constituant le montant qui reste. En présence d'un créancier nanti de second rang ou d'un autre créancier du constituant, la différence lui sera remise.

L'effort du législateur est louable car il existe désormais des règles satisfaisantes gouvernant la réalisation du nantissement de créance. Reste à savoir comment le créancier nanti pourra recouvrer le montant de la créance nantie venue à l'échéance.

⁴⁶⁵ V. *supra*, n°220.

⁴⁶⁶ En présence de plusieurs créanciers nantis, ils doivent tous être appelés dans la procédure, de même que le constituant.

⁴⁶⁷ H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et Patr.*, 2005, n°140.

⁴⁶⁸ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - la publicité foncière*, ouvrage précité, n°536 (2°).

454. Mise en demeure R Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2364, « *en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées* ». La loi impose ainsi un temps d'attente pendant lequel le créancier nanti se devrait de patienter. Si un délai de grâce est déjà prévu dans le contrat générateur de l'obligation garantie, ce délai supplémentaire semble inutile.

§ II – PAIEMENT DU CRÉANCIER NANTI

455. Concordance des échéances R La réalisation du nantissement ne pose pas de problème si la créance garantie est échue en même temps que la créance nantie, auquel cas les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur le montant de la créance garantie (C.civ., art. 2364, al.1). Toutefois, cette hypothèse ne se produit pas toujours. Le législateur en a été conscient en adoptant des solutions concrètes selon que la créance nantie vient à échéance avant (A) ou après (B) la créance garantie.

A. La créance nantie vient à échéance avant la créance garantie

456. Principe R Si la créance nantie est échue alors que la créance garantie ne l'est pas, « *le créancier nanti les conserve (il s'agit des sommes payées) à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée* » (C.civ. art.2364, al.2). La solution vaut pour le cas où la notification a été dûment faite. Elle est pragmatique dans la mesure où elle équilibre les intérêts des deux parties. En effet, le créancier nanti reçoit le paiement en avance car le nantissement de créance lui confère ce droit et la notification lui donne pouvoir de recevoir paiement. Mais rien n'assure le remboursement des sommes ainsi reçues s'il est libre d'en disposer. De plus, dans la mesure où l'obligation garantie n'est pas encore échue, le créancier nanti ne peut pas les appréhender définitivement⁴⁶⁹. La loi l'oblige alors à les conserver, en les tenant sur un compte séparé à titre de garantie.

457. Conservation des fonds reçus R En application de l'article 2364, alinéa 2 du Code civil à l'échéance de la créance nantie, le créancier nanti peut en exiger le

⁴⁶⁹ Ph. Dupichot, « Le nantissement, ... », article précité, n°21.

paiement mais il doit ensuite placer les fonds reçus sur un compte ouvert en son nom auprès d'un établissement habilité à les recevoir. Mais le texte ne précise rien sur la nature du compte. Ceci fait courir au constituant le risque d'une éventuelle insolvabilité du créancier nanti et dans une telle hypothèse, ces sommes peuvent être saisies par les créanciers de celui-ci. Pour pallier ce laxisme regrettable de la loi, les parties peuvent stipuler dans l'acte constitutif du nantissement de créance le versement des fonds reçus sur un compte séquestre jusqu'à l'échéance de la créance garantie⁴⁷⁰.

458. Prolongation du nantissement sur les sommes reçues R L'alinéa 2 de l'article 2364 du Code civil précise que les fonds reçus sont conservés sur le compte « à titre de garantie ». La position du législateur est claire : l'obligation fondamentale continue d'être garantie par les sommes reçues. La plupart des auteurs estiment que le nantissement de créance se transforme tacitement en un gage-espèces⁴⁷¹ portant sur les fonds reçus car ceux-ci constituent le prolongement de la créance initialement affectée en garantie. On pourrait également soutenir que puisque le droit de créance est indissociable des sommes qui en forment l'objet, le nantissement constitue en quelque sorte une anticipation du gage des sommes et naturellement, le nantissement est dirigé vers la figure d'un gage-espèces⁴⁷². Mais si on suit la conception moderne selon laquelle la monnaie scripturale est un bien incorporel, le nantissement peut survivre le paiement et porte sur les fonds reçus.

459. Imputation sur l'obligation garantie R Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2364 du Code civil, « en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées ». Ainsi, le créancier nanti peut se payer sur les fonds conservés à titre de garantie sur le compte en cas de défaillance du constituant à l'échéance de l'obligation garantie.

⁴⁷⁰ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - la publicité foncière*, ouvrage précité, n°535 et M. Cabrillac et S. Cabrillac, *J.-Cl Commercial*, « Gage. - Formes particulières de nantissement commercial », fasc.398, 2011, n°13.

⁴⁷¹ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - ...*, ouvrage précité, n°535 ; Ph. Dupichot, « Le nantissement, ... », article précité, n°21, D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd., LGDJ, 2011, n°518.

⁴⁷² M. Julienne, « Le nantissement de créance », thèse précitée, n°244 et s. Cet auteur propose une nouvelle conception de l'architecture du nantissement qui est la suivante : « le créancier nanti est titulaire d'un gage sur les sommes dues par le débiteur, qui lui confère le droit exclusif de les conserver et de les retenir à titre de sûreté (art. 2364), ce droit s'exerce par le biais d'une notification adressée au débiteur (art. 2363) ; il est opposable aux tiers à la date de l'acte (art. 2361) ».

B. La créance nantie vient à échéance après la créance garantie

460. Principe R L'article 2365 du Code civil est destiné à traiter de l'hypothèse où l'obligation garantie est échue et exigible alors que la créance nantie ne l'est pas encore. Selon ce texte, « *en cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Il peut également attendre l'échéance de la créance nantie* ». Trois facultés sont offertes au créancier nanti pour mettre en œuvre ses droits en cas de défaut de remboursement de la créance garantie par le débiteur : attribution judiciaire de la créance nantie, attribution conventionnelle de la créance nantie et attente de l'échéance de la créance nantie. Ainsi, il peut attendre paisiblement l'échéance de la créance nantie en vue d'en obtenir le paiement ou, s'il est prudent, se faire attribuer la créance⁴⁷³.

461. Attribution de la créance R Si le créancier retient cette option, non seulement la créance mais aussi les droits qui se rattachent à celle-ci sont attribués au créancier. Ces droits incluent, entre autre, les droits de garantie et le droit aux poursuites contre le débiteur de la créance nantie.

L'attribution de la créance confère au créancier nanti le statut de titulaire de la créance. Il pourra alors en disposer à sa discrétion. Par exemple, il peut en mobiliser la valeur en avance par exemple par voie de cession conventionnelle ou d'affacturage. Il peut aussi l'affecter en garantie. De plus, naturellement, le créancier nanti pourra recouvrer le montant de la créance lorsqu'elle viendra à son échéance. Enfin, comme la créance est sortie définitivement du patrimoine du créancier constituant, le créancier nanti ne doit pas subir les aléas des procédures collectives à l'encontre du constituant.

462. Garantie du paiement par le débiteur de la créance nantie R Si le créancier nanti se fait attribuer la créance nantie, il devient titulaire de celle-ci. Mais étant donné que la créance n'est pas encore échue, ni exigible, il n'est pas question que le créancier nanti puisse en requérir le paiement immédiatement après l'attribution. Or, entre le moment de l'attribution en propriété de la créance nantie et la date d'exigibilité de celle-ci, le débiteur de la créance nantie peut devenir insolvable. La question qui se pose est de savoir si l'attribution en propriété éteint la

⁴⁷³ Ph. Dupichot, « Le nantissement, ... », article précité, n°23.

créance garantie ou si au contraire celle-ci ne s'éteindra qu'au paiement effectif de la créance nantie. En termes simples, qui, du constituant ou du créancier nanti subira l'insolvabilité du débiteur de la créance nantie ? Prenons un exemple : soit une créance garantie de 200 et une créance nantie d'une valeur nominale de 150. L'attribution de la créance nantie éteindra-t-elle la créance garantie à hauteur de 150 ou le montant effectivement reçu par le créancier nanti (par exemple 100, 50 ou même 0) éteindra-t-il proportionnellement la créance garantie ? Aucune réponse n'est fournie par les textes. On pourrait penser que l'attribution en propriété équivaudrait à une cession de créance et qu'en conséquence, le créancier nanti devrait subir les risques liés à cette transaction dont l'insolvabilité du débiteur de la créance nantie. Toutefois, cette position devrait être nuancée et il faudrait considérer que l'attribution n'éteint la créance garantie qu'au paiement effectif de la créance nantie pour plusieurs raisons. D'abord, à la différence de toute cession à titre de vente d'une créance, l'attribution en propriété ne donne lieu à aucune intention spéculative : le créancier nanti se fait attribuer la créance à sa valeur nominale. Ensuite, il ne faut pas oublier que le nantissement joue le rôle d'une garantie du crédit accordé, accessoire de ce dernier. La garantie octroyée par le constituant (le paiement par le débiteur de la créance nantie) s'inscrit logiquement dans cette fonction de la sûreté. En conséquence, le fait que le créancier a bénéficié d'une sûreté n'empêchera pas qu'il puisse récupérer le montant total de la créance garantie si les fonds issus de la réalisation de cette sûreté demeurent insuffisants. Enfin, la solution est déjà prévue pour le nantissement/cession Dailly⁴⁷⁴. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article L.313-24 du Code monétaire et financier, « *sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement* ». Cette solution est tout à fait transposable au nantissement de créance. Néanmoins, en attendant que la Cour de Cassation prenne position, l'acte de nantissement peut stipuler une clause s'inspirant de la solution de la loi Dailly.

463. Mise en œuvre de l'attribution de la créance R Le pacte comissoire présente une limite en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du constituant : sa conclusion et sa réalisation sont paralysées par le jugement ouvrant la procédure collective (art. L.622-7, I, alinéa 3 du Code de commerce), en redressement judiciaire (art. L.631-14, alinéa 1 du Code de commerce) et en liquidation (art. L.641-

⁴⁷⁴ V. *infra*, n° 580 et s.

3, alinéa 1 du Code de commerce). La raison est que ce pacte conduit à un paiement du créancier⁴⁷⁵. Toutefois, cette entrave créée par le droit des procédures collectives semble infondée dans la mesure où le pacte est ainsi rendu inefficace dans le principal cas où il est utile. Cette interdiction ne fait que retarder inutilement le paiement du créancier nanti titulaire d'un droit exclusif au paiement⁴⁷⁶. La lever donnera certainement plus de substance à la consécration du pacte commissaire. En matière internationale, le constituant ne devrait pas être soumis au droit français des entreprises en difficulté mais à un droit étranger applicable qui pourrait contenir des restrictions à une telle attribution en propriété⁴⁷⁷.

En revanche, l'attribution judiciaire présente un grand intérêt en cas de procédure collective du constituant car aucune disposition n'interdit sa mise en œuvre en phase de liquidation judiciaire du constituant.

464. Attente de l'échéance de la créance nantie R C'est la façon la plus simple de réaliser le nantissement de créance. Le créancier nanti attend que la créance nantie soit échue et en perçoit le montant. Il peut arriver que pendant le temps d'attente, le constituant fasse l'objet d'une procédure collective. Dans ce cas, le créancier pourra recourir à l'attribution judiciaire de la créance dans la mesure où les options offertes par l'article 2365 sont complémentaires et non exclusives les unes des autres.

465. CONCLUSION DU § II R Concernant la réalisation du nantissement de créance, les solutions adoptées par le législateur sont explicites et pertinentes et couvrent la plupart des aspects de la procédure. Reste la question relative à la garantie du paiement par le débiteur de la créance nantie qui devrait être tranchée en faveur du créancier nanti.

466. CONCLUSION DE LA SECTION II R Considérées globalement, les règles gouvernant la mise en œuvre du nantissement de créance s'inscrivent dans une certaine cohérence. Au niveau de la mise en œuvre de la sûreté, le nantissement dispose désormais de ses propres règles qui sont claires et complètes. Ce constat s'évince rapidement d'une comparaison avec le droit vietnamien que nous présenterons dans le chapitre suivant.

⁴⁷⁵ André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7^e éd., 2011, n°353.

⁴⁷⁶ P. Crocq, «Le nantissement de créance », *RLDA*, juillet 2006, 7, supplément, n°9.

⁴⁷⁷ F. Auckenthaler, « Cession de créance en garantie innommée et compétitivité du droit français », *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France VI*, sous la direction d'Alain Gourio et Jean-Jacques Daigre, 2013, n°8.

CHAPITRE II : EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE DE CRÉANCE DE DROIT VIETNAMIEN

467. Indisponibilité de la créance hypothéquée R Une fois la créance hypothéquée, elle devient indisponible au profit du créancier hypothécaire en raison de l'interdiction de disposition du bien hypothéqué visée à l'article 348.4 du Code civil. Cette interdiction renforce considérablement les droits du créancier hypothécaire. Par ailleurs, l'hypothèque de créance est aussi efficace en cas de procédure collective du constituant.

Le sort du créancier hypothécaire doit être alors examiné dans les relations que celui-ci entretient non seulement avec le constituant (section II) mais aussi avec le débiteur de la créance hypothéquée et les créanciers du constituant (section I).

SECTION I : LE CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE DANS SES RELATIONS AVEC LE DÉBITEUR DE LA CRÉANCE HYPOTHÉQUÉE ET LES CRÉANCIERS DU CONSTITUANT

468. Efficacité R La créance est un bien incorporel insusceptible de détention physique. L'hypothèque de créance confère au créancier hypothécaire, ainsi qu'exposé ultérieurement, un droit de préférence sur la créance. L'acquisition de ce droit au paiement ne pourrait pas en théorie mettre celui-ci à l'abri des concours éventuels avec les autres créanciers du constituant (§ II). Un autre risque pèse aussi sur le créancier hypothécaire : le débiteur de la créance hypothéquée peut invoquer certains moyens de défense qu'il aurait pu opposer au créancier constituant (§ I).

§ I – INVOCATION DES EXCEPTIONS

469. Contexte R En vertu de l'article 22.2.a du Décret 163, le débiteur de la créance hypothéquée doit payer le montant de la créance hypothéquée entre les mains du créancier hypothécaire si le constituant ne remplit pas ou remplit de manière incorrecte ou non satisfaisante l'obligation garantie. Lorsqu'une demande de paiement lui est adressée, le débiteur de la créance hypothéquée peut invoquer

certaines moyens de défense (résolution ou résiliation du contrat donnant naissance à la créance, compensation, etc.), pour refuser ce paiement ou au moins ne payer qu'une partie du montant de la créance hypothéquée. Il est regrettable que le droit des sûretés ne traite pas encore de ce point. La question qui se pose est de savoir si ces exceptions sont opposables au créancier hypothécaire. Dans la pratique, même les banques restent perplexes sur ce sujet⁴⁷⁸. Nous essayerons d'abord de catégoriser ces moyens de défense (A) avant de rechercher la solution qui leur est applicable (B).

A. Tentative de classification des moyens de défense

470. Distinction R S'agissant de la relation entre les moyens de défense et le contrat donnant naissance à la créance hypothéquée, il est possible, comme l'a suggéré le professeur Jérôme François⁴⁷⁹, de diviser ces moyens de défense en distinguant les exceptions inhérentes à la dette (1) et les exceptions qui lui sont extérieures (2).

1. Les exceptions inhérentes à la créance

471. Notion R Les exceptions inhérentes à la créance résultent directement du contrat donnant naissance à la créance hypothéquée. Ainsi, seront considérées comme des exceptions inhérentes à la créance celles qui affectent soit la formation, soit l'exécution de ce contrat.

472. Exceptions affectant la formation du contrat R Ce sont toutes les causes de nullité du contrat qui donne naissance à la créance hypothéquée. Ces causes de nullité sont mentionnées à l'article 122 et aux articles 127 et suivants du Code civil⁴⁸⁰. Le débiteur de la créance hypothéquée peut agir en justice aux fins du prononcé de la nullité du contrat pour non-respect des conditions de validité. Selon l'article 137 du même code, l'un des effets juridiques de la nullité d'un contrat est que ce contrat ne produit pas de droits, ou d'obligations au profit ou à la charge des parties à partir du moment de sa conclusion. En application de ce principe, si le contrat générateur de la créance hypothéquée est frappé de nullité, la créance est réputée ne jamais exister.

⁴⁷⁸ Point 5.3 du Rapport du Ministère vietnamien de la Justice concernant la mise en œuvre des dispositions relatives aux sûretés, mai 2012.

⁴⁷⁹ François J., *Droit civil, t. 4, Les obligations, Régime général*, Economica, 2^e éd, 2011, n°383.

⁴⁸⁰ Ces causes comprennent le non-respect des interdictions imposées par la loi ou de la moralité sociale, la dissimulation (les parties établissent un acte apparent pour en cacher un autre), l'erreur, le dol, la violence, un vice de forme, l'inconscience et la non-maîtrise de l'acte par le contractant et le manque/la perte/la limitation de capacité civile du contractant, étant précisé que droit vietnamien ne reconnaît pas de manière expresse la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative d'un acte.

Ceci a pour conséquence la disparition de l'objet du contrat d'hypothèque et le créancier hypothécaire voit alors sa situation fragilisée⁴⁸¹.

473. Exceptions affectant l'exécution du contrat *Ř* Ces exceptions correspondent à l'exception d'inexécution⁴⁸² et à l'exception de la résolution. Elles se rapportent à l'inexécution d'une des obligations qui constituent la contrepartie de la créance hypothéquée. Elles concernent seulement les contrats synallagmatiques ; le créancier n'étant tenu à aucune obligation dans un acte unilatéral. La résolution du contrat affecte directement la créance hypothéquée en libérant le débiteur de celle-ci de son obligation de paiement. Ces deux exceptions reflètent l'interdépendance des obligations des parties à un contrat.

2. Les exceptions extérieures à la créance

474. Indentification *Ř* Les exceptions extérieures à la créance découlent des rapports personnels entre le créancier, le constituant et le débiteur de la créance hypothéquée. Ces exceptions ne dépendent pas du contrat donnant naissance à la créance. Elles tiennent par contre à la libération du débiteur de la créance hypothéquée. Il s'agit de la transaction (C.civ., art. 377), de la remise de dette (C.civ., art. 37), de la novation (C.civ. art. 379) et de la compensation (C.civ., art. 380 et art. 381)⁴⁸³. Ce sont toutes des causes d'extinction d'une obligation visées à l'article 374 du Code civil.

475. Catégorisation *Ř* Ces exceptions peuvent se diviser en trois catégories. La première catégorie est issue d'une convention des parties et comprend donc la transaction et la novation. La deuxième catégorie inclut la compensation *Ř* l'exception qui peut être invoquée par le seul débiteur de la créance hypothéquée, et la troisième la remise de dette qui ne peut être consentie que par le créancier.

⁴⁸¹ En vertu de l'article 424.5 du Code civil, un contrat prend fin de plein droit lorsque son objet n'existe plus.

⁴⁸² C.civ., article 415.2.

⁴⁸³ L'article 380.1 du Code civil énonce cinq conditions pour la compensation de deux obligations: la réciprocité des obligations, la patrimonialité des obligations, l'homogénéité de la catégorie des obligations, la liquidité des obligations et l'exigibilité des obligations.

B. (In)Opposabilité des moyens de défense

1. Opposabilité des exceptions inhérentes à la créance

476. Principe R La créance est mise en hypothèque avec ses limites et défauts. Le constituant ne peut hypothéquer plus de droits que ceux dont il dispose effectivement sur la créance. Il ne peut pas mettre en hypothèque une créance avec moins de limites ou de défauts que ceux inhérents à son état d'origine. En conséquence, le créancier hypothécaire doit assumer certains risques liés à cette créance, et de cette manière, les exceptions inhérentes à la créance lui sont opposables.

477. Prescription R En invoquant ces exceptions, le débiteur de la créance hypothéquée souhaite se libérer du paiement de la créance entre les mains du créancier hypothécaire. Il ne peut agir qu'à défaut de prescription. Cette prescription est de deux ans pour la déclaration de la nullité d'un contrat à compter de la conclusion de celui-ci pour cause de non-respect des conditions concernant les parties, leur volonté ou la forme du contrat (C.civ., art. 136.1) et de deux ans également à partir de la date de l'atteinte aux droits et intérêts légitimes d'une partie pour tout litige découlant de ce contrat (C.civ., art. 427).

478. Aspects pratiques R Dans la mesure où le débiteur de la créance hypothéquée peut invoquer les exceptions inhérentes à la créance, il est dans l'intérêt du créancier hypothécaire de prendre des précautions nécessaires pour atténuer les risques.

D'une part, pour éviter que le contrat sous-jacent soit déclaré nul, le créancier hypothécaire devrait vérifier de manière prudente les conditions de validité de celui-ci avant de signer la convention d'hypothèque.

Ensuite, le créancier hypothécaire aura intérêt à s'assurer de la certitude de l'existence de la créance à hypothéquer. Dans les contrats synallagmatiques, la créance n'est générée que si le créancier a rempli en tout ou en partie la prestation qu'il doit à l'autre partie. La valeur et la vigueur d'une créance dépendent en effet de la plénitude de la contrepartie due par le créancier. Le créancier hypothécaire pourrait alors demander au constituant d'établir la preuve que celui-ci a exécuté la prestation lui incombant au titre du contrat.

Enfin, le créancier hypothécaire devrait également convenir d'une clause relative au remplacement de l'assiette de l'hypothèque de créance et/ou au remplacement automatique de la créance initiale objet de l'hypothèque pour le cas où la créance disparaît pour les raisons mentionnées plus haut⁴⁸⁴.

2. Invocation des exceptions extérieures à la créance

479. Maintien des relations contractuelles initiales R L'hypothèque de créance n'interrompt pas les relations contractuelles entre le créancier (le constituant) et le débiteur de la créance hypothéquée. De plus, cette transaction n'entraîne pas le transfert du droit de propriété sur la créance hypothéquée en faveur du créancier hypothécaire pendant la durée de l'hypothèque. En théorie, le constituant et le débiteur de la créance hypothécaire pourraient modifier les termes et conditions de leur contrat. Certains obstacles viendront cependant limiter ce pouvoir des parties.

480. Principe de conservation du bien hypothéqué R L'article 348.1 du Code civil prévoit que le constituant a l'obligation de conserver et de préserver le bien hypothéqué. En vertu de cette disposition, le constituant ne peut pas porter atteinte aux droits et intérêts attachés à la créance, ni réduire ou faire perdre la valeur de celle-ci. Cependant, il semble que cette disposition vise seulement les biens dont la détention physique par le constituant est possible, à savoir les biens corporels⁴⁸⁵. Bien qu'elle appartienne au constituant, la créance est un bien incorporel donc insusceptible de détention physique. De plus, l'article 348.2 du Code civil va également dans ce sens lorsqu'il impose au constituant l'obligation de prendre des mesures nécessaires pour remédier à la perte ou la réduction de la valeur du bien hypothéqué y compris l'interruption de son exploitation. Enfin, selon l'article 348.4 de ce code, le constituant n'a qu'un droit conditionnel de disposition du bien hypothéqué car à l'exception de biens circulants, il ne peut vendre, échanger ou donner le bien hypothéqué qu'avec l'accord préalable du créancier hypothécaire. Il en résulte qu'en dépit d'un manque de fondements textuels explicites⁴⁸⁶, l'esprit général qui anime la législation est que, après avoir consenti une hypothèque sur un actif, le

⁴⁸⁴ Vu Thi Hong Yen et Bui Duc Giang, « Opposabilité des moyens de défense invoqués par le débiteur de la créance hypothéquée » (Tinh đối kháng của các phương tiện phòng vệ của bên có nghĩa vụ trả nợ trong giao dịch thế chấp quyền đòi nợ", *Revue bancaire* (Tạp chí Ngân hàng), n°15, août 2013, pp.14-19.

⁴⁸⁵ En vertu de l'article 342.2 du Code civil, le constituant garde le bien hypothéqué. C'est ce principe qui rend la plupart des dispositions de ce code concernant l'hypothèque de biens incompatible avec l'hypothèque de droits patrimoniaux, notamment les créances et les droits découlant des contrats.

⁴⁸⁶ Par analogie, on pourrait espérer trouver une solution dans les dispositions relatives au transfert de créances (art.309 à art.314). Pourtant, celles-ci ne traitent pas non plus de l'invocation des exceptions par le débiteur de la créance transférée.

constituant ne peut pas conclure des actes qui diminueront la valeur de cet actif ou même le feront disparaître. Le droit des sûretés impose donc au constituant de veiller à la conservation du bien hypothéqué. En application de ce principe, le constituant ne peut pas procéder à une remise de dette, ni à une novation, qui sont des actes extinctifs de la créance.

481. Atteinte aux intérêts des tiers R L'article 377 du Code civil prévoit que les parties peuvent convenir de l'extinction d'une obligation (donc parvenir à une transaction) à n'importe quel moment mais ne peuvent pas ainsi porter atteinte aux intérêts de l'État, aux intérêts de la communauté, « *ni aux droits et intérêts légitimes acquis par un tiers* ».

En concluant l'hypothèque de créance, un droit légitime que le créancier hypothécaire a acquis est le droit de mise en œuvre de cette hypothèque en cas de défaillance du constituant. Si une transaction a lieu, elle fera disparaître la créance et en conséquence ce droit légitime acquis par le créancier hypothécaire tombera. En conséquence, la transaction n'est plus possible une fois l'acte constitutif de l'hypothèque conclu. Cette restriction et le principe de conservation du bien hypothéqué susmentionné contribuent effectivement à préserver l'assiette de l'hypothèque de créance et donc à protéger le créancier hypothécaire.

482. Compensation R Si les conditions sont réunies, le débiteur de la créance hypothéquée peut-il exercer son droit de compensation ? À ce point, l'examen du droit positif permet de conclure que le débiteur de la créance se trouve dans une situation plus favorable que le créancier hypothécaire.

D'une part, la constitution de l'hypothèque de créance ne porte pas atteinte à la réciprocité des créances à compenser dans la mesure où le constituant demeure pendant la durée de l'hypothèque de créance, le seul propriétaire de la créance.

D'autre part, ainsi qu'exposé plus haut, si le Code civil prévoit expressément que la transaction ne peut porter atteinte aux droits acquis par un tiers, une telle restriction ne figure pas dans les dispositions relatives à la compensation (articles 380 et 381 du Code civil).

En conséquence, le débiteur de la créance hypothéquée peut toujours invoquer l'exception de compensation. Situation dangereuse pour le créancier hypothécaire

dans la mesure où la compensation fait disparaître l'assiette même de l'hypothèque, le contrat d'hypothèque prenant alors fin de plein droit (C.civ., art.424.5).

483. Aspect pratique ¶ Afin d'éviter l'extinction de la créance hypothéquée, un acte tripartite impliquant le constituant, le créancier hypothécaire et le débiteur de la créance hypothécaire ou bilatéral entre le créancier hypothécaire et le débiteur de la créance hypothécaire par lequel le débiteur de la créance hypothéquée renonce à l'opposabilité des exceptions extérieures à la créance, peut être conclu. La loi n'interdit pas la conclusion d'un tel acte qui pourrait protéger pourtant de manière efficace le créancier hypothécaire.

484. CONCLUSION DU § I ¶ Si le créancier hypothécaire n'a pas à craindre les actes extinctifs de la créance hypothéquée conclus entre le constituant et le débiteur de la créance hypothéquée, sa situation est critique s'agissant de la compensation qui peut toujours avoir lieu à son préjudice lorsque les conditions légales en sont réunies. Le législateur devrait pallier cette lacune susceptible de nuire à un régime fortement protecteur du créancier que la loi en vigueur essaie d'instaurer comme le montrera l'analyse qui suit.

§ II – CONFLITS SUR CRÉANCE

485. Panorama ¶ Le régime général des hypothèques de biens qui confère au créancier hypothécaire un droit de préférence sur le bien grevé est applicable également en cas d'hypothèque de créance (A). Mais s'agissant d'un droit de préférence et non d'un droit exclusif, la question qui se pose est de savoir si le créancier hypothécaire peut entrer en conflit sur la créance hypothéquée avec les autres créanciers du constituant (B).

A. Droit de préférence du créancier hypothécaire

486. Consécration ¶ Le créancier hypothécaire jouit d'un droit de préférence sur la créance hypothéquée. En effet, l'article 355 du Code civil relatif à la réalisation des hypothèques de biens prévoit l'application de l'article 336 de ce code régissant la réalisation des gages de biens⁴⁸⁷. Ce dernier dispose que lors de la réalisation du gage,

⁴⁸⁷ Certains auteurs jugent cet emprunt de règles artificiel car l'hypothèque et le gage sont deux mesures de sûreté distinctes et appelleraient alors deux corps de règles séparées. V. not. Vu Thi Hong Yen, « Les sûretés conventionnelles du Code civil de 2005 : aspects théoriques et pratiques » (*Chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong Bộ luật dân sự 2005 dưới góc độ lý luận và thực tiễn*), présentation donnée à la conférence sur la réforme du Code civil financée par l'Agence Japonaise de Coopération Internationale en avril 2012 tenue à Hanoï.

le créancier gagiste sera payé en priorité sur le prix de vente du bien gagé. Ce principe paraît lacunaire s'il est appliqué à l'hypothèque de créance dans la mesure où le créancier hypothécaire reçoit directement le paiement de la créance grevée, sans nécessité de procéder à la vente de celle-ci avant que le créancier hypothécaire ne soit payé prioritairement sur les autres créanciers. Néanmoins, l'esprit général du Code civil est que le créancier hypothécaire dispose d'un droit de préférence sur le produit issu de la vente ou de l'aliénation du bien hypothéqué. L'hypothèque de créance faisant partie de la catégorie des hypothèques de biens, il est évident que le créancier bénéficiant d'une hypothèque de créance a, lui aussi, un droit de préférence sur la créance engagée.

487. Conséquences ¶ Ce droit de préférence est le droit du créancier hypothécaire à être payé en priorité sur la créance. Il est opposable non seulement au constituant dont le droit au paiement de la créance disparaît tant que la sûreté subsiste, mais aussi à l'égard des autres créanciers du constituant. Il est intéressant de noter que ce droit de préférence protège de manière efficace le créancier hypothécaire.

B. Conflits avec les créanciers du constituant

488. Interrogations ¶ L'hypothèque de créance ne fait pas sortir la créance grevée du patrimoine du constituant, d'où l'idée qu'elle contribuerait au gage général de tous les créanciers du constituant. De plus, il peut arriver que le créancier hypothécaire pâtisse du comportement d'un constituant de mauvaise foi qui engagerait la créance dans plusieurs transactions. Enfin, l'efficacité de la sûreté pourrait être affectée par les règles du droit des procédures collectives si le constituant devient insolvable.

1. Conflit avec le cessionnaire de créance

489. Principe ¶ L'article 22.4 du Décret 163 gouverne l'ordre prioritaire de paiement entre le cessionnaire d'une créance et le bénéficiaire d'une hypothèque grevant celle-ci. Selon ce texte « *en cas de transfert (cession) de la créance dans les conditions fixées par l'article 309 du Code civil, la priorité de paiement entre le cessionnaire de créance et le créancier hypothécaire est déterminé selon l'ordre de dates d'enregistrement de ces transactions auprès des autorités compétentes* ». Ainsi, la priorité est donnée à celui qui a procédé à la publicité de sa transaction en premier. L'enregistrement des transactions permet aux créanciers de gagner en priorité.

490. Utilité R La règle de priorité n'est donc pas basée sur la notification de l'hypothèque de créance au débiteur de la créance cédée mais sur son enregistrement. Dans la mesure où l'enregistrement assure la transparence des transactions et que le registre est ouvert à tout public, cette approche est pertinente. Pourtant, certains problèmes subsistent.

D'abord, les articles 309 à 314 du Code civil sur la cession de créances à titre de vente n'abordent pas l'enregistrement des cessions de créance⁴⁸⁸. L'article 2.2.4 de la Circulaire 05 reconnaît la possibilité de faire enregistrer le contrat de cession de créance à titre de vente mais ce texte ne prévoit pas que l'enregistrement assure l'opposabilité de la cession aux tiers alors que la règle instaurée par l'article 22.4 susmentionné admet implicitement ce principe. Toutefois, ce problème ne vient pas des dispositions du droit des sûretés mais du régime général des cessions de créances dont une réforme s'avère nécessaire⁴⁸⁹.

Ensuite, la règle énoncée par l'article 22.4 du Décret 163 ne régit que les transactions enregistrées. Certes, selon l'article 325.3 du Code civil, lorsqu'un seul et même bien est grevé par plusieurs sûretés dont aucune n'est enregistrée, l'ordre de paiement est déterminé selon l'ordre de constitution des sûretés. Mais ce texte ne concerne que des transactions de sûreté et ne règle donc pas le conflit entre un cessionnaire et un créancier hypothécaire en cas de non-enregistrement bien que la solution qu'il énonce soit tout à fait transposable. Il manque en conséquence en droit positif un principe de priorité qui est pourtant essentiel.

2. Conflit avec le délégataire

491. Mécanisme de délégation – En vertu de l'article 293 du Code civil, sous réserve de l'accord du créancier (le délégataire), un débiteur (le déléguant) peut déléguer la réalisation de son obligation à un tiers (le délégué). La loi ne soumet pas de manière expresse cette opération au consentement du délégué. Pourtant ce consentement est nécessaire car l'une de conditions de validité d'une transaction civile selon le Code civil est que les parties concernées y participent de manière volontaire (art.122.1.c).

⁴⁸⁸ « Article 310. Conditions de forme régissant la cession de dettes

1. Une cession de créance peut être établie par écrit ou verbalement.

2. Lorsque la loi dispose que la cession de créance doit être établie par écrit, être authentifiée ou être enregistrée ou autorisée, le respect de ces formalités est obligatoire. »

⁴⁸⁹ L'enregistrement des cessions permet également de déterminer la priorité entre les cessionnaires d'une même créance.

492. Priorité R Si la délégation est conclue après constitution d'une hypothèque de créance, enregistrée et notifiée au débiteur de la créance hypothéquée, le délégataire est simplement un créancier chirographaire tandis que le créancier hypothécaire est un créancier garanti. En conséquence, le droit du créancier hypothécaire l'emporte sur celui du délégataire.

3. Conflit avec les créanciers saisissants

493. Saisie-attribution R Le droit positif ne prévoit pas les modalités de saisie d'une créance. Un mécanisme semblable à la saisie-attribution de droit français est inconnu en droit vietnamien. En effet, bien que l'article 71.5 de la loi sur les procédures civiles d'exécution vise l'exécution forcée d'une décision de justice par la remise forcée de droits patrimoniaux, donc en principe des créances monétaires, cette loi ne détaille que les saisies portant sur les droits de propriété intellectuelle (articles 84 à 86), le droit d'usage d'un terrain (article 89, article 110 à 113), l'apport en société (article 92), et, en ce qui concerne les créances, les comptes bancaires (article 76).

494. Priorité R En vertu de l'article 4.4 du Décret 163, si une sûreté a été constituée régulièrement et est opposable aux tiers, ni le juge, ni les autres organismes publics compétents ne peuvent rendre une décision de saisie du bien grevé par cette sûreté en vue de l'exécution d'une autre obligation du constituant, « *à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Il en résulte qu'en principe après la constitution de l'hypothèque de créance, le créancier hypothécaire aura intérêt à procéder à l'enregistrement de sa sûreté en vue d'empêcher toute tentative de saisie. Le droit des procédures civiles d'exécution pose une exception relative à la saisie du bien hypothéqué. En effet, il est possible de procéder à une telle saisie si le constituant, débiteur d'une obligation en vertu d'une décision de justice, n'a aucun autre bien que le bien hypothéqué ou a des biens d'une valeur insuffisante pour régler cette obligation, et que la valeur du bien hypothéqué est supérieure à celle de l'obligation garantie en ce compris les frais de saisie. Pourtant dans ce même cas, le créancier hypothécaire sera désintéressé en priorité sur le prix de vente du bien saisi après paiement des frais d'exécution (art.47.3 et art.90 de la loi sur les procédures civiles d'exécution). Dans un cas ou dans l'autre, le conflit est toujours résolu en faveur du créancier hypothécaire.

4. Conflit entre les créanciers hypothécaires

495. Principe R Le conflit entre deux créanciers hypothécaires sur la même créance sera réglé en application de l'article 325 du Code civil. L'ordre de paiement prioritaire est déterminé en fonction des dates d'enregistrement des sûretés et à défaut d'enregistrement par l'ordre de constitution de celles-ci. Le bénéficiaire d'une hypothèque créée en premier mais non enregistrée perdra priorité face à un second créancier hypothécaire qui a dûment fait enregistrer sa sûreté.

Certes, on pourrait penser que le débiteur de la créance hypothéquée peut remplir le rôle d'un registre et que l'ordre de notification déterminerait efficacement la priorité entre les créanciers hypothécaires d'une même créance. Cependant, le débiteur de la créance hypothéquée n'a pas l'obligation de fournir des informations sur la créance. Un registre public accessible à tout public paraît être une solution beaucoup plus satisfaisante.

Prenons un exemple où après avoir hypothéqué une créance pour garantir le paiement du prêt A, le constituant affecte cette même créance en garantie d'un prêt B. Bien que la première hypothèque ait été dûment enregistrée, si la notification n'a pas été faite, il peut arriver que le débiteur de la créance hypothéquée paie la créance entre les mains du deuxième créancier hypothécaire qui avait procédé à la notification. La raison en est très simple : le débiteur de la créance hypothéquée ignore la constitution de la première hypothèque de créance. Ce paiement sera libératoire. Pourtant, en application de l'article 325 susmentionné, le premier créancier hypothécaire aura priorité. Mais comme la créance a été payée, elle cesse d'exister. Le premier créancier hypothécaire devra alors engager une action en revendication des fonds ou d'un autre instrument de paiement reçus par le deuxième créancier hypothécaire.

5. Conflit avec les autres créanciers

496. Identification R Certains autres créanciers du constituant (l'administration fiscale, le Trésor, les employés, la sécurité sociale, etc.) peuvent entrer en concours avec le créancier hypothécaire.

Les dispositions du Code civil relatives aux sûretés et leurs textes d'application ne règlent pas le conflit entre le créancier hypothécaire (et plus généralement les créanciers garantis) et ces créanciers.

497. Ordre de priorité lors de la liquidation R On peut trouver les solutions dans les droits spéciaux. En effet, l'article 35 de la loi sur les procédures collectives pose le principe de règlement prioritaire des créanciers bénéficiant de gages ou hypothèques consentis avant l'acceptation de la demande d'ouverture de la procédure collective contre le constituant. En application des articles 36 et 37 de cette loi, en phase de liquidation de l'entreprise, la distribution de la valeur des biens de l'entreprise se fait dans l'ordre suivant:

- remboursement du montant de l'assistance de l'État accordée en vue du redressement de l'entreprise étatique s'il y en a;
- frais de procédure collective;
- créances salariales, indemnités de cessation du travail, charges patronales, et autres dettes engagées conformément aux conventions collectives et aux contrats de travail ;
- créances chirographaires.

Cet ordre de paiement implique que « *le droit des procédures collectives ne privilégie pas le règlement des impôts et des amendes qui tombent alors dans la catégorie des créances chirographaires*⁴⁹⁰ ». Cette interprétation est d'autant plus justifiée que l'un des cas d'effacement des impôts et amendes impayés visés par l'article 65.1 de la loi n° 78/2006/QH11 sur la gestion fiscale du 29 novembre 2006, modifiée en 2012, concerne l'hypothèse où « *l'entreprise dont la faillite a été prononcée a procédé aux paiements prévus par le droit des procédures collectives et en conséquence n'a plus de biens pour régler les impôts et/ou amendes impayés* ».

Ainsi, une lecture combinée des articles 35, 36 et 37 de la loi sur les procédures collectives permet de conclure que les créanciers garantis (y compris le créancier bénéficiant d'une hypothèque de créance) sont payés en priorité sur tous les autres créanciers de la liste susmentionnée. Le créancier hypothécaire jouit alors d'un super-rang de priorité. Cette approche du législateur est particulièrement favorable au créancier hypothécaire et est destinée à l'encouragement du crédit.

498. CONCLUSION DU § II R En dépit de quelques lacunes législatives, le droit positif tranche les conflits sur créances largement en faveur du créancier hypothécaire. Le droit de préférence n'étant qu'apparent, le créancier hypothécaire

⁴⁹⁰ Nguyen Ngoc Son, « Quelques réflexions sur le projet de loi portant amendements de la loi sur la gestion fiscale », Revue d'Études Législatives, n°13 (221), juillet 2012.

n'entre pas vraiment en concours avec les autres créanciers du constituant lorsque celui-ci est *in bonis* ou en procédure collective.

499. CONCLUSION DE LA SECTION I R Le régime d'hypothèque de créance est basé sur le régime général de l'hypothèque de biens fortement protecteur du créancier hypothécaire. L'analyse du droit positif relatif à l'invocation des moyens de défense par le débiteur de la créance hypothéquée révèle, *entre autres*, la très mauvaise situation du créancier hypothécaire en matière de compensation. Or, la faiblesse ne vient pas du droit des sûretés mais du droit général des obligations. Si celle-ci est levée, l'hypothèque de créance conservera son plein attrait en tant que sûreté puissante particulièrement protectrice du créancier hypothécaire.

Une fois les conflits éventuels entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers du constituant examinés, nous considérerons dans l'analyse qui suit les relations entre le constituant et le créancier hypothécaire et celles entre le constituant et le débiteur de la créance hypothéquée lors de la mise en œuvre de l'hypothèque de créance.

SECTION II : RELATIONS ENTRE LES PARTIES CONCERNÉES

500. Relations tripartites R L'hypothèque de créance se bâtit sur une relation tripartite entre le créancier hypothécaire qui en bénéficie, le constituant qui affecte sa créance en garantie de son obligation vis-à-vis du créancier hypothécaire et le débiteur de la créance hypothéquée tenu au paiement de celle-ci. Cette relation se manifeste non seulement au niveau de la constitution de la sûreté notamment via la notification et l'enregistrement de la sûreté mais aussi au niveau de sa réalisation. Ce constat ressort de l'étude des principes directeurs gouvernant la mise en œuvre de l'hypothèque de créance expressément formulés par la loi (§ I) et dans la mise en œuvre de l'hypothèque de créance elle-même (§ II).

§ I – LES PRINCIPES DIRECTEURS

501. Aperçu général R Ainsi qu'examiné précédemment, l'hypothèque de créance confère au créancier hypothécaire un droit de préférence qui est en réalité un super-privilege mettant celui-ci à l'abri de tout concours avec les autres créanciers du

constituant. La mise en œuvre de ce droit de préférence dépend essentiellement de la concordance entre l'échéance de la créance hypothéquée et celle de l'obligation garantie. D'une manière générale, le droit des sûretés prévoit des règles spécifiques régissant la réalisation de l'hypothèque de créance. Néanmoins, le droit positif ne traite pas de manière complète du sort du créancier hypothécaire dans cette concordance d'échéances.

A. Modes de réalisation de l'hypothèque de créance

502. Perception des fonds ou d'un autre bien ¶ Dans la mesure où les créances constituent une catégorie particulière de biens, l'article 59 du Décret 163 gouvernant les modes conventionnels de réalisation des sûretés réserve spécialement son alinéa 3 à la réalisation de l'hypothèque des grevants. Selon ce texte, le créancier hypothécaire perçoit des fonds (qui est le produit de la créance hypothéquée) ou un autre bien d'un tiers. L'article 66.1 du Décret 163 reprend la solution en précisant que ce tiers est le débiteur de la créance hypothéquée.

503. Exclusions ¶ Les alinéas 1 et 2 de l'article 58 du Décret 163 posent le principe selon lequel à défaut d'un accord entre les parties sur la réalisation de leur sûreté, ou plus précisément sur le sort du bien grevé, le bien grevé sera mis aux enchères publiques. Toutefois, les articles 65 à 68 du Décret 163 traitent de la réalisation des sûretés portant sur certains types de biens (incluant les biens meubles, les créances, les titres de valeur, le connaissement de transport, le certificat de dépôt d'argent par les particuliers, le droit d'usage du sol et les biens rattachés au sol) et mentionnent de manière expresse les hypothèses où il est possible de procéder à la mise aux enchères (par exemple pour les meubles ¶ art.65 ¶ ou pour le droit d'usage du sol ou les biens rattachés au sol ¶ art. 68). La lecture combinée de ces articles permet de considérer que la mise aux enchères publiques ne s'applique pas à l'hypothèque de créance. L'approche du législateur est appropriée dans la mesure où la vente d'une créance que ce soit par voie conventionnelle ou par la mise aux enchères publiques est surprenante⁴⁹¹.

504. Réception d'un autre bien ¶ La limite notable de l'alinéa 3 de l'article 59 réside dans l'autre mode de réalisation de l'hypothèque de créance, à savoir la réception d'un autre bien du débiteur de la créance hypothéquée. Cet autre bien est un

⁴⁹¹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n°649.

bien autre que le revenu de la créance, à savoir les fonds à percevoir. Il peut être alors une chose, un titre de valeur ou un droit patrimonial (C.civ., art. 163). La solution n'est pas satisfaisante à plusieurs égards. D'abord, étant donné la signification particulièrement large de l'expression « *autre bien* », quel devrait être celui que le créancier hypothécaire peut recevoir? Certes, les parties peuvent mentionner ce bien dans l'acte constitutif de l'hypothèque mais alors l'hypothèque de créance perdrait sa raison d'être car on pourrait trouver intérêt à hypothéquer cet « *autre bien* » plutôt que la créance. En outre, la créance devient à son échéance une somme d'argent et le créancier serait dans une position plus sécurisante s'il recevait directement cette somme au lieu de recevoir un autre bien qu'il devrait ensuite vendre surtout quand l'évaluation du prix des biens reste un aspect sensible⁴⁹². Enfin, si la loi offre au créancier ces deux modes pour réaliser sa sûreté, le constituant pourrait considérer qu'il a le droit de remplacer les fonds issus de la créance par un autre bien, ce qui est particulièrement défavorable pour le créancier.

Le législateur aurait dû remplacer l'expression « *autre bien* » par les termes « *un instrument de paiement* ».

505. Mise en demeure R En règle générale, avant de réaliser sa sûreté, le créancier garanti doit adresser une notification de la mise en œuvre de la sûreté au constituant et aux autres créanciers garantis (si le bien a été mis en garantie en faveur de plusieurs créanciers) ou enregistrer la notification auprès du registre compétent (art. 61 et art. 62 du Décret 163)⁴⁹³.

B. Intérêts générés par la créance hypothéquée

506. Notion de l'accessoire R Pour rappel, l'article 176.2 définit l'accessoire comme étant « *une chose qui sert directement à l'exploitation de la fonction du principal et une partie du principal mais qui est détachable du principal* ». Le législateur se réfère à la notion de *chose* au sens d'un bien corporel pour définir l'accessoire. De plus, la définition retenue paraît viser seulement les accessoires des biens corporels et non des biens incorporels comme les créances. On adhérera ici à la position du droit français⁴⁹⁴ selon laquelle les accessoires des créances comprennent

⁴⁹² Au Vietnam, pour le moment, les organismes d'évaluation des biens ne fonctionnent pas efficacement. Les banques disposent pour cette raison de leur système interne d'évaluation.

⁴⁹³ V. *infra* n°519.

⁴⁹⁴ Le Code civil prévoit seulement le transfert automatique des sûretés en cas de cession d'une créance (art.313).

de véritables sûretés garantissant le paiement de la créance grevée et des intérêts et les droits et actions appartenant au constituant et attachés à la créance.

507. Sort des accessoires R En application de l'article 342.1 du Code civil, si l'hypothèque porte sur un bien meuble ou immeuble ayant un accessoire, celui-ci est également inclus dans l'assiette de l'hypothèque ; si l'hypothèque ne porte que sur une partie de ce bien, l'accessoire fait partie de l'assiette de l'hypothèque sauf stipulation contraire. Il est à noter que le Code civil n'énonce nulle part que tous les biens sont meubles ou immeubles. Toutefois, l'article 174 de ce code énumère les biens immeubles (les terrains, les maisons, les constructions rattachées à un terrain, les autres biens rattachés à un terrain ainsi que les biens immeubles par détermination de la loi) et conclut ensuite que sont les biens meubles tous les biens qui ne sont pas immeubles. Autrement dit, il apparaît que le législateur applique la distinction *meubles/immeubles* à tous les biens et non aux seuls biens corporels. Dans cet esprit, dans la mesure où aucun droit patrimonial ne figure dans la liste des biens immeubles⁴⁹⁵, en principe, les droits patrimoniaux (dont les créances) sont des biens meubles.

En conséquence, sauf si les parties en conviennent autrement, le créancier hypothécaire est en droit de recevoir le principal de la créance et les intérêts générés par celle-ci (par exemple, le principal et les intérêts d'un prêt ou le prix de vente d'une marchandise ou de prestation d'un service et les intérêts de retard y afférents le cas échéant) aux fins du règlement de l'obligation garantie. L'article 290 du Code civil relatif à l'obligation de paiement ne prévoit pas l'ordre de paiement du principal et des intérêts de l'obligation garantie, dans l'hypothèse d'un paiement effectué de façon partielle parce que les fonds perçus ne suffisent pas à couvrir l'obligation garantie. Ceci relève alors de la liberté contractuelle.

508. Ordre de paiement R L'article 338 du Code civil qui s'applique comme nous l'avons mentionné plus haut aussi à la réalisation de l'hypothèque de biens selon l'article 355 de ce code, prévoit que si l'obligation garantie est un prêt, le paiement portera successivement sur le principal, les intérêts, les pénalités et les dommages et intérêts s'il y en a.

⁴⁹⁵ L'article 6.1(b) considère le droit d'usage d'un terrain comme un bien immeuble parce qu'il correspond en substance au terrain en question.

509. CONCLUSION DU § I R La réception d'un bien autre que les fonds est une solution peu pertinente sinon superflue. De plus, le législateur devrait préciser la notion de l'accessoire d'une créance. Cette double démarche contribuerait à mieux encadrer les principes directeurs gouvernant cette sûreté.

§ II – LA RÉALISATION DE L'HYPOTHÈQUE DE CRÉANCE

510. Droit positif R L'article 22.3(b) du Décret 163 prévoit que le débiteur de la créance hypothéquée peut refuser de payer entre les mains du créancier hypothécaire en cas de défaut de notification de la part du créancier hypothécaire. *A contrario*, un créancier hypothécaire prudent qui a procédé à cette notification peut demander au débiteur de la créance hypothéquée le paiement de la créance à son profit. Toutefois, l'article 22.2(a) du Décret 163 limite la mise en œuvre du droit de préférence du créancier hypothécaire au seul cas où à l'échéance de l'obligation garantie, le constituant ne remplit pas ou remplit de manière incorrecte l'obligation garantie. Le législateur ne tient pas compte du cas où l'échéance de la créance hypothéquée vient avant (A) ou après (B) celle de l'obligation garantie.

A. Échéance de la créance hypothéquée avant l'obligation garantie

511. Perception du paiement R L'hypothèse selon laquelle l'échéance de la créance hypothéquée vient avant celle de l'obligation garantie n'est pas rare en pratique, surtout lorsque l'hypothèque concerne un ensemble de créances. La situation est délicate tant pour le constituant que pour le créancier hypothécaire. En effet, si le créancier hypothécaire reçoit le paiement de la créance tandis que l'obligation garantie n'est ni échue ni exigible, le constituant fait face à un risque de non-remboursement du montant reçu même s'il exécute correctement l'obligation garantie. De plus, il s'écoule un temps entre le moment de réception du paiement et la date d'échéance de l'obligation garantie pendant lequel, le créancier hypothécaire peut faire l'objet d'une procédure collective. Le constituant aurait par la suite des difficultés à récupérer le montant du paiement. De son côté, le créancier hypothécaire peut, s'il laisse le constituant collecter le paiement de la créance, encourir le risque que le constituant dispose de la somme reçue et fait ainsi disparaître l'assiette de la sûreté.

512. Compte séquestre R Pour concilier les intérêts des parties, comme l'ont suggéré les professeurs Laurent Aynès et Pierre Crocq en cas de nantissement de

créance, le contrat constitutif de l'hypothèque de créance peut stipuler la possibilité pour le créancier hypothécaire de recevoir le paiement à charge pour lui d'isoler les fonds perçus sur un compte séquestre ouvert en son nom jusqu'à échéance de l'obligation garantie⁴⁹⁶. Ainsi, le bien hypothéqué n'est plus la créance elle-même mais les fonds reçus du débiteur de la créance hypothéquée. À l'échéance de l'obligation garantie, en cas de défaillance du constituant, le créancier peut affecter les fonds au remboursement de l'obligation garantie dans la limite des sommes impayées. Il devrait être prévu également dans le contrat l'obligation incombant au créancier hypothécaire de restituer les montants perçus au constituant si celui-ci exécute correctement l'obligation garantie.

513. Paiement du constituant en l'absence de notification R Une autre hypothèse qu'on peut considérer est que le débiteur de la créance hypothéquée qui n'avait pas été informé de la constitution de l'hypothèque de créance a payé entre les mains du constituant à l'échéance de la créance hypothéquée. L'obligation de paiement du débiteur de la créance hypothéquée est censée s'éteindre car le débiteur a rempli cette obligation en payant le constituant (art. 374 et art. 375 du Code civil). La loi étant silencieuse sur ce point, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, les parties devraient prévoir que les fonds perçus viennent remplacer la créance hypothéquée et que le constituant a l'obligation de conserver ces fonds. Pourtant, il est facile de constater que dans ce cas, le créancier hypothécaire encourt le risque d'une dissipation éventuelle des fonds et pourrait avoir des difficultés à les recouvrer en cas d'insolvabilité du constituant. En effet, à la différence du droit anglais⁴⁹⁷, le droit vietnamien n'impose pas au constituant l'obligation de tenir les fonds en *trust* pour le compte du créancier hypothécaire.

514. Paiement entre les mains du créancier hypothécaire R Si le débiteur de la créance hypothéquée n'exerce pas son droit de renonciation au paiement entre les mains du créancier hypothécaire en l'absence de la notification prévue à l'article 22.3(b) du Décret 163, c'est-à-dire qu'il paie entre les mains du créancier hypothécaire, ce paiement est-il valable et libératoire ? Il faudrait admettre la validité du paiement car celui-ci est effectué au profit d'un tiers qui dispose d'un droit à le recevoir, ce droit résultant directement de l'hypothèque conclue avec le créancier

⁴⁹⁶ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - la publicité foncière*, Defrénois, 5^e éd., 2011, n°535.

⁴⁹⁷ V. *infra*, n°718.

initial. En d'autres termes, le paiement ainsi effectué éteint l'obligation du débiteur de la créance hypothéquée et lui évite un autre paiement au profit du constituant.

B. Échéance de la créance hypothéquée après l'obligation garantie

515. Solution prévue par les textes R L'article 22.2(a) du Décret 163 dispose que le créancier hypothécaire peut demander au débiteur de la créance hypothéquée de payer le montant grevé entre ses mains si à l'échéance de l'obligation garantie, le débiteur de l'obligation garantie (le constituant) n'exécute pas ou exécute de manière incorrecte cette obligation. L'article 22.3(a) de ce décret prévoit l'obligation du débiteur de la créance hypothéquée de payer la créance entre les mains du créancier hypothécaire. Ainsi qu'exposé plus haut, aucun problème ne se pose si l'obligation garantie et la créance hypothéquée viennent à échéance en même temps.

516. Non-concordance des échéances R Cependant, ce n'est pas toujours le cas en pratique et il semble que le législateur n'en ait pas tenu compte. Supposons qu'à l'échéance de l'obligation garantie, la créance hypothéquée n'est pas encore exigible alors que le constituant n'exécute pas ou exécute de manière insatisfaisante son obligation : le créancier hypothécaire peut-il demander au débiteur de la créance hypothéquée de le payer immédiatement? L'hypothèque de créance n'interrompt, ni ne modifie les relations contractuelles initialement établies entre le créancier (le constituant) et son débiteur. Autrement dit, ces relations contractuelles se maintiennent normalement sauf pour le paiement qui devra être effectué entre les mains du créancier hypothécaire et non du constituant. En application de ce principe, la sûreté ne peut porter atteinte au délai de paiement de la créance initialement prévu dans le contrat à l'origine duquel se trouve la créance hypothéquée. En conséquence, le créancier hypothécaire ne peut exiger un paiement immédiat de la créance hypothéquée qui n'arrive pas encore à son échéance. L'attente de l'échéance de la créance hypothéquée constitue le moyen le plus simple pour réaliser la sûreté. En cas de paiement du montant de la créance grevée, selon l'article 338 du Code civil et l'article 64.2(b) du Décret 163, le créancier hypothécaire doit restituer au constituant la différence. Il ne peut pas s'enrichir de manière injuste⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ En principe, en vertu de l'article 256 du Code civil, la personne dont le patrimoine s'est enrichi sans cause d'un bien d'autrui est tenue de restituer ce bien à son propriétaire.

517. Procédure collective du constituant R Pourtant, que se passe-t-il si pendant ce temps d'attente, le constituant fait l'objet d'une procédure collective? L'article 27.3 de la loi sur les procédures collectives dispose qu'à partir de l'acceptation par le juge de la demande d'ouverture de la procédure collective d'une entreprise, la réalisation des biens mis en garantie au profit des créanciers bénéficiaires est suspendue, sauf si le juge l'autorise. En théorie, comme la créance hypothéquée fait partie du patrimoine de l'entreprise (l'article 49.1 de la loi sur les procédures collectives), la restriction devrait s'appliquer à la réalisation de l'hypothèque grevant celle-ci. Néanmoins, la réalisation d'un bien grevé est le fait pour le créancier hypothécaire d'exercer son droit de préférence sur le bien engagé conformément aux causes justifiant la constitution de l'hypothèque et convenues entre les parties. L'article 56 du Décret 163 mentionne les deux hypothèses les plus fréquentes de réalisation d'une sûreté. Première hypothèse : à l'échéance de l'obligation garantie, le débiteur (le constituant) ne l'exécute pas ou l'exécute de manière insatisfaisante. Seconde hypothèse : le débiteur doit réaliser l'obligation garantie avant le délai prévu en raison de la violation d'une obligation prévue par le contrat sous-jacent (par exemple en cas d'exigibilité anticipée du prêt) ou conformément à la loi (par exemple, dans le cas où un bien est affecté en garantie de plusieurs obligations, lors de la réalisation du bien pour satisfaire l'une de ces obligations, les autres obligations deviendront automatiquement exigibles (article 324.3 du Code civil))⁴⁹⁹.

Il est possible de soutenir qu'en raison de la défaillance du constituant, le créancier hypothécaire peut procéder à la réalisation de la créance hypothéquée et du fait que celle-ci n'est pas encore échue, il doit attendre la survenance du terme de la créance hypothéquée, le temps d'attente faisant ainsi partie du processus de réalisation du bien grevé. Autrement dit, le processus de réalisation du bien grevé a commencé avant que le constituant ne tombe en procédure collective et donc échappe à la suspension de paiement. Pourtant, ce raisonnement est contestable car il serait plutôt question de l'attente de la réalisation de la créance hypothéquée. Celle-ci n'étant pas encore réalisée, le principe de suspension du paiement aurait vocation à s'appliquer.

⁴⁹⁹ La troisième hypothèse prévue par l'article 56 du Décret 163 est que la loi exige que le bien grevé soit réalisé pour que le constituant exécute d'autres obligations (par exemple, en procédure de liquidation ouverte à l'encontre du constituant). Cet article prévoit également de manière ouverte que le créancier garanti peut mettre en œuvre sa sûreté dans d'autres cas convenus entre les parties ou prévus par la loi.

De plus, le constituant demeure toujours propriétaire de la créance. Force est de constater que le risque pèse encore sur le créancier hypothécaire.

518. Autres modes conventionnels R L'article 58 du Décret 163 prévoit que la réalisation d'un bien mis en garanti s'effectue selon les modes convenus entre les parties (celles-ci peuvent aussi convenir d'un seul mode) et l'article 59.4 de ce décret énonce qu'en plus des modes énumérés par cet article, les parties peuvent convenir d'autres modes de réalisation du bien engagé. En conséquence, dans l'acte constitutif de l'hypothèque de créance, les parties peuvent stipuler un pacte commissaire visant à attribuer la propriété de la créance hypothéquée au créancier hypothécaire. À la défaillance du constituant, le créancier hypothécaire deviendra le nouveau titulaire de la créance. Une autre solution consiste à permettre au créancier hypothécaire de vendre la créance hypothéquée s'il peut trouver un acquéreur.

519. Mise en demeure R En principe, avant de réaliser sa sûreté, le créancier garanti doit en informer⁵⁰⁰ le constituant et les autres créanciers garantis ayant enregistrés leur sûreté (si le bien a été utilisé en garantie de plusieurs obligations) ou enregistrer la notification faite au constituant auprès du registre des sûretés compétent (articles 61 et 62 du Décret 163). Il ne peut mettre en œuvre sa sûreté qu'à l'expiration d'une période d'attente dont les parties peuvent convenir. À défaut de convention contraire, ce délai est de 7 jours à compter de la date de notification de la réalisation de la sûreté pour les biens meubles (article 62 du Décret 163). Cependant, la loi aménage un tempérament en cas d'hypothèque de créance car l'article 62 du Décret 163 permet au créancier hypothécaire de mettre en œuvre sa sûreté immédiatement après la notification.

520. Procédure collective du débiteur de la créance hypothéquée R En cas d'attribution de la créance grevée par voie conventionnelle, le créancier hypothécaire peut toujours faire face à un risque d'insolvabilité du débiteur de la créance hypothéquée : si celui-ci fait l'objet d'une procédure collective, le créancier risque de ne recevoir qu'une partie de la valeur de la créance ou de ne rien recevoir. La question qui se pose alors est de savoir si le constituant doit régler le montant non perçu. Certes, on pourrait croire que l'attribution de la créance correspond à une

⁵⁰⁰ La notification de mise en œuvre doit contenir entre autres (i) les motifs pour la réalisation de la sûreté; (ii) l'obligation garantie; (iii) la description du bien grevé; et (iv) la méthode, la date et le lieu pour la réalisation de la sûreté .

cession de celle-ci et que le risque d'insolvabilité est transféré au créancier hypothécaire en application de l'article 312 du Code civil. Mais il faudrait admettre qu'en cas d'hypothèque d'une créance, en se faisant attribuer la créance hypothéquée, le créancier hypothécaire n'a aucune intention spéculative ou autrement dit ne recherche pas la différence entre le prix de transfert et la valeur nominale de la créance comme dans le cas de toute cession de créance à titre de vente. Il s'assure seulement du paiement de l'obligation garantie. De plus, l'article 312 du Code civil susmentionné permet également aux parties, en cas de cession à titre de vente, de convenir de l'obligation du cédant de payer la différence entre le montant effectivement payé par le débiteur de la créance cédée et le montant nominal de la créance. Il convient toutefois de noter que le droit des sûretés ne traite pas encore de cette question. Pour mieux se protéger, le créancier hypothécaire pourra négocier, dans l'acte constitutif de l'hypothèque de créance, une clause obligeant le constituant à le désintéresser en cas d'insolvabilité du débiteur de la créance hypothéquée.

521. CONCLUSION DU § II R L'analyse qui précède démontre que les dispositions actuelles demeurent insuffisantes pour couvrir les différents aspects des relations entre le créancier hypothécaire et le constituant en phase de réalisation de l'hypothèque de créance. Certes, en théorie, les parties peuvent y suppléer par voie conventionnelle. Pourtant, le législateur devrait réformer ces dispositions pour mieux préciser les modalités de mise en œuvre de l'hypothèque de créance dans les différentes hypothèses analysées.

522. CONCLUSION DE LA SECTION II R Le droit positif demeure lacunaire en ce qui concerne la mise en œuvre de l'hypothèque de créance tant au niveau des principes directeurs qu'au niveau de la prise en considération de la concordance des échéances de la créance garantie et de la créance nantie. La jurisprudence n'a pas eu l'opportunité de se prononcer sur les lacunes de la loi⁵⁰¹. C'est une chose regrettable car l'hypothèque de créance est parmi les sûretés les plus pratiquées notamment en garantie du crédit. En l'état actuel du droit, seules des stipulations contractuelles peuvent permettre d'y remédier.

523. CONCLUSION DU CHAPITRE II R Le nombre d'articles concernant l'hypothèque de créance reste particulièrement modeste au sein des textes

⁵⁰¹ Parmi les arrêts et jugements accessibles au grand public, il y en a très peu concernant l'hypothèque de créance et la jurisprudence n'apporte pas les solutions à ces lacunes.

applicables. Les questions pertinentes ne sont pas encore toutes traitées. Or, un régime efficace ne sera construit que sur des règles complètes, claires et surtout cohérentes. Une réforme des dispositions en vigueur est souhaitable afin de donner un meilleur encadrement juridique de l'hypothèque de créance.

524. CONCLUSION DU TITRE II R La mise en parallèle du nantissement de créance de droit français et de l'hypothèque de créance de droit vietnamien permet de formuler quelques constats. D'abord, le droit vietnamien se trouve dans une certaine mesure dans une situation comparable à celle du droit français avant la réforme de 2006 où le nantissement de créance empruntait le régime du gage. Il manque dans le droit vietnamien, *entre autres*, des dispositions qui tiennent compte de la concordance entre la date d'échéance de la créance garantie et celle de l'obligation garantie. On pourrait s'inspirer à cet égard des règles du droit français⁵⁰². Ensuite, l'efficacité des sûretés sur créance qui n'entraînent pas le transfert de la propriété est conditionnée par la présence d'un droit exclusif au paiement peu importe la justification et la dénomination de ce droit. En effet, le créancier bénéficiant d'une hypothèque de créance en droit vietnamien jouit d'un privilège de super rang le mettant à l'abri de tout concours même en procédure collective à l'encontre du constituant bien qu'il soit titulaire apparemment d'un droit de préférence.

525. CONCLUSION DE LA PARTIE I R Puisqu'elles représentent une part accrue de l'ensemble des biens des entreprises, les créances monétaires constituent l'assiette de diverses sûretés conventionnelles sans transfert de la propriété au profit du créancier garanti. Les différents systèmes de droit que l'on a analysés ont tendance au renforcement de l'efficacité de celles-ci. Or, c'est exactement ce à quoi la pratique s'attend. D'une constitution généralement simple, ces sûretés traditionnelles évoluent vers la reconnaissance d'une sorte de droit exclusif au profit du créancier garanti et peuvent en principe constituer des solutions alternatives aux sûretés sur créances basées sur le transfert du droit de propriété. Pourtant, ici ou ailleurs, l'idée qu'une sûreté traditionnelle puisse conférer à son bénéficiaire plus qu'un simple droit de préférence se heurte encore à une hésitation législative, jurisprudentielle ou

⁵⁰² Il est prévu une réforme du Code civil vietnamien en vigueur. L'occasion se présente donc pour compléter les dispositions en vigueur.

doctrinale. L'amélioration du régime des sûretés traditionnelles sur créances commanderait nécessairement un changement conceptuel.

La comparaison de celles-ci avec les sûretés impliquant le transfert de propriété des créances grevées dans la deuxième partie de cette étude permettra également de mesurer l'attrait des premières.

PARTIE II : SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES AVEC TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

526. Évolutions des droits français, anglais et vietnamien R En droit romain et sous l'Ancien droit, le droit de propriété fut utilisé à des fins de garantie sous forme de fiducie-sûreté. Cependant, l'utilisation de cet aspect de la propriété a été longtemps ignorée en droit français pour de multiples raisons⁵⁰³. En effet, la première consécration légale date de 1980 avec la promulgation de la loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente, suivie par l'adoption de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises qui instaure la cession fiduciaire de créances professionnelles par bordereau. Le mouvement continue, mais d'une manière relativement lente. La plus récente consécration légale est issue de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

Par opposition, la *mortgage* qui implique le transfert de propriété des biens grevés est une sûreté traditionnelle de droit anglais depuis des siècles⁵⁰⁴. Concernant les biens incorporels (intangibles, choses in action), les juridictions d'équité ont admis dès le début du 17^e siècle, que la plupart des ces biens incorporels pouvaient être transférés en équité à titre de garantie⁵⁰⁵ et c'est à partir du milieu du 19^e siècle, que le droit des sociétés a reconnu la possibilité de transférer des parts sociales à titre de garantie. La cession de créances et d'autres biens incorporels à titre de garantie a enfin été

⁵⁰³ Les arguments défavorables sont diverses : caractère temporaire de la propriétés-garantie et limitation des prérogatives d'un véritable propriétaire, prohibition du pacte commissaire, règle du *numerus clausus* des droits réels, lourdes conséquences sur le redressement des entreprises en difficultés, multiplication des conflits due au caractère occulte des sûretés-propriétés, gaspillage du crédit...Pour une synthèse de ces arguments, v. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013, n°722 et s.

⁵⁰⁴ Le juge Lindley MR a décrit la nature d'une *legal mortgage* dans l'arrêt *Santley v Wilde* [1899] 2 Ch 474 at 474 de la façon suivante : « *The principle is : a mortgage is a conveyance of land or an assignment of chattels as a security for the payment of a debt or the discharge of some other obligation for which it is given. This is the idea of a mortgage and the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation(...)* ».

⁵⁰⁵ Arrêt *Warmstrey v Tanfield* [1628-29] 1 Rep Ch 29.

officiellement consacrée par l'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925* en date du 9 avril 1925.

Pour ce qui est du droit vietnamien, la cession de créances à titre de garantie fait encore défaut. Cependant, l'introduction d'un tel dispositif pourrait être envisagée dans la réforme en cours du droit des sûretés.

Nous évoquerons les mécanismes de transfert de propriété des créances à titre de garantie en droit français (titre I) puis en droit anglais et droit vietnamien (titre II).

TITRE I : DROIT FRANCAIS

527. Panorama R La propriétés des créances peut être transférée à titre de garantie. La distinction entre les différents types de cessions fiduciaires de créances en droit français est basée sur la nature des créances cédées. Ainsi, la cession par bordereau porte sur les créances professionnelles et les garanties financières sur les créances en tant que produits financiers, tandis que toutes les créances peuvent constituer l'assiette de la cession fiduciaire du Code civil ou de la cession innommée créée par la pratique.

Nous étudierons d'abord la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly (chapitre I), puis les autres cessions fiduciaires de créances (chapitre II).

CHAPITRE I : CESSION FIDUCIAIRE DE CRÉANCES PRÉVUE ET RÉGLEMENTÉE PAR LA LOI

528. Recours au bordereau Dailly R La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises (la loi Dailly), complétée par le décret n° 81-862 du 9 septembre 1981 et modifiée par la loi de réforme bancaire n° 84-45 du 24 janvier 1984 et par la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993, désormais codifiée dans le Code monétaire et financier aux articles L.313-23 et suivants, a mis en place la cession et le nantissement de créances professionnelles à titre des procédures de mobilisation de ce type particulier de créances. La réforme du droit des sûretés de 2006 laisse toujours subsister cette garantie au sein du Code monétaire et financier. Le recours au bordereau peut permettre de réaliser trois opérations : une cession de créances à titre de garantie, un nantissement de créances⁵⁰⁶ (peu utilisé en pratique) et un escompte de créances. De plus, une banque cessionnaire de créances par bordereau Dailly ou nantie de créances professionnelles dans les conditions des articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier, peut à tout moment, émettre des titres destinés à la mobilisation de tout ou partie des crédits consentis (C. monét. fin., al. premier de l'article L. 313-30).

529. Escompte de créances R L'escompte de créances est réalisée au moyen du transfert par le cédant d'une ou plusieurs créances à une banque qui, en retour, avance au cédant une somme correspondant au montant des créances transférées, sous déduction de ses frais et rémunérations. Ensuite, la banque qui a avancé les fonds au client cédant se trouve subrogée dans ses droits vis-à-vis des débiteurs des créances cédées, et fait son affaire de recouvrer le montant desdites créances. Il y a alors opération de paiement (avance des fonds) et de crédit, car l'escompte repose sur la confiance de la banque dans la solidité du portefeuille de créances cédées, c'est-à-dire dans la solvabilité des débiteurs cédés.

530. Fonction de garantie R La cession de créances professionnelles peut être réalisée à titre de garantie (C. monét. fin., art. L.313-24). Or, en pratique, le bordereau Dailly est plus utilisé comme un instrument de garantie qu'une modalité de paiement. La cession en garantie est préférée à l'escompte lorsque le montant de la

⁵⁰⁶ V. *supra*, n°s 357 et s.

créance garantie n'est pas encore connu au moment de la constitution de la sûreté ou que son montant peut varier, notamment en cas du solde débiteur d'un compte courant⁵⁰⁷. Le mécanisme de cette propriété-sûreté est simple : le bénéficiaire d'un crédit (le cédant) transfère à son créancier (le cessionnaire) la propriété d'une créance qu'il détient à l'encontre d'un tiers (le débiteur de la créance cédée ou le débiteur cédé) sans contrepartie financière en garantie du remboursement de ce crédit. À l'échéance du crédit octroyé, si le cédant paie sa dette au cessionnaire, la créance cédée lui sera rétrocédée et si le cédant est défaillant, le cessionnaire pourra alors réaliser la sûreté et obtenir paiement de la créance cédée⁵⁰⁸.

531. Nature de la cession à titre de garantie R La cession de créances professionnelles à titre de garantie est une cession fiduciaire car elle entraîne le transfert de la propriété de la créance cédée au profit du créancier garanti. Puisque le bénéficiaire de cette sûreté ne peut être qu'un établissement de crédit, certains auteurs la qualifient de fiducie bancaire sur créances professionnelles par opposition à la cession fiduciaire du Code civil⁵⁰⁹.

Seront successivement évoquées les règles de constitution de la cession par bordereau Dailly à titre de garantie (section I) puis ses effets (section II).

SECTION I : CONSTITUTION

532. Contraintes R Dans la mesure où la cession de créances professionnelles à titre de garantie était, au moment de sa consécration en droit français, une application partielle de la propriété transférée à titre de garantie ou autrement dit de la fiducie-sûreté, le législateur a posé certaines limites quant aux conditions de fond de la sûreté (§ I). Le bordereau Dailly relève aussi d'un certain formalisme qui assure la validité de la cession même et sa datation rend opposable la cession aux tiers (§ II).

§ I - CONDITIONS DE FOND

533. Panorama R La cession de créances professionnelles a un champ d'application délimité par une triple restriction. La première restriction est liée à la qualité des parties (A). La deuxième et la troisième concernent respectivement la

⁵⁰⁷ X. Delpech, note sous Cass.com., 9 février 2010, n°09-10.119.

⁵⁰⁸ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, ouvrage précité, n°764.

⁵⁰⁹ P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^e éd., 2012, n°669 et s.

cause de la cession autrement dit l'obligation garantie et la nature des créances cédées en garantie (B).

A. Conditions concernant les parties

534. Parties éligibles R La *ratione personae* de la cession par le bordereau à titre de garantie est restrictif. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier limite l'usage de la cession par bordereau à certaines catégories de parties.

535. Le cédant R La qualité de cédant est réservée aux personnes morales de droit public ou de droit privé sans restriction. En revanche, le cédant personne physique doit agir dans l'exercice de son activité professionnelle. Le rapport entre le crédit accordé et l'activité professionnelle du cédant n'est requis que pour les personnes physiques et non pour les personnes morales⁵¹⁰. La notion d'*activité professionnelle* doit être interprétée de manière extensive pour couvrir aussi bien des activités commerciales que des professions libérales, agricoles ou même salariées⁵¹¹. Par ailleurs, le cédant ne peut qu'être le bénéficiaire du crédit et non un tiers à cette relation de crédit. Autrement dit, la cession de créance à titre de garantie ne peut être consentie en garantie d'une obligation d'autrui.

536. Le débiteur cédé R Le débiteur cédé peut être une personne morale, qu'il s'agisse d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé, ou une personne physique dans le cadre de son activité professionnelle. Par exemple, la cession peut porter sur des créances de marchés publics mais elle ne peut pas avoir pour objet une créance détenue sur un client consommateur.

537. Le cessionnaire R La qualité de cessionnaire est réservée exclusivement aux établissements de crédit. Il s'agit d'un monopole bancaire que le législateur a expressément institué. Sont donc exclus du champ d'application de la cession Dailly les crédits interentreprises ou intra-groupes. Les sociétés *ad hoc* appelées *special purpose vehicles*, mises en place dans le cadre de financements structurés et n'ayant souvent pour seule mission que de réaliser un prêt, refinancé sur les marchés

⁵¹⁰ Cass. com., 3 janv. 1996, *RTD com.* 1996, p. 308, obs. M.Cabrillac.

⁵¹¹ J. Stoufflet, *J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse*, « Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau », fasc. 570, n°13.

internationaux et garanti par une cession de créances ne peuvent pas bénéficier de cette garantie⁵¹².

S'agissant d'un établissement de crédit étranger, une réponse ministérielle a adopté une conception restrictive en précisant que « *la cession de créances non échues est réservée aux établissements de crédit dûment agréés par le CECEI (Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement) ou habilités à exercer leur activité en application du droit communautaire* »⁵¹³. En d'autres termes, la cession de créances professionnelles par bordereau ne peut bénéficier qu'à un établissement de crédit de l'Espace Économique Européen consentant un crédit au cédant et excluant donc les autres prêteurs et les garants. Cette restriction ne semble pas favoriser le développement des entreprises françaises hors de l'Espace Économique Européen.

B. Conditions liées aux créances garanties et cédées

538. Panorama R La loi pose certaines conditions relatives à l'obligation garantie (1). En revanche, les créances pouvant être cédées sont considérées de manière assez extensive (2).

1. Crédit consenti au cédant

539. Cause de la cession R Selon l'alinéa 1 de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier, la cession de créances professionnelles à titre de garantie doit s'inscrire dans le cadre de l'octroi d'un crédit. C'est la cause de la sûreté.

540. Nature du crédit R L'alinéa 1 de l'article L.313-23 du Code monétaire et financier prévoit que tout crédit peut donner lieu à la transmission des créances professionnelles à titre de garantie. En conséquence, le crédit en question peut être un crédit à court, moyen ou long terme bien qu'en pratique, il s'agisse souvent un crédit à court terme⁵¹⁴.

⁵¹² Michael Elland-Goldsmith, « Les apports de la pratique anglaise au droit des sûretés », *Dr. et Patr.*, 2003, n° 113, p.74 et s.

⁵¹³ Rép. min. 27 janv. 2003 : Journal Officiel 27 Janvier 2003. R V. J.-F. Adelle, « La cession Dailly est-elle réservée aux banques communautaires ? », *Rev. Banque et droit*, 2003, n° 89, p. 3 et s. R P. Minor et C. Coatalem, « Les établissements de crédit étrangers peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la loi Dailly ? », *Les Échos*, 12 févr. 2003 ; D.R. Martin, « Embargo sur le bordereau », *RD bancaire et fin.* 2003, prat. p. 149, *rappr.*, La proposition de réforme faite dans le livre blanc de Paris Europlace, *D. aff.* 2004, p.42.

⁵¹⁴ J.-P. Dumas et M. Cohen-Branche, *Rép. com. Dalloz*, v. « Cession et nantissement de créances professionnelles », 2006, n°10.

541. Rapports entre le crédit consenti et la cession R Le crédit accordé ne doit pas nécessairement avoir un lien avec les créances cédées. Une cession de créances par bordereau peut garantir le remboursement d'un crédit accordé antérieurement par le cessionnaire au cédant⁵¹⁵.

2. Créances transmissibles

542. Principes R Aux termes de l'article L.313-23, alinéa 2 du Code monétaire et financier, « *peuvent être cédées [...] les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées [...] les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». Ainsi, est indifférente la nature de la créance cédée et une cession peut porter aussi bien sur une créance présente que sur une créance future.

Des régimes spéciaux cohabitent avec celui du droit commun. Le Code des marchés publics (*art. 106 et s*) prescrit une technique de cession de créances qui suit le mode de la cession par bordereau. De même, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 a mis en place un nouveau dispositif concernant le contrat de partenariat à l'article L. 313-29-1 du Code monétaire et financier qui aménage de manière substantielle le fonctionnement de la cession à titre de garantie par bordereau Dailly⁵¹⁶.

543. Indifférence de l'origine des créances cédées R L'origine de la créance cédée peut être contractuelle ou extracontractuelle. Elle peut également être une créance publique⁵¹⁷ par exemple à l'occasion de l'exécution d'un marché public, d'une décision d'attribution de subvention⁵¹⁸ ou d'une relation avec l'administration fiscale⁵¹⁹.

544. Créances futures R L'article L.313-23, alinéa 2 permet la cession des créances résultant d'un acte à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés, c'est-à-dire des créances futures. Pourtant, plusieurs facteurs viennent limiter la mise en garantie de cette catégorie de créances. D'abord, les dispositions concernant les mentions obligatoires du bordereau n'utilisent pas le

⁵¹⁵ Cass. com., 24 avril 1990, n°88-20.466, Bull. civ. 1990, IV, n° 118, D.1990, somm.228, obs. M.Vasseur.

⁵¹⁶ Pour une étude complète de ce régime spécifique dérogeant à la cession par bordereau, v. R. Noguellou, « Cession de créance et partenariats public-privé », *Dr. et Patr.*, n°141, octobre 2005.

⁵¹⁷ P.-A. Jeanneney et L. Ayache, « Cessions Dailly et créances publiques », *Banque et Droit*, n°98, novembre-décembre 2004, p.26 et s.

⁵¹⁸ CA Strasbourg, 28 sept. 1993, JCP E 1994, pan., n°4, *RTD com.* 1994, p. 333, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

⁵¹⁹ CA Paris, 28 oct. 1993, *Banque*, 1994, n°547, p.91, obs. S. Menneteau.

terme même de *créance future*⁵²⁰. De plus, selon l'alinéa 3 (4) de l'article L.313-23, la créance cédée doit être individualisée à partir de certains éléments (indication du débiteur, lieu du paiement, son montant ou son évaluation et s'il y a lieu son échéance). Autrement dit, elle doit acquérir une probabilité suffisante⁵²¹. Ainsi, il ne serait pas possible de céder en garantie au moyen du bordereau une créance future dont l'existence serait purement hypothétique, ne reposant sur aucune donnée objective⁵²².

545. Clauses d'incessibilité R Les entreprises peuvent penser à insérer dans leurs commandes une clause interdisant à leurs fournisseurs de céder des créances de prix nées de ces contrats pour plusieurs raisons. D'abord, ceci évite le risque d'un double paiement en cas d'inattention à la notification. Ensuite, la clause permet à ces entreprises de créer de nouvelles exceptions qui pourraient être invoquées contre leur créancier en dépit de la réception de la notification. Enfin, elles ne s'exposeront pas à des cessionnaires qu'elles ne connaissent pas et qui pourraient avoir une approche plus dure à supporter face à des demandes de report de délais de paiement ou une attitude moins accueillante pour la résolution des plaintes relatives à l'exécution de l'obligation qui constitue la contrepartie des créances cédées⁵²³.

Le droit français prône le principe de libre transmission des créances. Ainsi, selon l'article L.442-6, II, (c) du Code du commerce, sont nulles « *les clauses prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui* ». La règle est d'ordre public.

Pour comparaison, le droit anglais⁵²⁴ et le droit vietnamien⁵²⁵ donnent effet à des clauses d'incessibilité.

546. Transfert global de créances R Une entreprise peut-elle céder en garantie la totalité de son compte clients, c'est-à-dire l'ensemble de ses créances présentes et futures nées ou à naître de son activité commerciale ? L'exigence d'individualisation

⁵²⁰ D. Legeais, « Cession et nantissement de créances professionnelles R conditions de réalisation de l'opération », fasc. 357, *J.-Cl. Commercial*, n°14.

⁵²¹ CA Paris, 3^e ch.A, 14 février 1989.

⁵²² J. Stoufflet, fasc. préc., n°40.

⁵²³ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn, 2008, para.3-39.

⁵²⁴ Arrêt *Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council* [1987] 3 All E.R. 262; Arrêt *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd* [1994]. V. aussi Gullifer (L.) (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-39.

⁵²⁵ Article 309.1(b) du Code civil.

empêche une telle possibilité⁵²⁶ qui présente pourtant un intérêt pratique particulier. En effet, si elle était possible, la cession à titre de garantie de l'intégralité du compte client équivaldrait à une *fixed charge* sur les créances professionnelles de droit anglais, celle-ci protégeant, ainsi qu'exposé plus haut, de manière efficace le créancier garanti⁵²⁷.

547. Contrat-cadre de cession R Un contrat-cadre de cession de créances professionnelles peut être conclu entre l'emprunteur cédant et les prêteurs cessionnaires. Ce contrat prévoit notamment le montant maximal de l'ouverture de crédit consentie par les banques ainsi que les créances que le cédant détient ou détiendra sur un débiteur déterminé et donne souvent mandat au cédant qui l'accepte à titre gratuit de recouvrer tout montant dû par le débiteur cédé. Le cédant s'y engage à faire remise immédiate aux cessionnaires des instruments de paiement ou des sommes qu'il aurait ainsi reçus.

548. Relations entre l'obligation garantie et la créance cédée R Le montant de la créance cédée peut-il excéder celui de l'obligation garantie ? Une réponse positive n'étonne pas dans la mesure où il est légitime pour un créancier d'obtenir une sûreté d'un montant supérieur à ce qui lui est dû au moment de la constitution de cette sûreté pour anticiper une augmentation éventuelle de la créance garantie⁵²⁸, surtout dans les cas où le montant de la créance garantie est variable, en raison notamment de la production d'intérêts, par voie de capitalisation ou non, sur la base d'un taux variable. Les arrêts de la Cour de Cassation⁵²⁹ semblent désapprouver de manière injustifiée cette pratique. Il faudrait reconnaître la possibilité pour le cessionnaire de recevoir plus que la dette garantie, à charge pour lui de rétrocéder le surplus sous forme de soulte, à l'instar de la situation créée par le pacte comissoire ou l'attribution judiciaire d'un bien. La solution retenue par la Cour de Cassation est également inopportune en pratique. Dans les montage juridiques complexes où les cessions Dailly ont souvent pour objet des créances d'un montant supérieur à celui des dettes garanties, les créanciers qui, du fait de leur statut, ne peuvent bénéficier de cession Dailly, peuvent néanmoins être garantis au moyen d'une délégation au titre de la

⁵²⁶ CA Versailles, 13^e ch., 2 juin 1988, *D.* 1989, somm., p. 185, obs. M.Vasseur ; Cass. com., 13 nov. 2003, n°01-10.724, *RDBF* 2004, n°165, p. 250, obs. A. Cerles.

⁵²⁷ *V. supra*, n°384.

⁵²⁸ A. Aynès, « Cession Dailly : la créance cédée peut-elle excéder le montant de la créance garantie? », *JCP G*, n°5, 31 janvier 2011.

⁵²⁹ Cass.com., 9 février 2010, n°09-10.119 ; Cass. com., 3 novembre 2010, n°09-69.870, *BDBF*, n°2, mars 2011, obs. F.J. Crédot et T. Samin.

créance de restitution, à hauteur du trop perçu, pesant sur le cessionnaire Dailly mais le mécanisme est coûteux et complexe⁵³⁰. Enfin, la Cour de Cassation semble imposer au débiteur cédé de payer directement au cédant la quote-part excédant le montant de la créance garantie. Certes, si cette quote-part ne transite pas entre les mains du cessionnaire, qui ne l'aura pas perçue, cela épargnera à ce dernier l'obligation de la restituer au cédant. Cependant, le débiteur cédé devra ventiler ses paiements et risque de payer le cédant pour un montant trop élevé car il n'est pas censé connaître le montant de la créance impayée du cessionnaire sur le cédant, alors que ce dernier peut tomber ensuite en procédure collective. Il risque alors d'effectuer un paiement non libératoire au sens de l'article 1240 du Code civil et, ainsi, d'être tenu de désintéresser à nouveau le cessionnaire⁵³¹.

549. CONCLUSION DU § I R Si les restrictions concernant les parties à la cession de créances professionnelles à titre de garantie peuvent être expliquées par la nature « bancaire » de la cession, l'exigence d'identification des créances ne semble pas favoriser l'affectation en garantie des créances futures. Or, les parties qui sont des professionnels peuvent accepter les aléas liés à leurs opérations commerciales. L'approche retenue serait liée au souci de protéger les créanciers garantis face à des cédants ou débiteurs cédés « fantômes ». Par ailleurs, la Cour de Cassation a introduit un facteur de complication en exigeant que le montant de la créance cédée ne puisse excéder celui de l'obligation garantie.

Le bordereau Dailly est la condition de forme majeure de cette institution. Le respect du formalisme du bordereau a un impact particulièrement important sur l'opposabilité de la cession comme nous le montrerons dans les développements suivants.

§ II - CONDITIONS DE FORME ET D'OPPOSABILITÉ

550. Panorama R Les conditions de forme de la cession de créances professionnelles à titre de garantie s'articulent autour du formalisme du bordereau Dailly, un titre formaliste qui permet une cession simplifiée de créances (A). Au niveau des conditions d'opposabilité, le législateur ne soumet la cession à aucune règle de publicité particulière (B).

⁵³⁰ F. Julien, « Cession Dailly, actualité juridique », Support de cours (2013), Master Droit Bancaire & Financier, Université Paris 2 Panthéon Assas.

⁵³¹ Ibid.

A. Bordereau Dailly

551. Nature du bordereau R La qualification du bordereau Dailly d'effet de commerce est fort douteuse malgré les nombreux emprunts au droit cambiaire⁵³². Le bordereau reste un titre formaliste. La jurisprudence demeure stricte sur l'effet de la non-production du bordereau dans la mesure où en ce cas, la cession est inopposable aux tiers, y compris au débiteur cédé⁵³³. Ce formalisme serait appelé à être allégé face au développement du commerce électronique⁵³⁴.

552. Panorama R La loi impose que certaines mentions figurent sur le bordereau pour sa régularité formelle (1). Bien qu'elle ne soit pas une mention obligatoire, la datation du bordereau a un rôle essentiel à jouer car elle marque l'effet translatif de la cession à titre de garantie (2).

1. Teneur du bordereau

553. Mentions obligatoires R Le bordereau au moyen duquel est réalisée la cession de créances professionnelles à titre de garantie doit contenir certaines énonciations visées à l'article L313-23, alinéa 3 du Code monétaire et financier. Il doit ainsi comporter la dénomination "*acte de cession de créances professionnelles*" (art. L313-23, al.3,1^o) et mentionner que l'acte de cession est soumis aux dispositions des articles L.313-23 à L.313-34 (art. L313-23, al.3,2^o).

La désignation du nom ou de la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire est également une mention obligatoire du bordereau (art. L313-23, al.3, 3^o). La jurisprudence applique cette exigence de manière stricte. Ainsi, il a été jugé que la mention "*agence République du groupe Hervet*" n'est pas une désignation correcte de la Banque Hervet⁵³⁵. On pourrait expliquer cette sévérité par le fait que la formule utilisée ne garantissait pas que le cessionnaire qui soit un établissement de crédit, étant précisé que seuls ces établissements peuvent être bénéficiaires d'un bordereau Dailly⁵³⁶.

Enfin, le bordereau doit désigner ou individualiser les créances cédées ou les éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation,

⁵³² J. Stoufflet, fasc. précitée, par, n°19 et D. Legeais, « Cession et nantissement de créances ... », fasc. précitée, n°22.

⁵³³ Cass. com., 25 févr. 2003, n°00-22117.

⁵³⁴ D. Legeais, « Cession et nantissement de créances ... », fasc. précitée, n°22.

⁵³⁵ Cass. com., 23 oct. 2001, n° 98-20.442; *JCP E* 2001, IV, 2960; *D.* 2001, jurispr. p. 3430, obs. Lienhard; *RTD com.* 2002, p. 141, obs. M. Cabrillac.

⁵³⁶ J. Stoufflet fasc. précitée, n°22.

notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance (art. L313-23, al.3, 4^o).

554. Indication du débiteur cédé R Les différents éléments permettant l'identification des créances cédées visés à l'article L313-23, al.3, 4^o ne sont pas cumulatifs. Ainsi, il a été jugé que « *la désignation du débiteur cédé n'étant pas une mention obligatoire du bordereau*⁵³⁷ *mais seulement l'un des moyens alternatifs susceptibles de permettre aux parties d'effectuer l'identification des créances cédées, son caractère erroné est, en soi, dépourvu d'incidence dès lors que cette identification résulte d'autres éléments du bordereau*⁵³⁸ ». De manière plus générale, l'absence d'un ou de plusieurs éléments d'identification des créances cédées ne remet pas en cause la validité de la cession lorsque les mentions portées permettent d'individualiser la créance future cédée⁵³⁹.

555. Transmission par procédé informatique R L'exigence légale d'identification est atténuée en cas de transmission de créances cédées par un procédé informatique. En effet, l'alinéa 4 l'article L.313-23 précise que le bordereau peut se borner à indiquer le moyen par lequel elles sont transmises, leur nombre et leur montant global. Cet allègement formel trouve sa contrepartie dans la dévolution de la charge de la preuve de la transmission des créances, qui pèse sur le cessionnaire selon l'article L.313-23, alinéa 5⁵⁴⁰.

556. Sanction du formalisme R Aux termes de l'alinéa 6 de l'article L.313-23, « *le titre dans lequel une des mentions indiquées ci-dessus [mentions obligatoires] fait défaut ne vaut pas comme acte de cession [...] au sens des articles L. 313-23 à L. 313-34* ». Le principe est ainsi posé : l'absence de l'une des mentions obligatoires entraîne l'inefficacité de l'acte de cession. La jurisprudence applique ce principe avec rigueur. Ainsi, il a été jugé que « *les bordereaux, à défaut d'être expressément dénommés "actes de cessions de créances professionnelles", ne valaient pas comme tels*⁵⁴¹ » et que ne pouvait valoir comme acte de cession le bordereau comportant la dénomination "*acte de cession de créance de loi Dailly*" et la mention qu'il est soumis

⁵³⁷ Ce qui permet l'affectation en garantie des créances futures.

⁵³⁸ Cass. com., 7 juin 2006, n°04-18.211, *RDBF*, 2006, comm. 187, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; Cass. com., 1^{er} févr. 2011, n°10-13.595, *RBBF*, mai 2011, n°98, obs. A.Cerles.

⁵³⁹ Cass. com., 21 sept. 2004, CRCAM Réunion c/ Payet; *RDBF*, janv.-févr. 2005, p.19, obs. Crédot et Gérard.

⁵⁴⁰ J. François, *Droit civil, t. 4, Les obligations, Régime général*, Economica, 2^e éd, 2011, note sous n°410.

⁵⁴¹ Cass. com., 8 nov. 1994, n°93-10332, *RTD com.* 1995, p. 455, obs. M. Cabrillac.

à la "loi du 2 janvier 1984"⁵⁴². Selon certains auteurs, comme la nullité du bordereau n'est pas une sanction expressément prévue, une cession par un bordereau irrégulier produirait les effets d'une cession ou d'un nantissement de créances de droit commun⁵⁴³.

557. Inclusion d'autres clauses R Les textes ne contiennent aucune restriction quant à l'insertion d'autres clauses dans un bordereau Dailly. Par ailleurs, l'article L.313-24, alinéa 2 permet aux parties d'écarter par convention la garantie du paiement des créances cédées par le cédant, ce qui montre que la loi admet la présence d'autres clauses dans le bordereau. Les parties peuvent ainsi compléter le bordereau (par exemple en incluant une clause régissant les conditions du retransfert des créances cédées au cédant après extinction de la sûreté) à leur convenance en respectant les mentions obligatoires susmentionnées.

558. Signature du bordereau R Le bordereau doit être signé par le cédant (art. L313-25, al.1). La signature peut être apposée sur le bordereau par le cédant ou par un mandataire du cédant. La loi ne précise pourtant pas quelle est la sanction du défaut de signature. Pour la doctrine, cette omission affecte la validité de l'acte entre les parties car la signature exprime le consentement du cédant⁵⁴⁴. Cette position a été confirmée par une cour d'appel⁵⁴⁵.

Par ailleurs, le défaut de pouvoir du signataire d'un bordereau de cession de créances Dailly est sanctionné par une inopposabilité qui ne peut être invoquée que par le cédant lui-même et non par le débiteur cédé⁵⁴⁶, étant précisé que l'unique conséquence de l'inopposabilité paraît être la suivante : le cessionnaire impayé est privé d'exercer son recours contre la société cédante prévue par l'article L. 313-24, alinéa 2, du code monétaire et financier selon le quel « *sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession [...] est garant solidaire du paiement des créances cédées [...]* »⁵⁴⁷.

⁵⁴² Cass. com., 11 juillet 2000, n° 97-22.452, D. 2000, act. jurispr. p. 339, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2000, p. 992, obs. M. Cabrillac.

⁵⁴³ D. Legeais, fasc. précitée, n°26 et J. Stoufflet, fasc. précitée, n°31.

⁵⁴⁴ F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 2001, 5^e éd., n°22 et n°763 ; D. Legeais, fasc. précitée, n°28.

⁵⁴⁵ CA Rennes, 25 mars 1999 : « *au regard de l'article 2 de la loi Dailly, l'absence de signature du cédant d'une créance professionnelle n'est pas une simple irrégularité susceptible de rendre la cession inopposable aux tiers mais bien l'inexécution d'une formalité substantielle permettant d'authentifier le titre et d'exprimer le consentement du cédant* ».

⁵⁴⁶ Cass. com., 21 sept. 2010, F-P+B, n° 09-11.707.

⁵⁴⁷ F. Julien, « Cession Dailly, actualité juridique », Support de cours (2013), Master Droit Bancaire & Financier, Université Paris 2 Panthéon Assas.

2. Datation du bordereau

559. Apposition de la date R La date est apposée par l'établissement de crédit (art. L. 313-25, alinéa 2) lors de sa remise (art. L313-27, al.1). Ainsi la date apposée sur le bordereau coïncide nécessairement avec celle de sa remise. Ceci permet d'éviter les risques de fraude par antidate ou postdate⁵⁴⁸. En présence de plusieurs dates, la date prise en compte est celle qui correspond à la date de la remise du bordereau⁵⁴⁹.

560. Rôle de la date du bordereau R La date est une mention essentielle du bordereau Dailly. D'abord parce que la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise (et donc non à la date où le cessionnaire a consenti à la cession), quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances (art. L313-27, al.1). Ainsi, c'est à compter de cette date, et tant que la sûreté subsiste, que le cessionnaire a la propriété de la créance cédée. Ensuite, une fois la date apposée, la créance cédée devient indisponible dans la mesure où le cédant n'a plus le droit de conclure des actes qui sont de nature à modifier l'étendue des droits attachés à la créance représentée par le bordereau sans le consentement du bénéficiaire du bordereau (art. L313-27, alinéa 2).

561. Absence de date R La loi n'attache aucune sanction expresse en cas de défaut de date. Appelée à se prononcer pour la première fois sur la question, la Cour de Cassation a énoncé qu'en l'absence de date, « *la cession n'avait pas pris effet entre les parties en application de la loi du 2 janvier 1981* » et que le bénéficiaire de la cession ne pouvait se fonder sur ce document pour demander paiement au débiteur cédé⁵⁵⁰. Plus tard, la Cour de Cassation a précisé que le bordereau n'était pas suffisamment daté par la notification par lettre recommandée ou l'acceptation de la cession par le débiteur cédé⁵⁵¹. Il en résulte que le cessionnaire devra restituer au cédant le paiement de la créance cédée s'il avait perçu celui-ci⁵⁵². La solution édictée pour les cessions à titre de paiement vaut également pour les cessions à titre de

⁵⁴⁸ M. Cabrillac, *RTD com*, 2003, p.784.

⁵⁴⁹ Lamy Droit des sûretés, étude 262, « Cession de créance à titre de garantie », n°262-29.

⁵⁵⁰ Cass. com., 7 mars 1995, n°93-12257, Bull. civ. 1995, IV, n°66 ; *RTD com*. 1995, p. 632, obs. M. Cabrillac.

⁵⁵¹ Cass. com., 14 juin 2000, n°96-22.634, Bull. civ. IV, n°121, *RTD com*. 2000, p. 992, obs. M. Cabrillac.

⁵⁵² Cass. com., 14 oct. 2008, n°07-18.660.

garantie⁵⁵³. Par ailleurs, la caution du cédant peut se prévaloir de l'inopposabilité aux tiers de la cession par un bordereau non daté⁵⁵⁴.

562. Preuve de la date R Aux termes de l'alinéa 4 de l'article L.313-27, « *en cas de contestation de date portée sur le bordereau, l'établissement de crédit rapporte, par tous moyens, l'exactitude de celle-ci* ». Ainsi, la contestation de la date du bordereau par un intéressé opère le transfert de la charge de la preuve au cessionnaire. La Cour de Cassation a rappelé qu'il appartient à la banque cessionnaire, lorsque la date figurant dans l'acte est contestée, de rapporter la preuve de son exactitude par tous moyens et que le fait que la date ne figure pas à l'emplacement désigné sur le bordereau est sans incidence sur la validité de l'acte puisqu'elle a été apposée par le cessionnaire⁵⁵⁵. Dans la mesure où la date ne figure pas parmi les mentions obligatoires du bordereau Dailly, exigées à peine de nullité à l'article L313-23, alinéa 3 du Code monétaire et financier, son appréciation est donc relativement large. Par ailleurs, il a été jugé par une cour d'appel que cette preuve peut être faite au moyen de présomptions⁵⁵⁶.

B. Conditions d'opposabilité

563. Problématique R La détermination de l'opposabilité de la cession de créances professionnelles à titre de garantie est importante, notamment dans l'exercice du droit au paiement du créancier garanti et dans la protection de celui-ci face à d'autres créanciers qui entrent en concours avec lui sur la créance cédée. Pour certains auteurs, par tiers, il faut entendre toutes les personnes qui ne sont pas parties à l'acte de cession ou n'ont pas la qualité de représentant des parties⁵⁵⁷. Par sa nature, la cession de créance est basée sur une relation tripartite entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur de la créance cédée. Ce dernier est un sujet passif de l'obligation de paiement. Or, si la loi précise l'opposabilité de la cession au tiers au sens général du terme (1), elle ne fournit pas d'indications utiles sur l'opposabilité de la cession au débiteur de la créance cédée (2).

⁵⁵³ Cass. com., 14 févr. 2006, n°04-14981.

⁵⁵⁴ Cass. com., 14 juin 2005, n°03-19646.

⁵⁵⁵ Cass. com., 3 juillet 2012, n°11-19-796.

⁵⁵⁶ CA Paris, 15^e ch. B, 16 nov. 1988, *D.* 1990, somm. p. 227, obs. Vasseur.

⁵⁵⁷ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés,...*, ouvrage précité, n°670.

1. Opposabilité aux tiers

564. Principe R Aux termes de l’alinéa premier de l’article L313-27, al.1 « *la cession [...] devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d’échéance ou d’exigibilité des créances, sans qu’il soit besoin d’autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs* ». Le principe est simple : la cession de créances professionnelles par bordereau est opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. Il n’est pas besoin de procéder à une mesure de publicité de l’acte de cession pour que ce dernier soit opposable aux tiers.

565. Loi applicable R La formule « *la cession [...] devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau [...], et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs* » paraît conférer à la loi française le statut de loi de police gouvernant les conditions d’opposabilité de la cession de créances professionnelles par bordereau aux tiers⁵⁵⁸. Pourtant, la réglementation française ne réunit pas les caractères d’une loi impérative⁵⁵⁹. On pourrait donc douter de l’opposabilité immédiate de la cession à un tiers étranger si la loi applicable à la créance cédée requiert des mesures particulières de publicité.

566. Critiques R L’opposabilité immédiate de la cession aux tiers à la date de l’acte permet d’éviter toute mesure de publicité et facilite la résolution des conflits sur la créance grevée. Mais cette solution est défavorable à ceux qui peuvent invoquer un droit concurrentiel sur la créance. En effet, un tiers étranger à la cession peut ignorer l’existence de la sûreté et donc conclure une transaction sur la créance avec un constituant de mauvaise foi. Certes, on peut avancer que ce tiers doit, avant de conclure son contrat, s’informer auprès du débiteur de la créance cédée pour vérifier la disponibilité de celle-ci, le débiteur de la créance cédée remplissant alors la fonction dévolue habituellement aux registres. Pourtant, la loi ne lui impose pas l’obligation de fournir des informations. Par ailleurs, même s’il répond de manière volontaire à la requête d’informations de ce tiers, en l’absence de notification de la cession, il lui est difficile, voire impossible, de fournir des informations exactes sur l’état de la créance dont il est débiteur.

⁵⁵⁸ J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Revue Banque édition, 4^e éd, 2009, n°62.

⁵⁵⁹ D. Legeais, fasc. précitée, n°4.

2. Opposabilité au débiteur cédé

567. Interrogations R Faut-il considérer le débiteur cédé comme un tiers à l'acte de cession ? Si c'est le cas, la cession lui sera opposable à la date apposée sur le bordereau conformément à l'article L.313-27, al.1. Les textes n'utilisent nulle part l'expression « *opposable au débiteur cédé* », ni aucune autre expression similaire. On pourrait le penser car l'article L.313-27, al.1 fait référence à *la loi du pays de résidence des débiteurs* lorsque celui-ci traite de l'opposabilité de la cession aux tiers. De plus, certains auteurs estiment qu'en mentionnant l'opposabilité aux tiers, le texte englobe le débiteur parmi les tiers⁵⁶⁰ tandis que d'autres sont plus réservés⁵⁶¹.

568. Objections R Cette conception devrait être écartée pour plusieurs raisons. D'abord, l'article L.313-28 prévoit que la notification a pour effet d'interdire au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains du cédant et qu'à partir de la notification, le débiteur cédé ne peut se libérer valablement qu'auprès du cessionnaire. Or, si le débiteur cédé peut se libérer valablement entre les mains du cédant en l'absence de notification, on peut en déduire que la cession ne lui est pas opposable dans une telle hypothèse. De plus, le débiteur cédé n'invoque pas, sauf en cas de confusion, un droit concurrent à l'encontre du cessionnaire. Enfin, on pourrait appliquer par analogie la solution récemment retenue pour le nantissement de créances de droit commun⁵⁶² ou pour le transfert de créances en fiducie à titre de garantie⁵⁶³.

569. CONCLUSION DU § II R Comme le bordereau Dailly permet une cession simplifiée de créances professionnelles, les exigences liées à son formalisme posées par la loi sont strictement interprétées par la jurisprudence. Il est pourtant regrettable que les textes restent flous sur les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur cédé et que le principe d'opposabilité immédiate de la cession soit défavorable aux tiers étrangers à celle-ci.

⁵⁶⁰ V. Lasbordes R de Virville, « La cession de créance à titre de garantie », *RDBF*, n°1, janvier 2009, dossier 3, n°16.

⁵⁶¹ D. Legeais, fasc. précitée, n°4.

⁵⁶² En effet, l'article 2362 du Code civil s'est inspiré de l'article L.313-28 du Code monétaire et financier (en mentionnant entre les mains de qui, du constituant ou du créancier nanti, le paiement de la créance nantie s'effectuera en fonction de la présence ou l'absence de la notification) tout en précisant que « *pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte* ».

⁵⁶³ Article 2018-2 : La cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie « *ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire* ».

570. CONCLUSION DE LA SECTION I R L'examen des règles de constitution de la cession de créances professionnelles à titre de garantie révèle que les formalités de constitution sont extrêmement simples. Cependant, certaines lacunes demeurent en ce qui concerne les sanctions en cas de non-respect du formalisme. Ceci est compréhensible parce que la cession Dailly à titre de garantie constitue la première sûreté fiduciaire sur les créances. Cette remarque vaut également sur le plan des effets de la sûreté dans la mesure où la loi n'en précise nullement le régime comme exposé dans l'analyse qui suit.

SECTION II : EFFETS

571. Panorama R La cession de créances professionnelles à titre de garantie emporte le transfert de la propriété au profit du banquier cessionnaire. Mais d'une part, supposons que la créance est née d'un contrat, l'obligation du cédant dans l'exécution de la prestation donnant lieu à la contrepartie de la créance persiste et d'autre part, le transfert de propriété n'est que provisoire, la créance cédée ayant vocation à retourner dans le patrimoine du cédant en cas de remboursement du crédit accordé. Par ailleurs, la cession ne saurait nuire au droit du débiteur cédé. Et enfin, il peut arriver que les tiers étrangers à la cession invoquent leur droit concurrent sur la créance cédée. La mise en œuvre de la sûreté doit être alors considérée en tenant compte des droits des parties concernées. En d'autres termes, il est nécessaire de distinguer plusieurs rapports : ceux du cédant avec le cessionnaire (§ I), ceux du cessionnaire avec le débiteur cédé (§ II) et enfin ceux du cessionnaire avec les tiers (§ III).

§ I - EFFETS ENTRE LES PARTIES À LA CESSION

572. Transfert provisoire de propriété R La cession de créances professionnelles à titre de garantie a pour effet de transférer la propriété des créances cédées à la banque cessionnaire (A). Il s'agit pourtant d'un transfert provisoire de propriété dans la mesure où le sort des créances cédées ou des fonds issus de leur paiement ne sera déterminé définitivement qu'au dénouement de la sûreté (B).

A. Transfert de la propriété de la créance cédée

573. Panorama R Le bénéficiaire d'une cession de créances professionnelles à titre de garantie deviendra titulaire des créances cédées pendant la durée de la sûreté. Il jouit de la propriété de ces créances et des sûretés consenties en garantie de celles-ci (1). Par ailleurs, en plus d'un recours contre le cédant au titre du crédit accordé, le cessionnaire a un recours contre celui-ci au titre de la cession en garantie car le cédant garantit le paiement effectif de la créance cédée par le débiteur cédé (2).

1. Remise en propriété des créances cédées

574. Nature du transfert R Aux termes de l'article L.313-24, alinéa premier du Code monétaire et financier « *même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». La créance cédée sort du patrimoine du cédant à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise et entre corrélativement dans le patrimoine du cessionnaire à cette date. À cet égard, le mécanisme de remise en propriété à titre de garantie peut être rapproché de celui prévu pour les garanties financières de l'article L.211-38, I, alinéa premier du Code monétaire et financier aux termes duquel « *à titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, [...], de créances* ».

575. Garanties financières sur créances R Les lois relatives aux opérations financières sur titres ont introduit des cessions spécifiques à titre de garantie (loi du 17 juin 1987 relative au prêt de titres, loi du 31 décembre 1993 relative aux opérations de pension sur titres et loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières) dont le régime est énoncé désormais par l'article L.211-38 du Code monétaire et financier suite à la transposition en droit français par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005 de la Directive n°2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière⁵⁶⁴. Ces garanties financières dont l'assiette est constituée de produits financiers (valeurs mobilières, titres, créances, etc.) sont les accessoires des obligations financières conclues entre les intervenants sur les marchés financiers⁵⁶⁵. Elles sont soumises à un

⁵⁶⁴ V. D. Ronine et S. Praïcheux, *Les garanties financières*, Joly Bourse, 2009.

⁵⁶⁵ V. A. Gaudemet, *Contribution à l'étude des dérivés*, thèse Paris II, 2008, Economica 2010, préface H. Synvet.

formalisme très réduit⁵⁶⁶. Le bénéficiaire de ces sûretés est à l'abri des procédures collectives (C. mon. et fin., art. L. 211-40).

La cession de créances à titre de garantie ainsi visée donne lieu à un transfert d'un droit de propriété absolu de la créance grevée au profit du créancier garanti. En effet, l'article L211-38, III du Code monétaire et financier dispose que « *l'acte prévoyant la constitution des sûretés [...] peut définir les conditions dans lesquelles le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents. Les sûretés concernées portent alors sur les biens ou droits équivalents ainsi restitués comme si elles avaient été constituées dès l'origine sur ces biens ou droits équivalents. Cet acte peut permettre au bénéficiaire de compenser sa dette de restitution des biens ou droits équivalents avec les obligations financières au titre desquelles les sûretés ont été constituées, lorsqu'elles sont devenues exigibles* ». En conséquence, le créancier garanti peut disposer de la créance grevée ou l'utiliser (en l'affectant en garantie par exemple) avant le terme de l'obligation financière garantie.

Un tel transfert de propriété juridique des actifs grevés est basé sur de la fongibilité attachée par le droit français à la monnaie, scripturale ou non. Il est bienvenu de permettre une restitution de la valeur grevée, sous forme d'équivalent monétaire, de la même façon qu'un consommateur, à qui un ami a prêté 500 euros en pièces de 2 euros, pourra rembourser ce prêt en reversant un montant de 500 euros, soit en billets de banque, soit par chèque, soit par virement bancaire, l'essentiel étant le désintéressement du prêteur initial.

La fongibilité de la monnaie permet aussi le jeu de la compensation entre l'obligation du créancier de restituer les valeurs monétaires transférées et l'obligation du débiteur, constituant initial de ladite sûreté (le constituant initial) de désintéresser son créancier garanti. Ce procédé est bien sûr très précieux en cas de procédures collectives de droit français.

La possibilité de pouvoir disposer d'une créance grevée est importante en pratique. En effet, en prenant pour hypothèse que la garantie financière a vocation à durer 5 ou 10 ans ; pendant cette durée, le créancier ainsi sécurisé peut trouver intérêt à dédier la créance affectée en garantie initialement à son profit par le constituant initial, à la

⁵⁶⁶ Leur opposabilité aux tiers suppose simplement la rédaction d'un écrit permettant l'identification des biens et droits en cause et attestant l'affectation en garantie.

garantie d'un financement que lui-même créancier garanti, demanderait de son côté, le tout sous réserve qu'à l'issue du délai de 5 ou 10 ans, cette créance ou sa valeur correspondante, soit restituée au constituant initial, dans le respect de ses droits.

Or, ce créancier garanti, une fois emprunteur au titre du financement qu'il aura sollicité et obtenu, pourra réaliser un investissement prospère et lucratif, qui lui permettra de dégager des revenus et profits, dont une partie permettra la restitution de la créance initialement grevée, ou d'une valeur monétaire équivalente, au constituant initial. Dans un tel cas de figure, on voit bien que la flexibilité offerte au créancier garanti est au service du développement des affaires (et donc de la société, de la collectivité via l'intervention de tiers, de sous-traitants, le paiement d'impôts, etc.). Par conséquent, la créance grevée doit être analysée un peu comme une nouvelle variété de « valeur mobilière » (que l'on pourrait dénommer plutôt « valeur mobilisable ») à savoir non pas une valeur mobilière au sens du droit des sociétés (celle reconnaissant une fraction du pouvoir dans une société à son titulaire, complété d'un droit à percevoir des dividendes) mais une valeur que l'on peut mobiliser pour les besoins de la mise en place d'autres opérations, pour autant toutefois que les droits du constituant initial soient préservés. Dans des opérations de longue durée excédant plusieurs années, il est possible de voir un créancier garanti « monétiser » l'actif grevé à son profit, ou en sûreté d'une opération qui lui profite directement, et qui profitera indirectement au constituant initial.

Certes, dans ce schéma le constituant initial prend le risque de crédit sur le créancier garanti notamment lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure collective. Mais on serait alors en présence d'une analyse de risque de crédit (c'est-à-dire de confiance) inversée.

576. Effets du transfert R Il ne fait aucun doute que l'article L.313-24, alinéa premier du Code monétaire et financier vise, dans l'esprit du législateur, le transfert d'un droit de propriété sur les créances au bénéficiaire. Cependant, ce transfert de propriété n'est que temporaire et la créance cédée devra être restituée au constituant en cas de remboursement du crédit. Par ailleurs, à la différence de la garantie financière, le créancier garanti ne peut pas disposer de la créance grevée avant que la défaillance du débiteur de l'obligation garantie ne soit constatée dans la mesure où cette faculté n'est pas consacrée par les textes. Le créancier garanti n'est pas un cessionnaire à titre de vente qui échapperait à cette obligation de restitution.

577. Transfert de la propriété des créances futures – Les articles du Code monétaire et financier ne traitent pas spécifiquement du moment de transfert de la propriété des créances futures. Or, un tel transfert de propriété ne peut avoir lieu tant que les créances n'existent pas. L'application par analogie de la solution prévue en cas de nantissement de créances du droit commun est envisageable. Selon l'article 2357 du Code civil « *lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci* », étant précisé que le droit sur la créance est un droit exclusif au paiement de la créance nantie. Dans le cas de la cession de créances professionnelles à titre de garantie, le transfert de la propriété des créances futures s'effectue de plein droit et sans formalité dès la naissance de celles-ci car la cession prend effet entre les parties à la date portée sur le bordereau lors de sa remise (art. L.313-27, al.1).

578. Transfert des sûretés et accessoires R Aux termes de l'article L.313-27, alinéa 3 « *la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité* ». Ce texte semble distinguer les accessoires des sûretés et garanties alors que les véritables sûretés garantissant le paiement de la créance cédée constituent les accessoires monétaires de la créance comme l'indique en matière de cession de créance de droit commun l'article 1692 du Code civil selon lequel « *la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* ». La jurisprudence a vocation à inclure aussi dans la catégorie des accessoires visées à l'article 1692, les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée et, notamment l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, qui en est l'accessoire⁵⁶⁷. En matière de cession de créances par bordereau, il a été jugé que « *la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé*⁵⁶⁸ ». Ainsi, la Cour de Cassation semble admettre que les clauses qui déterminent le régime des sûretés sont transmises. Cette position demeure toutefois discutable.

⁵⁶⁷ Cass. 2^e civ., 17 déc. 2009, n°09-12.612, *Banque*, 2010, n°722, p. 78, obs. Guillot et Boccara.

⁵⁶⁸ Cass.1^{re} civ., 5 janv. 1999, n° 96-20.202 *Defrénois* 1999, p. 752, obs. Ph. Delebecque ; *Rev. arbitrage* 2000, n°1, p. 87, note D. Cohen.

579. Transmissibilité du bordereau R Aux termes de l'article L.313-26 du Code monétaire et financier « *le bordereau n'est transmissible qu'à un autre établissement de crédit* ». Cette restriction pourrait être source de difficultés lorsqu'un prêteur, bénéficiaire de la cession de créances professionnelles à titre de garantie, souhaite sortir d'un financement syndiqué (ou non) et céder sa participation sur le marché car il doit trouver un cessionnaire ayant la qualité d'établissement de crédit à qui il pourra transmettre la sûreté. Cependant, il est possible pour un fonds commun de titrisation qui n'est pas un établissement de crédit de bénéficier de la transmission du bordereau de cession⁵⁶⁹.

2. Garantie solidaire du paiement par le débiteur cédé

580. Mécanisme R Le principe est posé à l'alinéa 2 de l'article L.313-24 selon lequel « *sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession [...] est garant solidaire du paiement des créances cédées* ». Le cédant garantit solidairement le paiement de la créance cédée mais cette garantie peut être exclue par convention. En sa qualité de garant solidaire du paiement des créances cédées, le cédant est tenu aux mêmes obligations que le débiteur cédé, sa garantie portant sur l'existence des créances et sur la solvabilité du débiteur cédé⁵⁷⁰. Il supporte le risque final de l'opération et doit assurer, à défaut d'exécution par le cédé, le paiement des créances cédées. La solidarité ainsi instituée permet au cessionnaire de poursuivre à son libre choix, soit le débiteur cédé, soit le cédant⁵⁷¹. La garantie est particulièrement intéressante en cas d'insolvabilité du débiteur cédé. Prenons pour hypothèse un crédit garanti de 200 et la créance cédée a une valeur nominale de 250. Le paiement effectif reçu du débiteur cédé par le cessionnaire n'est que de 100. Le cédant sera alors obligé de payer 100 au cessionnaire à titre de garantie solidaire du paiement par le débiteur cédé.

La garantie solidaire du paiement a une nature contractuelle. En conséquence, le cessionnaire peut assigner la caution en paiement de la créance cédée si cette caution

⁵⁶⁹ C.A Versailles, 13^e ch., 28 février 2013, n°12/06573, D. 2013, p. 829, obs. R. Dammann et G. Podeur.

⁵⁷⁰ Cass. com., 1^{er} fév. 2011, n° 09-73000 : « *la disparition ultérieure de la créance était sans effet sur la garantie donnée par le cédant* ».

⁵⁷¹ Cass. com., 26 nov. 2003, n°00-16.940.

a garanti toutes les dettes contractuelles du cédant : la caution du cédant est également tenue des mêmes obligations que le débiteur cédé⁵⁷².

581. Mise en œuvre de la garantie R En l'absence de notification, le cessionnaire peut « *exercer son recours contre les cautions de la société cédante, sans avoir à faire valoir auparavant ses droits contre les débiteurs cédés*⁵⁷³ ». La solution adoptée pour la caution devra naturellement s'étendre au recours contre le cédant. S'il a pris la peine de notifier la cession au débiteur cédé, le cessionnaire d'une créance professionnelle bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, sans avoir à justifier préalablement d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure mais il est tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement, à peine d'être débouté de sa demande⁵⁷⁴. Mais cette demande amiable n'est plus nécessaire si la convention souscrite entre le cessionnaire et le cédant stipule que ce dernier s'interdisait d'exiger de la banque l'accomplissement d'une formalité quelconque ou une intervention de quelque nature que ce soit auprès du débiteur cédé⁵⁷⁵. Il demeure une incertitude sur le point de savoir si la jurisprudence dispensera le cessionnaire de tout recours amiable contre le cédé en l'absence de clause l'en dispensant. Juridiquement, l'exigence d'une demande amiable préalable au débiteur cédé contredit le caractère solidaire de la garantie du cédant. En effet, selon l'article 1203 du code civil, « *le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir* ». Ainsi, la solidarité instituée par la loi exclut toute exigence de poursuite préalable contre le cédé, qui équivaldrait à un principe de discussion ; elle explique aussi l'inutilité de la mise en demeure R il n'y a aucune subsidiarité entre le cédant garant, et le débiteur cédé⁵⁷⁶.

Comme la sanction (excessive !) de défaut d'accomplissement de cette formalité est la perte par le cessionnaire de sa garantie, l'établissement de crédit aura tout intérêt à

⁵⁷² Cass. com., 22 janv. 2002, n° 98-10.805, *D.* 2002, p. 954, note V. Avena-Robardet; *Banque et droit*, 2002, n°83, p. 50, obs. Th Bonneau., *RTD com.* 2002, p. 357, obs. M. Cabrillac.

⁵⁷³ Cass. com., 11 déc. 2001, n°98-18.580, *Act.proc. coll.* 2002, n°40, obs. D. Legeais.

⁵⁷⁴ Cass. com., 18 sept. 2007, n°06-13.736, *Banque et Droit* 2008, n°117, p. 23, obs. Th.Bonneau ; *RDBF* 2007, n°6, p.52, obs. A.Cerles ; *RDBF*, 2007, n°6, p. 44 et s., obs. F.-J. Crédot et Th.Samin ; *D.* 2007, p. 2532, obs. X.Delpech.

⁵⁷⁵ Cass. com., 5 juin 2012, n°11-18.210 ; *D.* 2012 p.1860, note A. Landais.

⁵⁷⁶ F. Julien, « Cession Dailly, actualité juridique », Support de cours (2013), Master Droit Bancaire & Financier, Université Paris 2 Panthéon Assas.

stipuler dans l'acte de cession qu'il ne sera tenu d'aucune formalité à l'égard du débiteur cédé préalablement à la mise en jeu de la garantie du cédant.

582. Procédures collectives du débiteur cédé R Le cédant peut-il croire que le recours dont dispose le cessionnaire d'une créance professionnelle à l'encontre du cédant ne peut plus s'exercer en cas de défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur cédé ? Ce raisonnement est rejeté par les hauts magistrats au motif que *« lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis-à-vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé⁵⁷⁷ »*. Le cessionnaire a la faculté de poursuivre soit le débiteur cédé, soit le cédant. Ce dernier doit donc subir les aléas liés à la procédure collective du débiteur cédé. Par ailleurs, comme le cessionnaire a seul la qualité pour déclarer celle-ci à la procédure collective du débiteur cédé⁵⁷⁸, le cédant doit être vigilant en faisant attention au sort du débiteur cédé et en demandant au cessionnaire de procéder à la déclaration de ses créances le cas échéant.

583. Garantie de l'existence de la créance cédée R L'article 1693 du Code civil énonce que *« celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie »*. Le cédant ne garantit alors que l'existence de la créance au jour de la cession. En matière de cession Dailly, la Cour de Cassation a eu l'occasion de juger que la garantie, à laquelle le cédant est tenu lors du paiement en application de l'alinéa 2 de l'article L.313-24, porte non seulement sur la solvabilité du débiteur cédé mais également sur l'existence de la créance cédée à la date d'exigibilité du paiement de la créance⁵⁷⁹. La disparition rétroactive de la créance ne frappe pas de nullité le bordereau de cession, mais tend à faire jouer la garantie du cédant. En pratique, les cas d'inexistence demeurent très rares.

B. Dénouement de la sûreté

584. Droit à restitution R Le transfert de la propriété de la créance cédée n'est que provisoire. Il est étroitement lié au sort de l'obligation principale garantie. En

⁵⁷⁷ Cass. com., 20 octobre 2009, n°08-18233.

⁵⁷⁸ Cass. com., 1^{er} mars 2005, n°03-15862 : *Gaz. Pal.* 2005, 4, doct. p. 2296, obs. R. Bonhomme.

⁵⁷⁹ Cass. com., 1^{er} févr. 2011, n°09-73.000, *RDBF*, n°4, juillet 2011, comm. 125, obs. F. J. Crédot et Th. Samin.

effet, un tel transfert sera définitif lorsque le crédit garanti reste impayé à son échéance (1). Dans le cas contraire, il y aura lieu un retour automatique de la créance affectée en garantie au cédant (2).

1. Défaut de paiement du crédit garanti à l'échéance

585. Affectation du montant de la créance cédée R Si le crédit garanti n'est pas remboursé à sa date d'exigibilité, le montant encaissé de la créance cédée s'impute sur ce crédit impayé. Le surplus éventuel devra être restitué au cédant, à ses ayants droit ou aux organes de procédures en cas de procédures collectives⁵⁸⁰. Si la créance cédée ne vient pas encore à échéance, le cessionnaire devra attendre passivement cette maturité. Mais ainsi qu'exposé précédemment, le cédant garantit en principe le paiement effectif par le débiteur cédé.

586. Nullités de la période suspecte R En principe, si la cession de créances professionnelles est faite en période suspecte pour garantir un crédit à venir, elle sera valable. Par contre, si cette cession est consentie en garantie d'un crédit déjà consenti, elle serait exposée à la nullité visée à l'article L.632-1-I-6° du Code de commerce en tant que sûreté constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées⁵⁸¹. La Cour de Cassation a écarté ce cas de nullité au motif qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur⁵⁸². Par contre, les juges suprêmes ont reconnu l'effet de la nullité facultative prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 632-2 du Code de Commerce lorsque le cessionnaire a eu connaissance de la cessation des paiements du cédant⁵⁸³.

587. Incidence d'une procédure collective du cédant R Si l'établissement bénéficiaire de la cession de créances professionnelles n'a pas à craindre la procédure collective du débiteur cédé du fait de la garantie solidaire du paiement due par le cédant, quel sera son sort en procédure collective de ce dernier ? Dans la mesure où, selon l'article L.313-27, al.1 du Code monétaire et financier, la cession devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, peut-on considérer qu'elle est opposable aux organes de procédure si une procédure collective est ouverte à l'encontre du cédant après cette date ?

⁵⁸⁰ J. Stoufflet, fasc. précité, n°56.

⁵⁸¹ P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés,...*, ouvrage précité, note sous n°671.

⁵⁸² Cass. com., 28 mai 1996, n°94-10361, D. 1996, inf. rap. p. 161 ; *RTD com.* 1996, p.508, obs. M. Cabrillac. Dans le même sens, CA Toulouse, 2^e ch., 2^e sect., 6 juin 1996, Sté Bordelaise de CIC c/ Capella.

⁵⁸³ Cass. com., 22 nov. 2011, n°10-25.283.

Dans son premier arrêt de principe, la Cour de Cassation a affirmé le 26 avril 2000 que « *le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement*⁵⁸⁴ ». Les juges suprêmes considéraient donc que les créances naissent au fur et à mesure de l'exécution d'un contrat à exécution successive et que l'ouverture de la procédure collective empêche le transfert de propriété de ces créances au profit du cessionnaire. Sur le premier point, si la solution ne serait valable que s'il agit d'un contrat à durée indéterminée, auquel cas l'indétermination de cette durée rend incertaine la naissance de l'intégralité des créances périodiques, elle n'est pas satisfaisante en présence d'un contrat à durée déterminée. Dans ce cas, les créances naissent au jour de sa conclusion, le caractère successif du contrat n'affectant que l'exigibilité de la créance et non sa naissance⁵⁸⁵. Sur le second point, il est légitime de s'interroger car « *si le cédant s'est dépouillé valablement de sa créance, on ne voit pas pourquoi l'ouverture d'une procédure collective à son encontre autoriserait de remettre en question la réalité et l'efficacité des droits du cessionnaire contre le débiteur cédé le jour où la créance viendrait à exister*⁵⁸⁶ ». En effet, comme le transfert de propriété de la créance cédée est immédiat au jour de la date portée sur le bordereau et que la créance cédée est en principe censée naître, en cas d'un contrat à durée déterminée, au jour de la conclusion du contrat principal, le transfert de propriété a eu lieu avant la date du jugement. En conséquence, la procédure collective ne peut pas faire obstacle au droit exclusif au paiement du cessionnaire.

La Cour de Cassation a changé de position dans un arrêt rendu le 22 novembre 2002 à propos des effets d'une saisie-attribution de créances à exécution successive. Selon elle, « *la saisie-attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement*⁵⁸⁷ ». Est reconnu donc l'effet attributif d'une saisie pratiquée avant la procédure collective par rapport aux loyers échus postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective. Or,

⁵⁸⁴ Cass.com., 26 avril 2000, n°97-10415 ; *JCP E*, 2000, p.1134, note D. Legeais, *RTD com.* 2000. 994, obs. M.Cabrillac.

⁵⁸⁵ J. François, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, ... ouvrage précité, n°415.

⁵⁸⁶ Ch. Larroumet, « Cession de créance et procédure collective du cédant », *D.* 2000, p.717.

⁵⁸⁷ Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, n°99-13935, *D.* 2003. 445, note. Ch. Larroumet.

dans la mesure où les situations du créancier saisissant et du cessionnaire Dailly sont presque les mêmes, la solution paraît transposable à la cession Dailly.

L'arrêt du 7 décembre 2004 marque une évolution jurisprudentielle significative. En l'espèce, une société avait cédé à sa banque sa créance au titre d'une commande passée antérieurement au jugement d'ouverture par un client. La créance cédée trouvait naissance dans la fabrication postérieure au jugement d'ouverture du redressement judiciaire du cédant. Après avoir reçu notification de la cession, le débiteur a quand même réglé le solde de la facture au cédant en redressement judiciaire. La Cour de Cassation a invalidé ce paiement. Elle nous renseigne qu'il résulte des articles L. 313-23, L. 313-24 et L. 313-27 du Code monétaire et financier que, 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 date⁵⁸⁸.

La solution dégagée par l'arrêt du 7 décembre 2004 a été ensuite confirmée par un arrêt postérieur du 22 novembre 2005 de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation. Celle-ci a en effet jugé que « *lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, qu'elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau et que, étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date* ». Pourtant, cet arrêt concerne les créances nées d'un contrat de travaux mais exécuté avant l'ouverture de la procédure collective. Toute certitude sur l'applicabilité de cette jurisprudence aux véritables contrats à exécution successive paraît donc exclue⁵⁸⁹.

La Cour d'Appel de Versailles, sur renvoi de la Cour de Cassation⁵⁹⁰, a rendu le 28 février 2013 un arrêt important dans l'affaire « Cœur Défense »⁵⁹¹ qui confirme la solidité de la cession Dailly en cas de procédure collective ouverte à l'égard du constituant. En l'espèce, en juillet 2007, l'immeuble « Cœur Défense » a été acquis par une société par actions simplifiée de droit français, *Heart of la Défense* (la société Hold). L'acquisition a été financée par deux prêts dont un prêt de 1,6 milliard d'euros

⁵⁸⁸ Cass.com, 7 décembre 2004, n°02-20732, *RTD com.* 2005. 155, obs. M. Cabrillac.

⁵⁸⁹ J-L. Guillot, « La cession Dailly et l'affaire "Cœur Défense" », *Banque et Droit*, hors-série, décembre 2010.

⁵⁹⁰ Cass. com., 8 mars 2011, n°10-13.988, *D.*, 2011, p.743, obs. A. Lienhard.

⁵⁹¹ C.A Versailles, 13^e ch., 28 février 2013, n°12/06573, *D.* 2013, p.829, obs. R. Dammann et G. Podeur.

(le prêt) qui a été titrisé aussitôt que souscrit via un fonds commun de créances devenu un fonds commun de titrisation (FCT)⁵⁹², lequel a financé l'acquisition de la créance de prêt en émettant des obligations. Le prêt a été garanti notamment par une cession Dailly de créances de loyers présents et futurs de la société Hold. À la suite des soubresauts liés à la montée en puissance de la crise des *subprimes*, la société Hold parvint à obtenir son placement sous sauvegarde par un jugement du tribunal de commerce de Paris du 3 novembre 2008⁵⁹³. Cette sauvegarde est toujours active, en particulier du fait de l'arrêt rendu le 19 janvier 2012 par la Cour d'Appel de Versailles⁵⁹⁴. Immédiatement après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, le FCT R bénéficiaire de la cession Dailly par l'effet de la titrisation R a notifié celle-ci à l'ensemble des locataires de l'immeuble. Le constituant avait contesté l'efficacité de la cession Dailly en procédure collective en avançant principalement qu'une cession de créances issues d'un contrat à exécution successive ne pouvait poursuivre ses effets après l'ouverture d'une procédure collective.

Selon les magistrats versaillais, « *par le seul effet de la signature et de la remise du bordereau de cession de créances professionnelles [...], les créances de loyers même à échoir résultant de baux déjà consentis et celles résultant de baux à conclure [...] ont été cédées au FCT (le cessionnaire) et sont donc sorties du patrimoine de la société Hold (le cédant)* ». La mise en oeuvre par le FCT, après ouverture de la procédure collective, de la faculté appartenant à tout moment au cessionnaire de notifier aux débiteurs cédés l'interdiction de payer entre les mains du cédant Hold, ne constitue donc pas une mesure d'exécution ou la réalisation d'une sûreté prohibée par les articles L 622-21 et L 622-30 du Code de commerce, mais seulement une mesure d'information des débiteurs cédés les empêchant pour l'avenir de se libérer par un paiement au cédant. Cette notification ne contrevient pas à l'interdiction de paiement des créances antérieures pesant sur le débiteur, puisque les paiements en cause sont ceux des locataires du débiteur, s'acquittant de leurs obligations envers le FCT, devenu titulaire des créances de loyers avant ouverture de la procédure de sauvegarde, par le seul effet de la signature et remise des bordereaux de cession.

⁵⁹² Par l'application de n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive n°2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créances)

⁵⁹³ T. com. Paris, 3 novembre 2008, aff. n°2008077996.

⁵⁹⁴ CA Versailles, 13^e ch., 19 janvier 2012, n°11/03519, *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°285, 23 février 2012, obs. A. Bordenave.

La notification aux débiteurs cédés ne constitue pas une résiliation d'un contrat en cours, en l'espèce le mandat de recouvrement confié à Hold, cédant ; le mandat de recouvrement constitue l'une des stipulations de la convention cadre de cession Dailly constitutive, elle, d'un contrat en cours en procédure de sauvegarde. Ce contrat en cours n'a pas été résilié mais a continué à s'exécuter conformément à ses dispositions, dont la faculté de notification de la cession aux débiteurs cédés, notification qui n'a mis fin ni au contrat cadre, ni au mandat de recouvrement, mais simplement à la partie encaissement de ce mandat, conformément aux stipulations contractuelles.

En conséquence, le « *paiement [des créances de loyers] n'a pas pu être affectée par l'ouverture ultérieure de la procédure collective de la société Hold [...]. Et l'antériorité ou la postériorité, au regard de la date du jugement d'ouverture, de la conclusion des baux faisant naître les créances de loyers cédées ou de l'échéance des loyers est également sans conséquence sur la cession intervenue* ».

Spécifiquement, en matière de cession de créances de marchés publics, la Cour Administrative d'Appel de Marseille a retenu la responsabilité de l'État à raison de la faute commise par le trésorier municipal d'Aix en Provence pour avoir réglé les créances d'une société titulaire d'un marché public au liquidateur de ladite société alors que, sur la base de la notification effectuée, elles auraient dû l'être au cessionnaire de ces créances, la Société Marseillaise de Crédits⁵⁹⁵.

2. Retransfert de la créance cédée

588. Principe de retransfert R Les textes ne précisent pas les conditions de dénouement de la sûreté en cas de remboursement du crédit garanti. En principe, comme le transfert de la propriété n'est pas définitif lorsque la cession de créances est réalisée à titre de garantie, une rétrocession de la créance cédée s'impose si le crédit est remboursé avant le paiement de la créance cédée. Il a été jugé 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 consentie*⁵⁹⁶ ». La rétrocession

⁵⁹⁵ CAA Marseille, 24 mars 2011, n°09MA00350.

⁵⁹⁶ Cass.com., 22, nov, 2005, n°03-15669; D. 2005, act. jurispr. p. 3081, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2006, p. 169, obs. D. Legeais ; *Deffrénois* 2006, p. 601, note E. Savaux ; *RDBF*, 2006, n° 16, obs. A. Cerles ; *Banque et Droit* mars-avr. 2006, p.

est de l'essence de la propriété fiduciaire⁵⁹⁷. La première hypothèse de restitution de la créance au cédant est l'extinction du crédit garanti pour quelque cause que ce soit (paiement, prescription, etc.). Mais la garantie peut aussi prendre fin lorsque son bénéficiaire y renonce. Dans l'une ou l'autre hypothèse, le cédant peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière⁵⁹⁸.

589. Restitution des sommes encaissées ¶ La rétrocession automatique de la créance cédée à titre de garantie est une conséquence évidente de la fin de la sûreté. Si, au jour où le cédant exerce son droit à restitution, la créance cédée ne vient pas encore à son échéance, ou si, quoique exigible, le débiteur cédé n'en a pas effectué le paiement, la créance demeure en sa pleine individualité, la restitution ne pose aucun problème. Si, par contre, la date d'échéance de la créance cédée est antérieure et que les fonds en cause ont été encaissés par le banquier cessionnaire avant la demande de restitution, la restitution de la créance en tant que lien de droit entre un créancier et un débiteur en elle-même n'est pas concevable, car disparu en tant que rapport juridique. Il y aura lieu alors une restitution en valeur, d'un montant équivalent à celle-ci⁵⁹⁹. La remise en valeur a été admise à propos de l'annulation d'une cession d'actions car ces actions ayant été entretemps revendues à un tiers,⁶⁰⁰ il n'était plus possible de les restituer au vendeur initial. La Cour de Cassation a implicitement retenu cette approche en approuvant les juges d'appel qui avaient condamné la banque à la restitution à l'administrateur judiciaire (donc au cédant), déduction faite du montant du solde débiteur, les sommes correspondant aux créances cédées⁶⁰¹.

590. Compte courant ¶ Les créances professionnelles cédées à titre de garantie, lorsqu'elles sont portées au crédit d'un compte courant, sont éteintes par la novation qui s'attache à leur inscription en compte, en devenant de simples articles de celui-ci même si certaines des créances garanties subsistent⁶⁰². La banque n'est pas en droit de refuser la restitution du solde créditeur du compte courant. Les banques cessionnaires

67, obs. Th. Bonneau. - I. Tchotourian, « La cession à titre de garantie, entre cession et garantie fiduciaire : le "transfert de propriété" des créances n'est que provisoire », *RJDA* 4/06, p.331.

⁵⁹⁷ D. Legeais, *J.-Cl. Commercial*, « Cession et nantissement de créances professionnelles ¶ Effets de la cession Dailly », fasc. 359, n°14.

⁵⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 04-18.372, *RTD com.*2008, p.162, note D. Legeais.

⁵⁹⁹ X. Delpech, « Restitution des créances cédées à titre de garantie inscrites en compte courant », *D.* 2006, p.2028.

⁶⁰⁰ Cass.com., 14 juin 2005, *D.* 2005, *AJ*, p.1775, obs. A. Lienhard.

⁶⁰¹ Cass.com., 4 juillet 2006, n°05-11688, *D.* 2006 p. 2028, obs. X. Delpech; *Banque et Droit*, p.25, obs. Th. Bonneau.

⁶⁰² *Ibid.*

auront alors intérêt à inscrire les sommes encaissées dans un compte indisponible ouvert à leur propre nom, pour être protégées efficacement.

591. CONCLUSION DU § I R S'ils sont assez complets sur le principe de transfert de propriété de la créance cédée et sur la garantie due par le cédant du paiement de la créance cédée, les textes ne donnent pas d'indications utiles sur les hypothèses de dénouement de la sûreté. On peut saluer les efforts de la Cour de Cassation dans l'instauration de règles régissant cet aspect. Par ailleurs, la reconnaissance de l'efficacité de la cession Dailly en cas de procédure collective du cédant contribue à renforcer l'efficacité de cette sûreté.

§ II - EFFETS À L'ÉGARD DU DÉBITEUR CÉDÉ

592. Information du débiteur cédé R Bien qu'étranger à la cession, le débiteur cédé n'est pas pleinement un tiers étranger à la cession (« *penitus extranei* ») car il est simplement un sujet passif qui devra effectuer le paiement de la créance cédée le jour de son échéance. Il est légitime qu'il sache entre les mains de qui, du cédant qui est le créancier initial ou du cessionnaire qui a acquis la qualité de propriétaire de la créance, il payera. L'*accipiens* du produit de la créance cédée dépend de la notification (A). Lorsqu'il lui est adressé une demande de paiement, le débiteur cédé peut invoquer certains moyens de défense (B).

A. Paiement de la créance cédée

593. Faculté de notification R Selon l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier, le cessionnaire peut à tout moment interdire au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains du cédant en lui notifiant la cession. À compter de cette notification, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès du cessionnaire. Cet article renvoie au pouvoir réglementaire en ce qui concerne la forme de la notification. Aux termes de l'article R. 313-15 du Code monétaire et financier, la notification peut être faite par tout moyen (par lettre recommandée avec accusé de réception, télécopie, support électronique etc.) à condition de tenir compte des règles de preuve dans la mesure où en cas de litige, il appartient en effet à l'établissement de crédit qui a notifié de rapporter la preuve de la connaissance par le débiteur de la notification, conformément aux règles de preuve applicables au débiteur de la créance cédée (C. monét. fin., art. R. 313-18). De plus, la notification doit comporter certaines mentions

que sont le nom du cédant, la désignation de la créance cédée, le mode de règlement et l'indication de la personne à l'ordre de laquelle ce règlement doit être effectué⁶⁰³. La Cour de Cassation n'exige pas toutefois la preuve d'une notification qui reprendrait exactement les mentions prescrites et se contente de la preuve de la prise de connaissance par le débiteur cédé d'une interdiction de payer le cédant⁶⁰⁴. Par ailleurs, la notification ne peut intervenir que lorsque l'établissement de crédit est devenu titulaire de la créance cédée, c'est-à-dire à compter de la date apposée sur le bordereau⁶⁰⁵. Enfin, la notification peut avoir lieu postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant, puisque cette notification n'est pas constitutive de la réalisation d'une sûreté mais une « *mesure d'information des débiteurs cédés les empêchant, pour l'avenir, de se libérer valablement par un paiement entre les mains du cédant* »⁶⁰⁶.

Bien qu'elle soit facultative, la notification consolide les droits du bénéficiaire de la cession de créances à titre de garantie (2). En son absence, le débiteur de la créance cédée se libère valablement en payant entre les mains du cédant (1).

1. Pouvoir d'encaissement du cédant en l'absence de notification

594. Mandat d'encaissement R L'article L.313-28 du Code monétaire et financier prévoit que le cessionnaire peut interdire au débiteur de la créance cédée de payer la créance au cédant en lui notifiant la cession par bordereau. Ceci suppose *a contrario* qu'à défaut de notification, le cédant peut toujours recevoir le paiement de la créance cédée lorsque celle-ci est échue. Dans la mesure où la cession n'a pas été notifiée au débiteur cédé, le cédant passe toujours à ses yeux pour être son créancier. Mais comme il perd sa qualité de créancier à partir de la date portée sur le bordereau, le cédant recouvre le paiement en tant que mandataire du cessionnaire⁶⁰⁷. Ce mandat d'encaissement peut être expresse lorsqu'il résulte du contrat-cadre conclu entre les parties⁶⁰⁸ mais également tacite⁶⁰⁹ si un tel mandat résulte implicitement de l'absence

⁶⁰³ Cf. art. R.313-15 et suivants du Code monétaire et financier.

⁶⁰⁴ Note K. Rodriguez sous Cass., Com, 21 septembre 2010, *JCP E*, n° 50, 16 décembre 2010, 2099.

⁶⁰⁵ Cass. com., 8 février 2000, *RTD com.* 2000. p.425, obs. M. Cabrillac.

⁶⁰⁶ CA Versailles, 13^e ch., 28 février 2013, n°12/06573, *D.* 2013, p. 829, obs. R. Dammann et G. Podeur.

⁶⁰⁷ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*,..., ouvrage précité, n°770 ; J.-P. Dumas et M. Cohen-Branche, « Cession et nantissement de créances professionnelles », *Rép. Dalloz, Dr. Commercial*, n°35 ; François J., *Droit civil, t. 4, Les obligations*,...ouvrage précité, n°421 ; Cass. com., 4 janvier 2005, n°03-11980, *RTD com.* 2005, obs. M. Cabrillac.

⁶⁰⁸ Très souvent, un tel mandat d'encaissement comprend également l'obligation du constituant à adresser au débiteur cédé les factures et/ou documents correspondants aux créances cédées.

⁶⁰⁹ *A contrario*, on peut penser que le pouvoir d'encaissement du cédant est tacite.

de notification⁶¹⁰. Il est révoqué de plein droit lorsque le cessionnaire choisit de notifier la cession au débiteur cédé. Le simple fait que le débiteur cédé prenne connaissance de la cession ne signifie pas que le mandat d'encaissement est révoqué et que le débiteur cédé devra payer entre les mains du cessionnaire⁶¹¹.

595. En pratique ¶ Très souvent, les cessions à titre de garantie ne sont pas notifiées. Les raisons sont multiples. Le cédant peut ne pas souhaiter que ses clients prennent connaissance de l'existence de la cession. De plus, la notification donne lieu à des frais et dans certains cas, il n'est pas possible de contacter tous les débiteurs cédés⁶¹². En outre, les banques peuvent ne pas souhaiter procéder au recouvrement des multiples créances représentées par le bordereau Dailly.

596. Procédure collective du cédant ¶ Si le cédant qui a encaissé le paiement des créances cédées fait l'objet d'une procédure collective, le cessionnaire a très peu de chance de recouvrer les montants perçus en raison de la fongibilité de la monnaie. Il devra alors déclarer sa propre créance auprès des organes de procédure collective⁶¹³. C'est un grand inconvénient de l'absence de notification. Pour être protégé, si la notification n'a pas été faite, le cessionnaire devra y procéder lorsqu'il lui semble que le cédant connaît des difficultés financières pour éviter le risque de non-restitution des fonds perçus par celui-ci. Les parties peuvent prévoir l'ouverture d'un compte indisponible destiné à recevoir les fonds du débiteur cédé. La réalité est plus complexe. En effet, très souvent, la notification est subordonnée à l'existence d'un « événement de défaut » du cédant emprunteur, au titre de documents de financement. Dans un souci d'opportunité, la banque ne souhaite pas révéler ce cas de défaut aux tiers et s'abstient très souvent de notifier la cession Dailly.

597. Conflit entre le cessionnaire et le banquier récepteur des fonds provenant de l'encaissement de la créance cédée ¶ Si le cédant, en qualité de mandataire du cessionnaire, dirige le paiement par le débiteur cédé vers un compte ouvert auprès d'une banque autre que l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession ou si le débiteur cédé a de son propre chef fait parvenir son règlement par virement par exemple à cette banque, le cessionnaire peut-il réclamer personnellement et

⁶¹⁰ Lamy Droit des sûretés, étude précitée, n°262-40.

⁶¹¹ Cass. com., 7 janvier 1997, n°95-12949, *RTD com.* 1997. 300, obs M. Cabrillac.

⁶¹² Si les créances futures sont cédées, il n'est possible de procéder à la notification qu'à partir de la naissance de ces créances.

⁶¹³ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés,...*, ouvrage précité, n°671.

directement la restitution des fonds perçus au banquier récepteur ? En se fondant sur l'alinéa 1 de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier selon lequel la cession, qui transfère au cessionnaire la propriété de la créance professionnelle cédée, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau, la Cour de Cassation a estimé que le virement opéré par l'organisme récepteur sur le compte courant du débiteur a été effectué au préjudice de la banque cessionnaire qui, n'ayant pas reçu paiement de la créance cédée à son profit, était dès lors fondée à le réclamer⁶¹⁴. Cette position a été largement critiquée par la doctrine dans la mesure où les tiers auxquels la cession est opposable à la date portée sur le bordereau sont ceux qui prétendent invoquer un droit concurrent sur la créance cédée et n'incluent pas le banquier récepteur qui ne conteste pas le droit du cessionnaire sur la créance. Sous couvert d'opposabilité de la cession au banquier récepteur, certains auteurs considèrent que les juges suprêmes consacraient au profit du banquier cessionnaire un véritable droit de suite sur les fonds sortis du patrimoine du débiteur cédé tandis que, compte tenu de la fongibilité de la monnaie, une créance monétaire n'offre pas une telle prérogative⁶¹⁵. La Cour de Cassation a effectué ensuite un revirement significatif en rejetant l'action du cessionnaire sur le fondement des articles 1937 et 1993 du Code civil respectivement relatifs au dépôt et au mandat : comme la banque réceptionnaire n'a reçu le paiement qu'au nom et que pour le compte de son client qui en était destinataire, seul ce client est tenu à restitution⁶¹⁶.

2. Effets de la notification

598. Charge de recouvrement R Lorsque la cession a été notifiée au débiteur cédé, le mandat d'encaissement prend fin et le cessionnaire a la charge de recouvrer le produit de la créance cédée. À partir de la date de la notification, le paiement par le débiteur cédé ne sera libératoire qu'entre les mains du cessionnaire (C. monét. fin., art. R. 313-28). Pour recevoir paiement, le cessionnaire doit être en mesure de produire le bordereau de cession de créances professionnelles. En effet, en cas de

⁶¹⁴ Cass. com., n°85-15612, 28 octobre 1986, *D.* 1986. 592, note M. Vasseur, *JCP*. 1987. II. 20735, note J. Stoufflet, *RTD com.* 1987. 89, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

⁶¹⁵ François J., *Droit civil, t. 4, Les obligations*, ... ouvrage précité, n°423.

⁶¹⁶ Cass. com., 4 juillet 1995, n°93-12977, *D.* 1995, 489, note D. R Martin et H. Synvet ; *JCP G* 1995, II, 22553, note D. Legeais ; *JCP E* 1995, II, 738, note J. Stoufflet ; *RDBB* 1995, p.143, obs. Crédot et Gérard ; *Banque sept.* 1995, p.91, obs. Guillot ; *RTD com.* 1995, p. 822, obs. M. Cabrillac. - Cass. com., 30 janv. 2001, n°19 FSP : *RDBF*, 2001, p.76, obs. Crédot et Gérard - Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-10.612 ; *RTD com.* 2010, p. 772, obs. D. Legeais.

non-production du bordereau, fût-elle justifiée par une impossibilité matérielle, la cession est inopposable au débiteur cédé⁶¹⁷.

599. Qui paie mal paie deux fois R Après la notification, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession de créances à titre de garantie (C. monét. fin., art. L. 313-28). Si, malgré la notification, le débiteur paie le cédant, il devra quand même payer le cessionnaire. Dans ce cas, il pourra obtenir du cédant la restitution du paiement effectué si les conditions de l'action en répétition de l'indu sont réunies.

600. Poursuites contre le débiteur cédé R Comme la cession opère transfert de propriété au profit de l'établissement cessionnaire, la question qui se pose est de savoir qui aura qualité pour exercer des poursuites contre le débiteur cédé. La Cour de Cassation a eu l'occasion de juger qu'après la notification, cette qualité est réservée seulement au cessionnaire⁶¹⁸. Pourrait-on penser qu'en l'absence de notification, seul le cédant a qualité pour agir ? Cette analyse devrait être nuancée dans la mesure où le cessionnaire jouit de la propriété de la créance cédée et que la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des droits attachés à la créance y compris le droit de poursuivre le débiteur cédé⁶¹⁹. Une solution équilibrée serait que le cédant et le cessionnaire puissent agir conjointement contre le débiteur cédé.

La notification a aussi d'autres effets liés notamment avec la faculté du débiteur cédé d'invoquer certaines exceptions comme exposé dans l'analyse qui suit.

B. Invocation des exceptions par le débiteur cédé

601. Panorama R L'acceptation de la cession par le débiteur cédé affecte directement le régime des exceptions que le débiteur cédé peut songer à opposer au cessionnaire. À cet égard, la cession apparaît particulièrement protectrice du cessionnaire en présence d'un tel acte d'acceptation (1). En son absence, la cession est plus favorable au débiteur cédé (2).

⁶¹⁷ Cass. com., 25 février 2003, n°00-22117.

⁶¹⁸ Cass. com., 8 janvier 1991, n°89-13711 *RJ com.* 1993, p.190, note D. Fenouillet.

⁶¹⁹ V. *supra.* n°578.

1. Acceptation de la cession de créances professionnelles par le débiteur cédé

602. Principe R Aux termes de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier, « sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s'engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé : "Acte d'acceptation de la cession [...] d'une créance professionnelle". Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant [...] la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ». Ainsi, le cessionnaire peut demander au débiteur de la créance cédée d'accepter la cession. Si le débiteur cédé accepte la cession, il s'engage non seulement à payer directement le cessionnaire mais aussi à ne pas lui opposer d'exceptions qu'il aurait pu faire valoir à l'encontre du cédant à moins que le cessionnaire n'ait agi de mauvaise foi. L'acceptation par le débiteur cédé renforce effectivement les droits du cessionnaire qui ne peuvent plus être affectés par l'évolution du rapport d'obligations liant le cédant et le débiteur cédé⁶²⁰.

603. Modalités d'acceptation R L'article L. 313-29 du Code monétaire et financier impose que l'acceptation soit exprimée, à peine de nullité, dans un acte écrit⁶²¹ intitulé « *Acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle* ». En pratique, c'est un document bref d'une ou deux pages⁶²². Il a été jugé que l'écrit qui n'avait pas été rédigé exactement dans les termes exigés en dépit de l'engagement de payer qu'il comportait, ne valait pas acceptation de la cession par le débiteur cédé⁶²³. Par ailleurs, l'acceptation ne peut pas être déduite du comportement passif du débiteur cédé qui n'a pas émis de réserves à la suite de la notification du bordereau⁶²⁴. Enfin, l'acceptation ne peut intervenir qu'à compter de la date portée sur le bordereau⁶²⁵.

⁶²⁰ R. Noguellou, « Cession de créance et partenariats... », art. précité.

⁶²¹ Cass. com., 2 décembre 1997, n°95-14251 : « l'acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées ».

⁶²² J. D. Crothers, M. Bonnet and J. B. Cuello, "Assignment of receivables under the French "Daily" law: legal and practical applications in PPP projects", *International Business Law Journal*, 2011.

⁶²³ Cass. com., 29 octobre 2003, n°01-02512; *RTD com.* 2004. 137, obs. M. Cabrillac.

⁶²⁴ Cass. com., 3 novembre 1992, n°90-18728.

⁶²⁵ Cass. com., 8 février 2000, *RTD com.* 2000. p.425, obs. M. Cabrillac.

604. Marchés publics R Les personnes publiques peuvent souscrire un acte d'acceptation de la cession des créances détenues sur elles. C'est la solution adoptée par le Conseil d'État dans un arrêt de principe rendu le 25 juin 2003⁶²⁶. Selon le juge administratif, dans la mesure où la souscription de l'acte d'acceptation a pour effet de créer à l'encontre du débiteur cédé une obligation de paiement entre les mains du bénéficiaire du bordereau, détachée de sa dette initiale, elle doit être prise par la personne publique elle-même et non par son comptable public.

2. Défaut d'acceptation de la cession de créances professionnelles par le débiteur cédé

605. Principe R L'article L. 313-29 du Code monétaire et financier énonce qu'en cas d'acceptation, le débiteur cédé ne peut plus opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant. *A contrario*, lorsque le débiteur cédé n'a pas accepté la cession, il peut en principe invoquer les moyens de défense qu'il pourrait opposer à son créancier initial, c'est-à-dire au cédant. La cession ne saurait lui nuire⁶²⁷. Pourtant le régime des exceptions n'est pas le même : les exceptions inhérentes à la dette sont toujours opposables alors que l'opposabilité des exceptions extérieures à la créance dépend de la date d'opposabilité de la cession⁶²⁸. Il est à noter enfin que le débiteur cédé ne peut pas invoquer comme exception, le non-respect des stipulations de la convention cadre en exécution de laquelle le bordereau de cession a été établi (et plus généralement y puiser des exceptions) car il est en principe tiers à cette convention⁶²⁹.

a. Exceptions inhérentes à la créance

606. Opposabilité des exceptions inhérentes à la créance R Dans la mesure où le cessionnaire ne saurait avoir plus de droits contre le débiteur cédé que le cédant n'en avait lui-même⁶³⁰, les exceptions inhérentes à la dette sont toujours opposables au cessionnaire. Par conséquent, si la créance cédée n'est pas purgée de ses vices et défauts, le débiteur cédé peut en tout état de cause opposer ceux-ci au cessionnaire.

⁶²⁶ CE, 25 juin 2003, n°240679, Caisse central de crédit mutual du Nord de la France, AJDA 2003, p. 1729, concl. G. Le Chatelier.

⁶²⁷ D. Legeais, « Cession et nantissement de créances professionnelles - ... », fasc. 359 précitée, n°29.

⁶²⁸ Sur les notions d'exceptions inhérentes et extérieures à la créance, v. *supra*, n°s 442 et 444.

⁶²⁹ Cass.com., 19 mai 1992, n°90-16155.

⁶³⁰ Cass.com., 11 juillet 2006, n°04-15335: « Le droit au paiement du cessionnaire n'est acquise que « dans la mesure de l'état, à la date de la cession, de la créance dont l'existence et le montant sont, par suite, susceptibles d'être affectés par des causes existantes bien que susceptibles de se manifester ultérieurement ».

Ainsi, il peut invoquer l'exception d'inexécution⁶³¹. Le Conseil d'État a confirmé la solution en cas de cession de créances de marchés publics par voie de bordereau Dailly⁶³². En l'espèce, une banque cessionnaire Dailly s'était contentée de notifier la cession à la personne publique, débitrice cédée. Le cédant fait ensuite l'objet d'une liquidation judiciaire et la débitrice refuse le paiement ; la banque obtient gain de cause devant le tribunal administratif, mais perd en appel. Le Conseil d'État releva que la débitrice cédée n'avait jamais accepté la cession selon les formes prescrites par l'article L 323-29 du Code monétaire et financier. La personne publique pouvait donc valablement opposer au cessionnaire l'inexécution par le cédant des prestations attendues.

Il appartient au débiteur cédé d'apporter la preuve de l'exécution incomplète ou défectueuse de la prestation contractuellement prévue⁶³³. Le débiteur cédé qui se prévaut d'une telle exception d'inexécution est tenu, en cas de redressement judiciaire du cédant, par une obligation de déclaration⁶³⁴. De plus, il a été jugé qu'« *en cas de cession de créance [...], non acceptée par le débiteur, celui-ci peut invoquer contre la banque cessionnaire l'exception d'inexécution de ses obligations par le cédant, même si elle est apparue postérieurement à la notification de la cession*⁶³⁵ ».

Le débiteur cédé peut également se prévaloir de l'exception tirée de la résolution du contrat pour inexécution du cédant⁶³⁶. À ce titre, il est fondé à se prévaloir de la disparition de la créance consécutive à la résolution de la vente pour des causes existantes bien que susceptibles de se manifester ultérieurement⁶³⁷.

607. Compensation pour dettes connexes R La jurisprudence considère que la compensation pour dettes connexes est une exception inhérente à la créance et l'admet dans trois cas. En premier lieu, lorsque les créances prennent leur source dans un seul et même contrat synallagmatique. Par exemple, le débiteur cédé peut compenser la créance de prix avec les dommages et intérêts auxquels le cédant est

⁶³¹ Cass. com., 1 avril 2008, n°06-21458, JCP. 2008. I.198, n°10, obs.M. Cabrillac, *RTD. Com.* 2008. 401, obs. D. Legeais; Cass. com., 29 octobre 2003, n°01-02512; *RTD. Com.* 2004.137, obs. M. Cabrillac.

⁶³² CE, 28 juin 2010, n°316819.

⁶³³ Cass. com., 14 juin 2000, n°97-13019.

⁶³⁴ Cass. com., 25 nov. 1997 : Bull. civ. 1997, IV, n°304.

⁶³⁵ Cass. com., 30 mai 1995, n°93-13170.

⁶³⁶ Cass. com., 11 juillet 2006, n°04-15335.

⁶³⁷ Cass. com., 11 juillet 2006, n°04-15335; *D.*2006, p. 2788, obs. X. Delpech, précisant que « *parce que la créance cédée, au titre du contrat de vente, c'est-à-dire la créance de prix, a disparu, du fait de la résolution du contrat ; il en est ipso facto de même de l'acompte, qui est un élément du prix, et qui ne peut donc demeurer dans le patrimoine du cessionnaire* ».

condamné lorsque celui-ci n'exécute pas son obligation⁶³⁸. Ensuite, lorsque les créances prennent leur source dans une convention ayant défini entre les parties le cadre de leurs relations d'affaires⁶³⁹. Enfin, lorsque les créances naissent en vertu d'une opération économique globale donnant lieu à une série de contrats dépendant d'un même accord contractuel⁶⁴⁰. La jurisprudence a admis que la notification ne fait pas obstacle au jeu de la compensation de créances connexes et certaines, peu importe que leur montant ne soit pas liquide ou déterminé⁶⁴¹. Selon la Cour de Cassation, à l'instar d'une sûreté, le bénéfice de la connexité suit la créance et peut être invoqué par le débiteur à l'encontre du cessionnaire de la créance⁶⁴². En l'espèce, la société SBIP (SBIP), sous-traitant industriel, transformait les matières premières que lui fournit la société Nextis (Nextis), à qui elle livre des produits finis. Des créances réciproques en découlent, et SBIP cède les siennes à une banque au moyen de la signature d'un bordereau Dailly ; SIBP est déclarée en liquidation judiciaire et lorsque la banque notifie les cessions à Nextis, celle-ci, qui a déclaré ses créances à la procédure, lui oppose la compensation de ses dettes et créances à l'endroit de SBIP. La Cour de Cassation a affirmé clairement que la cession de certaines créances (peut-être connexes) ne leur fait pas perdre ce caractère de réciprocité et censure la Cour d'Appel qui avait pu déduire que la compensation devenait « *juridiquement impossible* ». Cet arrêt prend le parti de considérer que la réciprocité entre les parties à l'origine survit à la cession, en détachant ainsi la réciprocité de la titularité. Deux rapports d'obligations (entre cédant/cédé et entre cédé/cessionnaire) qui n'ont qu'une seule partie en commun (ici le cédé) sont qualifiés de réciproques. Il faut choisir que l'on peut comprendre si l'on rattache la réciprocité à l'objet des créances plutôt qu'à leur titulaire⁶⁴³.

b. Exceptions extérieures à la créance

608. Principe Selon l'article L.313-27, alinéa 2 du Code monétaire et financier, à compter de la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, le cédant ne peut, sans l'accord de l'établissement de crédit bénéficiaire, modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par ce bordereau. Cette interdiction vise à

⁶³⁸ Cass. com., 15 juin 1993, n°91-19677; *D.* 1993, jurispr. p.495, note Ch. Larroumet; *D.* 1994, somm. p. 18, obs. L. Aynès.

⁶³⁹ Cass. com., 9 mai 1995, n°93-11724, ; *RTD civ.* 1996, p. 164, obs. J. Mestre ; *JCP E* 1995, II, 702, rapp. J.-P. Réméry.

⁶⁴⁰ Cass. com., 27 juin 1995, n°92-21243, *RTD com.* 1995, p. 824, obs. M. Cabrillac.

⁶⁴¹ Cass. com., 15 juin 1993, n°91-19677.

⁶⁴² Cass. com., 5 novembre 2013, n°12-15012.

⁶⁴³ F. Julien, « Cession Dailly, actualité juridique », Support de cours (2014), Master Droit Bancaire & Financier, Université Paris 2 Panthéon Assas.

maintenir la valeur de la créance cédée et donc à préserver la substance même de la sûreté. C'est donc à partir de la date portée sur le bordereau que les exceptions extérieures à la créance deviennent inopposables à l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession. Ainsi, à partir de cette date, le cédant ne peut plus conclure des actes modificatifs (comme une réduction de dette) ou extinctifs de la créance (comme une remise de dette) ni altérer ou supprimer des sûretés consenties en garantie de la créance cédée. Par exemple, l'avoir correspondant à la créance cédée établi au profit du débiteur cédé par le cédant est inopposable au cessionnaire⁶⁴⁴. Un accord entre le cédant et le débiteur cédé visant à faire disparaître la prestation générant la créance cédée aura le même effet⁶⁴⁵. De plus, seul le bénéficiaire du bordereau peut accorder des délais de paiement au débiteur cédé, qui seront opposables au cédant⁶⁴⁶.

609. Compensation en l'absence de connexité R En matière de cession de créance de droit commun, selon l'article 1295, alinéa 2 du Code civil, le débiteur cédé peut opposer la compensation dès lors que les créances compensables sont antérieures à la signification. Toutefois, dans la mesure où la notification ne remplit pas la même fonction que la signification, il est difficile de raisonner par analogie⁶⁴⁷. Selon la jurisprudence, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire l'exception de compensation lorsque ses créances ont été, antérieurement à la notification de la cession, devenues certaines, liquides et exigibles⁶⁴⁸. Autrement dit, l'exception de compensation est opposable au cessionnaire si les conditions de la compensation sont réunies antérieurement à la date de notification de la cession au débiteur. En effet, la compensation s'analyse en un double paiement. Or, le paiement effectué par le débiteur cédé est libératoire s'il intervient avant la date de réception de la notification⁶⁴⁹. Cette solution qui paraît particulièrement favorable au débiteur cédé est critiquée par certains auteurs. La date de cession devrait être retenue pour déterminer si les conditions de la compensation étaient réunies car à cette date, le cédant a perdu sa qualité de créancier qui est indispensable lorsqu'il s'agit de la

⁶⁴⁴ Cass. com., 8 novembre 1994, n°92-17265, *RTD. com.* 1995.456, obs. M. Cabrillac

⁶⁴⁵ Cass. com., février 1995, n°93-133227, *RTD com.* 1995 p. 633, obs. M. Cabrillac.

⁶⁴⁶ Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-13.711, Bull. civ. IV, n° 8, *RTD civ.* 1991, p. 368, obs. M. Bandrac, *RTD com.* 1991, p.271, obs. M. Cabrillac, *RD bancaire et bourse*, 1991, p 96, obs. F.-J Crédot et Y. Gérard, *RJ com.* 1993, p.190, note D. Fenouillet.

⁶⁴⁷ D. Legeais, « Cession et nantissement de créances professionnelles - ... », fasc. 359 précitée, n°31.

⁶⁴⁸ Cass. Com., no.95-21350, 6 octobre 1998 *RTD Com.* 1999 p. 163, obs. M. Cabrillac, Cass. com., 14 déc. 1993, n°91-22033, *D.* 1994, jurispr. p.269, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1994, p.332, obs. M. Cabrillac.

⁶⁴⁹ D. Legeais, « Cession et nantissement de créances professionnelles - ... », fasc. 359 précitée, n°32.

possibilité de compenser et que l'on ne saurait exiger que le débiteur cédé sache que la créance acquise sur le cédant n'est plus réciproque avec sa dette pour que la compensation cesse de pouvoir jouer⁶⁵⁰.

610. CONCLUSION DU § II R Pour se prévaloir de l'inopposabilité complète des exceptions et interdire au débiteur cédé d'effectuer le paiement entre les mains du cédant, il faut, en droit français, l'acceptation de la cession par le débiteur cédé. Ainsi, le bénéficiaire d'une cession par bordereau ne sera dans une position sécurisante que si la cession est acceptée par le débiteur cédé, ce qui n'est pas aisé en pratique. Reste à savoir quel sera le sort du cessionnaire en cas de concours éventuels sur la créance cédée R question qui sera traitée dans la suite de cette étude.

§ III - EFFETS À L'ÉGARD DES TIERS

611. Principe *prior tempore potior jure* R En application de l'alinéa 1 de l'article 313-27 du Code monétaire et financier, la cession de créances professionnelles par bordereau à titre de garantie est opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau lors de sa remise. En conséquence, à cette date, les créances cédées sont sorties du patrimoine du cédant pour entrer corrélativement dans celui du cessionnaire. Il en résulte que les actes conclus entre un tiers et le cédant ayant pour l'objet les créances cédées, ou les actions engagées par un créancier du cédant visant l'obtention du paiement des créances cédées, deviendront en principe sans objet. Les conflits avec les tiers étrangers à la créance cédée opposent l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession à d'autres ayants cause à titre particulier du cédant (A) ou à des créanciers de celui-ci (B).

A. Les conflits avec les ayants cause à titre particulier du cédant

612. Contexte R Un cédant de mauvaise foi peut essayer de mobiliser sa créance plusieurs fois. Dès lors peuvent s'élever des conflits entre l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession de créances professionnelles à titre de garantie et un autre banquier cessionnaire (1), ou un *factor* (2) ou encore le porteur d'une lettre de change (3).

⁶⁵⁰ J. François, *Droit civil, t. 4, Les obligations, Régime général*, Economica, 2^e éd, 2011, n°431.

1. Conflit né de la double cession de la même créance réalisée par bordereau

613. Principe de règlement du conflit R Lorsque'une même créance professionnelle a été cédée par bordereau à deux établissements de crédit, le conflit doit être réglé par la comparaison des dates de cession de la créance. En effet, le second cessionnaire est un tiers au sens de l'alinéa premier de l'article L313-27, al.1 du Code monétaire et financier qui invoque un droit concurrent sur la créance et auquel la première cession est devenue opposable à la date portée sur le bordereau. Or, à partir de cette date, le cédant n'était plus titulaire de la créance en cause. En application du principe *nemo plus juris*, il n'a pu la céder. Donc, en règle générale, le premier cessionnaire en date l'emporte sur le second.

614. Facteurs de complication R Ainsi qu'exposé précédemment, l'information du débiteur cédé s'effectue par voie de notification. Si le débiteur cédé reçoit deux notifications de cession de la même créance avant l'échéance de celle-ci, il doit rechercher celui des deux cessionnaires qui bénéficie de la cession la plus ancienne avant d'effectuer le paiement⁶⁵¹.

Qu'en sera-t-il si en l'absence de la notification de la première cession, le débiteur cédé ayant payé le second cessionnaire qui avait procédé à la notification ? Comme il était fondé à payer l'auteur de la notification, son paiement qui était fait de bonne foi est libératoire au sens de l'article 1240 du Code civil. Le premier cessionnaire impayé peut-il exercer un recours contre le second cessionnaire ?

La doctrine demeure divisée sur cette question. Pour certains auteurs, le premier cessionnaire est dépourvu de tout recours contre le second cessionnaire dans la mesure où il doit subir les conséquences de son choix de ne pas avoir notifié ou d'avoir notifié tardivement⁶⁵². Pour d'autres, le recours du premier cessionnaire peut être fondé sur l'enrichissement sans cause du second cessionnaire au détriment du premier cessionnaire⁶⁵³. La Cour de Cassation est favorable au recours du premier

⁶⁵¹ Cass. com., 12 janvier 1999, n°96-13723.

⁶⁵² Cass. com., 19 mai 1992, *RTD com.* 1992, p. 656, M. Cabrillac et B. Teysié; M. Cabrillac, « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990, p.127; Ch. Larroumet, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990, II, 15877, n°51.

⁶⁵³ P. Crocq, « Efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.* 2002, 106.

cessionnaire contre le second au motif que la cession prend effet et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau⁶⁵⁴.

2. Conflit avec un affactureur

615. Préférence conférée à la transmission première en date R Les règles retenues pour résoudre les conflits entre deux cessionnaires Dailly ont vocation à s'appliquer. La Cour de Cassation a considéré que le bénéficiaire d'une cession par bordereau l'emportait sur un *factor* ultérieur invoquant une subrogation, dès lors que la date du bordereau de cession était antérieure à celle de la créance subrogative et ce, en dépit d'une convention générale d'affacturage comportant une clause d'exclusivité au profit du *factor*⁶⁵⁵. Toutefois, la Cour de Cassation réserve le cas de fraude commise aux droits du *factor*. Par fraude, il faut entendre une collusion entre le client et la banque pour détourner tout ou partie des créances devant être proposées au *factor*⁶⁵⁶.

616. Factor agissant en qualité de mandataire R Le bénéficiaire peut-il au moyen d'une cession par bordereau réclamer le remboursement des sommes indûment encaissées par un *factor* agissant dans le cadre d'un mandat d'encaissement de son client ? La Cour de Cassation l'a implicitement admis⁶⁵⁷.

3. Conflit avec le porteur d'une lettre de change

617. Lettre de change acceptée R Il peut arriver qu'un créancier affecte une créance en garantie par voie de bordereau, et tire sur le débiteur de cette même créance une lettre de change escomptée auprès d'une banque autre que la banque cessionnaire. Lorsqu'une lettre de change est acceptée, le débiteur s'engage irrévocablement à payer le porteur de l'effet de commerce (L. 511-19 du Code de commerce). Toutefois, si la lettre de change est présentée au paiement par le tireur lui-même, resté porteur, le tiré cédé doit lui opposer la cession de créance dont il avait antérieurement reçu notification tandis que la cession est inopposable à un tiers

⁶⁵⁴ Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-15342, *RDBB*, 1992, p. 236, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; Cass.com ; n°96-19842, 18 avril 2000 : « *qu'en cas de pluralité de cessions, totales ou partielles, d'une même créance selon les dispositions de la loi du 2 janvier 1981 au profit de plusieurs établissements de crédit, les droits respectifs de chacun d'eux sont déterminés en fonction des dates des cessions* ».

⁶⁵⁵ Cass. com., 3 janvier 1996, n° 93-21675 ; *JCP G* 1996, II, 22682, note J. Stoufflet ; *JCP E* 1996, II, 848, *RDBB*, mai-juin 1996, p.118, obs. Crédot et Gérard.

⁶⁵⁶ J. Stoufflet, « Résolution du conflit entre un cessionnaire Dailly et une société d'affacturage », *JCP E*, n° 36, 5 septembre 1996, 848.

⁶⁵⁷ Cass. com., 2 octobre 2007, n° 06-14343.

porteur de bonne foi (un banquier escompteur par exemple)⁶⁵⁸. Il incombe au tiré cédé d'apporter la preuve de l'antériorité de son acceptation de la lettre de change par rapport à la notification de la cession de créance pour pouvoir opposer à la banque cessionnaire l'exception de son engagement cambiaire⁶⁵⁹.

Lorsque la lettre de change est acceptée avant la notification peu importe que la cession soit intervenue avant l'endossement de l'effet au profit d'un tiers porteur, le paiement du titre cédé est libératoire et la demande de restitution du cessionnaire n'est pas fondée⁶⁶⁰.

618. Lettre de change non acceptée R Si la lettre de change n'est pas acceptée, le droit sur la créance de provision que l'article L. 511-7 du Code de commerce reconnaît au porteur n'est définitivement fixé qu'à l'échéance de l'effet⁶⁶¹. En conséquence, l'établissement de crédit bénéficiaire du bordereau l'emporte si l'échéance de la lettre de change est postérieure à la date portée sur le bordereau⁶⁶² à condition que la convention entre l'escompteur et le cédant ne soit pas connue de ce cessionnaire⁶⁶³.

B. Les conflits avec les créanciers du cédant

619. Contexte R L'établissement de crédit bénéficiaire de la cession de créances à titre de garantie peut entrer en conflit avec les créanciers du cédant dans des hypothèses variées. S'il est dans une situation favorable face au concours d'un créancier saisissant (1), le droit du cessionnaire se verra primé au profit de celui d'un sous-traitant (2) ou de celui d'un vendeur bénéficiant d'une clause réserve de propriété (3).

1. Conflit avec un créancier saisissant

620. Principe de règlement du conflit R Lorsqu'un créancier du cédant effectue une saisie sur l'une des créances représentées par le bordereau de cession, un conflit s'élèvera entre ce créancier saisissant et l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession Dailly. Selon la Cour de Cassation, les créances cédées sont sorties du patrimoine du cédant à la date apposée sur le bordereau par un acte opposable au

⁶⁵⁸ Cass. com., 21 mars 1995, n°93-15617.

⁶⁵⁹ Cass. com., 7 mars 1995, n°93-13544, *Banque* 1995, p.94, note J.-L. Guillot.

⁶⁶⁰ Cass. com., 19 décembre 2000, n°97-15011.

⁶⁶¹ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, 7^e éd., Litec, 2009, n°98.

⁶⁶² CA Paris, 3^e ch. C, 2 juin 1995 : *RDBF*, janv.-févr.1996, p. 9, obs. Crédot et Gérard.

⁶⁶³ Cass. com., 30 juin 1998, n°95-17785.

créancier-saisissant⁶⁶⁴. Autrement dit, le bénéficiaire du bordereau l'emportera sur le créancier du cédant qui a saisi la créance postérieurement à la date de la cession.

621. Notification R L'application du principe *prio tempore potior jure* ne pose pas de problème tant que la créance n'est pas payée. Lorsque le paiement de la créance entre les mains du créancier saisissant a été effectué avant la notification, c'est-à-dire dans l'ignorance de la cession par bordereau, le débiteur cédé est libéré en application de l'article 1240 du Code civil en vertu duquel « *le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* ». Dans ce cas, le cessionnaire sera fondé à exercer un recours en restitution contre le créancier saisissant comme dans le cas du conflit opposant deux cessionnaires. Par contre, le paiement du créancier saisissant par le débiteur cédé ne sera pas libératoire s'il intervient après la notification, et dans un tel cas, le débiteur cédé devra engager une action en répétition de l'indu contre le créancier saisissant. La Cour de Cassation a reconnu le paiement prioritaire au profit du cessionnaire qui avait notifié la cession par bordereau intervenue antérieurement à la notification de l'avis à tiers détenteur⁶⁶⁵.

2. Conflit avec un sous-traitant et entrepreneur principal

622. Incessibilité – Aux termes de l'article 13 de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, l'entrepreneur principal ne peut céder les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître d'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement sauf s'il a obtenu un cautionnement personnel et solidaire d'un établissement de crédit. Autrement dit, en l'absence d'une telle garantie bancaire, l'entrepreneur principal ne peut pas céder à titre de garantie à un établissement de crédit la part de créance correspondant à des marchés sous-traités. Le titre III de cette loi prévoit l'action directe contre le maître d'ouvrage dont bénéficie le sous-traitant. Un conflit s'enlèvera entre le cessionnaire ayant acquis par bordereau la créance de l'entreprise principale (le cédant) contre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, tous les deux réclamant paiement au maître d'ouvrage, l'un sur le fondement de la cession par bordereau et l'autre sur le fondement de l'action directe.

⁶⁶⁴ Cass. com., 26 novembre 2003, n°01-03685, *RTD com.* 2004, p. 138, obs. M. Cabrillac ; *Banque et droit*, mars-avril 2004, p.58, obs. Th. Bonneau.

⁶⁶⁵ Cass. com., 13 février 1996, n°93-21192.

623. Solutions pour le conflit R Pour la Cour de Cassation, la cession de la part de créance correspondant à des travaux sous-traités est inopposable au sous-traitant⁶⁶⁶. Par ailleurs, le sous-traitant peut obtenir du cessionnaire la restitution des sommes ayant été payées entre ses mains antérieurement à l'exercice de l'action directe⁶⁶⁷. Toutefois, l'exercice de l'action en inopposabilité par le sous-traitant à l'encontre du cessionnaire ne lui ouvre droit qu'à une restitution à due concurrence et non à réparation de l'entier préjudice résultant de cette cession, fondée sur l'article 1382 du Code civil⁶⁶⁸. La solution vaut également pour le cas où le contrat de sous-traitance est conclu postérieurement à la cession⁶⁶⁹.

624. Réduction intentionnelle du montant de la créance R Il peut arriver que le montant de la créance du sous-traitant, cédée par voie de bordereau Dailly, est réduit à la suite d'un avenant conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal. Dans la mesure où en ce qui concerne la différence entre le montant de la créance initiale et la créance réduite, le cessionnaire pourra en demander le paiement au sous-traitant, cédant de la créance, en ce que ce dernier est garant solidaire du paiement de la créance cédée (art. L. 313-24, al. 2, c. mon. fin.), pourrait-on exclure l'action en responsabilité délictuelle de l'entrepreneur principal qui est le débiteur cédé ? La Cour de Cassation semble légitimer l'action en responsabilité du cessionnaire de la créance contre ce même entrepreneur principal⁶⁷⁰. Une telle solution est particulièrement favorable au cessionnaire en cas de procédure collective du cédant où le recours du cessionnaire contre ce dernier se trouve fort aléatoire.

3. Conflit avec un vendeur sous clause de réserve de propriété

625. Subrogation réelle R Lorsque l'acquéreur de marchandises vendues avec clause de réserve de propriété a cédé la créance correspondant au prix de revente de ces marchandises avant de faire l'objet d'une procédure collective, il y a un conflit opposant le bénéficiaire de la clause de réserve de propriété et le cessionnaire. Selon l'article L.624-18 du Code de commerce, le créancier d'une somme due en contrepartie d'un transfert de propriété couvert par une clause de réserve de propriété

⁶⁶⁶ Cass. com., 22 nov. 1988, n°86-16400; *D.* 1989, jurispr. p. 212, note A. Bénabent ; *D.* 1989, somm. p. 189, note Vasseur; *JCP E* 1989, II, 15574, note Ph. Dubois ; *RTD com.* 1989, p. 281, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; 1989, p.108, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

⁶⁶⁷ Cass. com., 16 mai 1995, n° 92-21876; *RTD com.* 1995, p. 823, obs. M. Cabrillac ; *RTD civ.* 1995, p. 937, obs. P. Crocq.

⁶⁶⁸ Cass. com., 26 mai 2004, n°02-18182.

⁶⁶⁹ Cass. com., 26 avr. 1994, n° 92-15032; *RTD com.* 1994, p. 761, obs. M. Cabrillac ; *Banque* 1994, p. 92, obs. J.-L. Guillot.

⁶⁷⁰ Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-69.870.

peut revendiquer le prix ou la partie du prix du bien qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et le sous-acquéreur à la date du jugement ouvrant la procédure. La jurisprudence a décidé que la faculté offerte au vendeur constitue un cas de subrogation réelle qui a lieu dès la revente du bien mais à condition qu'une procédure collective soit ouverte ultérieurement⁶⁷¹.

626. Règlement du conflit R N'ayant jamais été propriétaire de la créance, le revendeur n'a pu valablement la céder au banquier cessionnaire⁶⁷². En conséquence, en application du principe *prior tempore, potior jure*, le conflit se résout en faveur du vendeur initial car la date de la cession de la créance du prix de revente est nécessairement postérieure à celle de la revente. Toutefois, lorsque la créance cédée a été payée par le sous-acquéreur antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, la primauté des droits du vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété sera anéantie⁶⁷³. Par ailleurs, le vendeur originaire ne peut plus exercer l'action en revendication de la créance du prix de revente si le sous-acquéreur a remis au revendeur une lettre de change acceptée (donc il est censé avoir procédé à un règlement en valeur)⁶⁷⁴ ou s'il a accepté une cession de la créance du prix de revente par bordereau Dailly⁶⁷⁵.

627. CONCLUSION DU § III R Il en résulte que la jurisprudence tente de régler des conflits de droits en hiérarchisant les dates d'acquisition des droits en concurrence, ou en favorisant certains d'entre eux, tantôt ceux du banquier cessionnaire, tantôt ceux de tiers jugé plus favorablement, tels que le vendeur dans une vente avec réserve de propriété et le sous-traitant. L'analyse des conflits sur la créance cédée démontre que les conflits sont multiples et ne sont pas toujours réglés en faveur du banquier cessionnaire.

628. CONCLUSION DE LA SECTION II R La cession de créances professionnelles à titre de garantie sera véritablement efficace lorsque le cessionnaire a pris la peine de la notifier au débiteur cédé et d'obtenir de celui-ci son acceptation

⁶⁷¹ Cass. com., 8 mars 1988, n° 86-15.751, *RDBB*, 1988, n° 9, p. 179, obs. F. Dekeuwer-Defossez ; *RTD. civ.* 1989. 348, obs. F. Zénati ; Cass. com. 20 juin 1989, n° 88-15.261, *D.* 1989. 431, note F. Pérochon - Com. 3 janv. 1995, *Bull. civ.* IV, n°3 ; *JCP* 1995. I. 3841, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; *D.* 1996. Somm. 221, obs. F. Pérochon ; *RTD. civ.* 1997. 166, obs. F. Zénati. V. aussi M. Cabrillac, « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », *D.* 1988. Chron. 225.

⁶⁷² P. Crocq, « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.*, 2002, 106.

⁶⁷³ *Ibid* ; V. également Cass. com., n°98-19331, 10 juillet 2001 à propos d'un conflit entre un tiers subrogé (la société d'affacturage) et le vendeur sous réserve de propriété.

⁶⁷⁴ Cass.com, 9 janvier 1990, n°88-14966.

⁶⁷⁵ Note de M. Cabrillac et B. Teyssié, *RTD Com.* 1990 p. 436, sous Cass.com, 9 janvier 1990, n°88-14966.

de la cession. Ceci empêche non seulement au débiteur cédé de payer entre les mains du cédant mais le prive aussi de la possibilité d'opposer des moyens de défense au cessionnaire. De telles précautions contribuent également à protéger ce dernier dans les conflits avec les tiers étrangers à la cession.

629. CONCLUSION DU CHAPITRE I R Dans la mesure où la cession de créances professionnelles à titre de garantie est la première fiducie-sûreté en droit français, son régime n'est pas entièrement aménagé par la loi mais également par la jurisprudence. Basée sur une technique de transfert de propriété, la sûreté offre au créancier garanti un droit exclusif au paiement qui serait efficace même en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cédant. Par ailleurs, sa constitution est particulièrement simple. Pour cette raison, au moins, la cession de créances professionnelles à titre de garantie demeure l'une des rares sûretés préférées par les établissements de crédit. Cependant, dans la mesure où cette sûreté a un domaine d'application restreint, il n'est pas toujours possible d'y recourir. La pratique et le législateur ont bien tenté d'imaginer d'autres sûretés fiduciaires susceptibles d'être utilisées d'une manière plus généralisée. Nous analyserons celles-ci dans les développements suivants.

CHAPITRE II : AUTRES CESSIIONS FIDUCIAIRES DE CRÉANCE

630. Introduction de la fiducie en droit français R La fiducie fût connue en droit romain, qui distingua la *fiducia cum amico*, instrument de gestion, et la *fiducia cum creditore*, instrument de garantie. L'introduction en droit français de l'aliénation fiduciaire était un souhait largement exprimé de longue date par les praticiens face à la domination du *trust* de droit anglais dans les opérations financières internationales. Il en allait de l'attractivité de la place financière française. Cependant, la l'introduction de la fiducie en droit français s'est opérée non sans difficultés⁶⁷⁶. Le premier projet de loi fut dévoilé en décembre 1989. La réforme échoua finalement face à la forte opposition du Ministère de l'Économie et des Finances qui voyait dans la fiducie un mécanisme d'évasion fiscale. C'est la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, promulguée sur l'initiative du sénateur Philippe Marini, qui institua la fiducie en droit français. Adoptée dans la précipitation, cette loi présentait toutefois de nombreuses lacunes⁶⁷⁷. Le régime de la fiducie fut donc réformé à quatre reprises depuis la promulgation de cette loi : d'abord par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ensuite par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, puis par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et enfin par la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures n° 2009-526 du 12 mai 2009 qui ratifie ces ordonnances⁶⁷⁸.

631. Cessions à titre de garantie ayant pour objet des biens incorporels R Avant l'introduction des textes sur la fiducie, d'autres cessions à titre de garantie ayant pour objet des biens incorporels ont fait leur entrée en droit français. Tel est le cas du gage-espèces d'abord consacrée par la jurisprudence puis par l'ordonnance de 2006.

Les lois relatives aux opérations financières sur titres ont introduit des cessions spécifiques à titre de garantie (loi du 17 juin 1987 relative au prêt de titres, loi du 31

⁶⁷⁶ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013, n°760.

⁶⁷⁷ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, ouvrage précité, n°775.

⁶⁷⁸ P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.*, janv-fevr. 2009, p.75 et s ; Ph. Dupichot, « La fiducie- sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, I, 132 ; F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009, 1808.

décembre 1993 relatives aux opérations de pension sur titres et loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières) dont le régime est énoncé désormais par l'article L.211-38 du Code monétaire et financier suite à la transposition en droit français par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005 de la Directive n°2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière⁶⁷⁹. La pratique a créé aussi une cession fiduciaire de créances à titre de garantie qu'aucun texte ne consacre. On l'appelle la fiducie innommée. Nous évoquerons successivement dans ce chapitre la cession fiduciaire générale de créances (section I), puis cette fiducie innommée (section II).

SECTION I : CESSION FIDUCIAIRE GÉNÉRALE DE CRÉANCES

632. Fiducie vs trust R En droit anglais, lorsque le *trust*⁶⁸⁰ est utilisé à titre de garantie, notamment via la cession en équité au moyen de la déclaration de *trust* et dans le mécanisme de *security trustee*. Le *settlor* (propriétaire absolu du bien) crée un *trust* et peut ensuite se déclarer l'un des *trustees* (ou l'un des bénéficiaires mais non le bénéficiaire unique s'il y a un seul *trustee* (arrêt *Re Cook* [1948] Ch 212)). Le *settlor* doit démontrer une intention claire de créer le *trust* et d'identifier avec certitude le bien qui sera tenu en *trust*. Suite à la création du *trust* à titre de garantie, le *settlor*, pris en cette qualité, n'a plus aucun rôle sur l'existence du *trust* à titre de garantie. Lors de la création d'un *trust* explicite (express trust), le *settlor* renonce à ses droits sur le bien mis en *trust* en tant que *settlor* et les bénéficiaires acquièrent la propriété économique sur ce bien⁶⁸¹.

Pour les juristes de la tradition de *common law*, il est difficile de catégoriser la fiducie de droit français surtout dans sa fonction de sûreté dans la mesure où, au regard des critères fixés par la *common law*, la fiducie française n'est ni un contrat à part, ni un *trust* à part mais une institution hybride⁶⁸².

⁶⁷⁹ V. D. Ronine et S. Praicheux, *Les garanties financières*, Joly Bourse, 2009.

⁶⁸⁰ Sur le mécanisme de *trust*, v. notamment Graham Moffat, Gerry Bean and Rebecca Probert, *Trusts Law: Text and Materials*, 5th edn, 2009.

⁶⁸¹ www.practicallaw.com, "Security trust deeds: overview", 25 September 2012.

⁶⁸² Pour une comparaison entre la fiducie et le *trust*, v. Paul Matthews, "The French fiducie: and now for something completely different?", *Trust Law International*, 2007.

633. Transfert de créances en fiducie à titre de garantie R Les articles du Code civil relatifs à la fiducie-sûreté ne traitent pas de manière spécifique de la cession fiduciaire de créances à titre de garantie. Dans la mesure où il n'existe pas de restriction concernant la nature des biens ou droits cédés, les créances peuvent naturellement être l'objet d'un transfert en fiducie à titre de garantie. D'ailleurs, le législateur a réservé l'article 2018-2 à l'opposabilité de la cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie. Il en résulte que la cession fiduciaire de créances de droit commun est une *cession fiduciaire générale de créances* dont le régime est basé sur celui de la fiducie conclue à titre de garantie.

634. Meubles incorporels R Les dispositions relatives à la fiducie-sûreté sont divisées entre celles portant sur les meubles (art. 2372-1 à 2372-5) et celles concernant les immeubles (art. 2488-1 à 2488-5), la seconde série de règles apparaissant comme la simple répétition de la première. Dans la mesure où les créances sont considérées comme des biens meubles incorporels (article 529 et articles 2355 et suivants du Code civil), leur cession fiduciaire à titre de garantie est régie par les dispositions énoncées pour la fiducie-sûreté mobilière.

Nous analyserons successivement la constitution de la cession fiduciaire générale de créances (§ I) et ses effets (§ II).

§ I – CONSTITUTION

635. Patrimoine d'affectation R L'article 2011 du Code civil impose au fiduciaire de tenir les biens fiduciaires séparés de son patrimoine personnel. Ceux-ci forment un patrimoine d'affectation et les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire (article 12.I de la Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie).

La consécration de la notion de patrimoine d'affectation casse ainsi le principe d'unité du patrimoine⁶⁸³ et marque la spécificité française par rapport au *trust* de droit anglais, lequel ne connaît pas le concept de patrimoine d'affectation. Il est également très éloigné du « *estate* » de droit anglais. Ce dernier concept est comparable à un instantané des actifs d'une personne (qui sont soumis dans une certaine mesure à des

⁶⁸³ M. Grimaldi, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC*, n°7, décembre 2010. L'unité du patrimoine qui signifie que l'on répond de ses dettes sur tous ses biens est visé par l'article 2284 du Code civil suivant lequel « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ».

passifs) établi à un moment précis et dans un but déterminé (très souvent seulement en cas de faillite ou de décès, pour désintéresser les créanciers, puis opérer transmission au bénéfice des personnes qui y ont droit)⁶⁸⁴.

Par ailleurs, en droit anglais, les obligations du *trustee*, y compris celles qui sont relatives au *trust*, sont des obligations qui lui sont personnelles et seuls les biens sur lesquels il jouit de la propriété économique pourront être affectés au paiement de ses dettes⁶⁸⁵. Ce sont d'ailleurs uniquement ces biens qui, en cas de déclaration de faillite à son encontre, seront remis au *trustee* en faillite personnelle (*trustee in bankruptcy*⁶⁸⁶) pour le bénéfice de ses créanciers⁶⁸⁷. En conséquence, les biens conférés au *trustee* ne peuvent pas être saisis par ses créanciers.

De plus, la tenue obligatoire d'une comptabilité indépendante pour le patrimoine fiduciaire rendrait coûteux la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie⁶⁸⁸.

636. Étanchéité du patrimoine d'affectation R Le patrimoine d'affectation constitué est en principe à l'abri du droit de poursuite des créanciers du constituant et du fiduciaire. En effet, l'article 2025, alinéa 1 prévoit que « *sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ».

Par ailleurs, une procédure collective ouverte à l'encontre du fiduciaire n'affecte pas les biens fiduciaires (C.civ., art.2024).

637. Plan R Si les conditions de fond de la cession de créances à titre de garantie telles qu'elles résultent des dispositions concernant la fiducie-sûreté sur les meubles sont relativement simples (A), force est de constater que le législateur subordonne la constitution de la fiducie-sûreté sur les meubles (y compris sur les créances) à un formalisme particulièrement lourd (B).

⁶⁸⁴ P. Matthews, "The French fiducie: and...", article précité.

⁶⁸⁵ Arrêt *Jennings v Mather* [1901] 1 KB 108, affd [1902] 1 KB 1, CA.

⁶⁸⁶ En général, une fois le jugement d'ouverture de la procédure de faillite personnelle prononcé, un *trustee* en faillite personnelle qui est un praticien de l'insolvabilité est désigné par les créanciers de la personne en faillite pour gérer ses biens.

⁶⁸⁷ *Insolvency Act 1986*, s 283(3)(a).

⁶⁸⁸ Aux frais de comptabilité s'ajoutent le coût de rédaction du contrat de fiducie, la rémunération du fiduciaire et du tiers chargé de la protection des intérêts du constituant.

A. Conditions de fond

638. Aperçu général R La consécration de la fiducie-sûreté lève l'incessibilité de créances à titre de garantie selon le droit commun. Il s'agit en théorie d'une innovation juridique majeure en droit français. Toutefois, la loi impose certaines conditions concernant les parties au contrat de fiducie, portant notamment sur la qualité de fiduciaire (1). Par opposition, les conditions concernant l'assiette de la sûreté et celles concernant la créance garantie sont relativement souples (2).

1. Conditions concernant les parties

639. Limitation *rationae personae* de certains intervenants R Le champ d'application de la cession fiduciaire de créances en garantie demeure limité par les conditions requises pour avoir la qualité de fiduciaire. En effet, seuls les établissements de crédit, les établissements ou services autorisés à effectuer les opérations de banque, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et les membres de la profession d'avocat peuvent avoir la qualité de fiduciaires (C. civ., art. 2015). Ces acteurs sont tous des professionnels soumis à des règles professionnelles spécifiques. En revanche, la loi n'impose pas de restrictions concernant les fiduciaires. De même, le bénéficiaire peut être toute personne physique ou morale. Ceci est particulièrement intéressant pour les financements d'infrastructures dans la mesure où la cession peut bénéficier non seulement aux établissements de crédit prêteurs mais aussi à tous les bailleurs de fonds⁶⁸⁹.

640. Schéma contractuel R Le constituant est en principe le débiteur et le bénéficiaire est le créancier garanti. Le fiduciaire n'est pas nécessairement le créancier garanti lui-même. Il ne l'est que lorsqu'il a la qualité requise par l'article 2015 du Code civil. La cession en fiducie de créances à titre de garantie est donc un schéma à deux ou à trois acteurs comme dans toute fiducie (art. 2016, C. civ.). Toutefois, si le contrat n'implique que deux acteurs, le fiduciaire est nécessairement le bénéficiaire. Le schéma deviendra compliqué si le contrat de fiducie fait intervenir un fiduciaire tiers. Il est enfin à noter que si le débiteur cédé ne participe pas à la conclusion de la convention de cession, il est tout de même partie à l'opération que

⁶⁸⁹ J-F. Adelle et X. Paper, « La fiducie dans les financements d'infrastructures », *Revue Banque*, n°739, septembre 2011.

cette convention réalise, dans la mesure où il est le sujet passif de l'obligation de paiement de la créance cédée⁶⁹⁰.

641. Obligations du fiduciaire R Le fiduciaire doit rendre compte de sa mission aux bénéficiaires, au constituant et au tiers que celui-ci aura pu désigner pour la préservation de ses intérêts dans les conditions fixées par le contrat de fiducie (C.civ., art. 2017 et art. 2022). Cette règle permet par exemple aux membres d'un syndicat de contrôler régulièrement l'activité du fiduciaire et la préservation de leurs intérêts et de convenir avec lui de l'opportunité d'une réalisation en cas d'inexécution de la dette garantie par la cession⁶⁹¹.

En cas de fautes commises dans l'exécution de sa mission, le fiduciaire est responsable sur son propre patrimoine (C.civ., art. 2026). De plus, en l'absence de stipulations contractuelles, le remplacement du fiduciaire peut être demandé en justice⁶⁹² par les bénéficiaires, le constituant ou le tiers que celui-ci aura pu désigner pour la préservation de ses intérêts. Ceci dans trois hypothèses : lorsque le fiduciaire manque à ses devoirs, lorsqu'il met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou lorsqu'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C.civ., art. 2027). Les parties peuvent également compléter les cas de remplacement du fiduciaire.

642. Agent des sûretés – Il convient de distinguer le fiduciaire de l'agent des sûretés. En application de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, complétée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, il a été inséré à l'article 2328-1 du Code civil une disposition selon laquelle « *toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation* ». L'agent des sûretés a ainsi pour mission de procéder à la constitution, à l'inscription et à l'administration des sûretés en son nom pour le bénéfice des créanciers de l'emprunteur (membres du syndicat bancaire, mais également selon le cas, banques de couverture) et paraît comparable au *security trustee* utilisé dans le cadre d'opérations

⁶⁹⁰ J. François, *Droit civil, t. 4, Les obligations, Régime général*, Economica, 2^e éd, 2011, n°369.

⁶⁹¹ O. Fille-Lambie et L.-J. Laisney, « La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués », *Dr et Patr*, n°192, mai 2010.

⁶⁹² La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant.

de financement soumises au droit anglais. Dans la mesure où le *trust* est inconnu en droit français⁶⁹³, la qualification juridique de cet acteur demeure floue⁶⁹⁴.

L'article 2328-1 du Code civil présente toutefois un certain nombre de limites. D'abord, il ne vise que les sûretés réelles, et donc exclurait toute sûreté sur flux ou sur créances (délégation de débiteur, nantissement de créance et cession de créance) qui sont des sûretés précieuses car simples de constitution et efficaces en cas de procédure collective. En effet, dans la mesure où la créance monétaire est un actif incorporel, comment une sûreté « réelle » peut-elle s'accommoder du terme « incorporel » qui renvoie à tout sauf au caractère tangible d'un bien matériel ? Or, le livre IV du Code civil fait une distinction entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles et parmi les sûretés réelles mentionnées dans le titre II de ce livre se trouvent le nantissement de meubles incorporels (Articles 2355 à 2366) (y inclus le nantissement de créances) et la propriété cédée à titre de garantie (Articles 2488-1 à 2488-5) (en ce compris la cession fiduciaire de créances à titre de garantie). Cependant, cette position est ambiguë notamment lors que le Code monétaire et financier, de façon fort pragmatique, ne prend pas position sur la nature réelle ou non de la cession ou du nantissement des créances par bordereau. S'agissant de la délégation de débiteur, le doute n'est pas permis : que le débiteur délégué soit une personne morale ou une personne physique, la sûreté est constituée de l'engagement contractuel personnel et indépendant du débiteur délégué de désintéresser le délégataire. En conséquence, il paraît difficile de qualifier cet engagement contractuel de « corporel » ou de « bien réel » sauf à raisonner sur sa forme finale, sur le sous-jacent, à savoir un paiement en monnaie sonnante et trébuchante⁶⁹⁵. Mais est-ce une approche recevable à une époque où la plupart des règlements se dénouent ultimement par voie de virement bancaire ? Cela reviendrait à retenir une

⁶⁹³ Par comparaison, le droit vietnamien reconnaît expressément certains types de *trust* dans le domaine bancaire, commercial et des valeurs mobilières. Notamment, l'agent des sûretés a été consacré par la Circulaire n°42/2011/TT-NHNN de la Banque d'État du Vietnam en date du 15 décembre 2011 sur le crédit syndiqué, bien que ce régime relève encore des incertitudes.

⁶⁹⁴ Notons que la doctrine demeure divisée sur la qualification de l'opération juridique résultant de l'article 2328-1 du Code civil. En effet, certains auteurs attribuent à l'agent des sûretés le rôle de mandataire (E. Gentil et J. Delbard, « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Droit & Expertise*, 28 oct. 2009 et Ch. Jacomin, « L'agent des sûretés au service du syndicat bancaire », *RLDC* R 2012, 93), d'autres évoquent le *fiduciaire spécial* (G. Ansaloni et I. Dursun, « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un *pool* bancaire, *JCP E* 2009, 1671) ou le « contrat *sui generis* » (J. Leavy, « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque et droit* 2011, n°136, p. 9 ; J.-F Adelle., « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie-sûreté », *RDBF*, 2010, n°5, p.6).

⁶⁹⁵ Sur la corporalité de la monnaie électronique, v. D. R. Martin, « Aspects de la monnaie électronique », *Recueil Dalloz*, 19 septembre 2013, n° 31.

qualification différente selon que le paiement se fait de façon dématérialisée (virement) ou sous forme numéraire (espèces).

Ensuite, à en croire l'article, l'agent des sûretés ne doit pas nécessairement être un établissement de crédit. Mais il s'agit d'une pure vue de l'esprit car seuls les établissements de crédit disposent des systèmes informatiques appropriés pour ce type de service, et du personnel formé de manière optimale. Une autre entité devrait financer des investissements très coûteux dans des systèmes informatiques adéquats, recruter et former des équipes entières ; tout cela aurait un coût significatif qui au bout du compte serait répercuté sur le coût du financement, donc sur le client.

Enfin, toujours selon cet article, l'agent doit être désigné dans l'acte constatant l'obligation garantie, alors que les parties peuvent trouver intérêt à le nommer dans un document autonome (un *intercreditor agreement* par exemple).

2. Conditions liées aux créances garanties et cédées

643. Créances garanties R À la différence de la cession de créances professionnelles par bordereau qui doit nécessairement s'inscrire dans le cadre de l'octroi d'un crédit, la cession fiduciaire générale de créances peut être effectuée en garantie de toute obligation.

Par ailleurs, l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 a introduit dans le Code civil, la fiducie-sûreté rechargeable inspirée directement du modèle de l'hypothèque rechargeable prévu par l'article 2422 du Code civil. Ainsi, l'article 2372 du Code civil prescrit, à travers des dispositions impératives, que la propriété cédée en fiducie à titre de garantie peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif, à condition toutefois que celui-ci le prévoie expressément. La convention de rechargement peut être conclue avec le même créancier ou avec un créancier différent encore que le créancier originaire n'ait pas été payé (art. 2372-5, al.2). En revanche, elle doit être établie dans les mêmes conditions que la convention initiale et enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement déterminera alors le rang des créanciers garantis par la même fiducie (art. 2372-5, al.3).

Le créancier accepterait avec la réticence la clause de rechargement. Il n'acceptera donc cette clause que lorsqu'il n'est pas fiduciaire ou lorsqu'il l'est, s'il exerce à titre de profession les fonctions de fiduciaire pour le compte d'autrui dans la mesure

où une fois il aura été payé, il restera fiduciaire et pourra le devenir au bénéfice d'un nouveau créancier et que les créances cédées en garantie restent dans le patrimoine d'affectation sous sa responsabilité⁶⁹⁶.

644. Créances cédées R Il n'existe pas de restrictions relatives à la nature des créances susceptibles d'être cédées en fiducie. Par exemple, une personne physique agissant en dehors de toute activité professionnelle peut transférer en fiducie les créances mêmes non professionnelles en garantie d'un crédit ou de toute autre obligation qu'elle contracte. Les créances cédées peuvent par ailleurs être présentes ou futures (C.civ., art. 2011).

645. Créances futures R Si l'article 2011 énonce sans équivoque la possibilité de transférer en fiducie les biens et les droits futurs, l'article 2018 (1^o) impose que ceux-ci doivent être déterminables. Par ailleurs, le contrat de fiducie doit mentionner, à peine de nullité, la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire (C.civ., art. 2372-2). Il s'agit, dans le cadre de la cession fiduciaire générale de créances, de la valeur nominale des créances cédées. Ces exigences d'individualisation des créances transférées paraissent obliger les parties à adopter une identification de créances futures suffisamment précise pour éviter la nullité de la cession fiduciaire. On retrouve le même obstacle qu'en cas de nantissement de créances de droit commun à la possibilité de céder en garantie un portefeuille de comptes de créances clients. La cession fiduciaire générale ne peut pas permettre l'affectation de l'ensemble des comptes de créances clients présentes et futures d'une entreprise.

B. Conditions de forme et d'opposabilité

646. Panorama R Le contrat de fiducie au moyen duquel s'effectue la cession de créances en fiducie à titre de garantie demeure un acte solennel. En effet, dans un souci de transparence fiscale, le législateur pose des conditions significatives de forme requises pour assurer la validité de la cession (1). Au niveau des conditions d'opposabilité, le législateur s'est largement inspiré des règles régissant la cession de créances professionnelles par bordereau (2).

⁶⁹⁶ M. Grimaldi et R. Dammann, «La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p.670.

1. Conditions de forme

647. Mentions obligatoires R L'article 2018 du Code civil requiert que le contrat de cession fiduciaire générale détermine à peine de nullité certains éléments :

- Les créances transférées ;
- La durée du transfert qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;
- L'identité du ou des constituants ;
- L'identité du ou des fiduciaires ;
- L'identité du ou des bénéficiaires ou à défaut, les règles permettant leur désignation ; et
- La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Cette liste de mentions obligatoires est complétée par l'article 2372-2 qui exige que soient mentionnées dans le contrat la dette garantie⁶⁹⁷ et la valeur de la créance cédée.

648. Enregistrement R L'article 2019, alinéa 1 du Code civil soumet le contrat de cession fiduciaire générale de créances et ses avenants à la formalité d'enregistrement « *dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France* ». Par ailleurs, la transmission des droits résultant du contrat de cession de même que la désignation ultérieure du bénéficiaire sont pareillement justiciables d'un écrit enregistré *ad validitatem* (C.civ., art.2019, al.3). La loi ne précise pas à qui incombe la charge de remplir la formalité : celle-ci relève alors de la convention des parties. En l'absence de stipulations contractuelles, on pourrait penser que le fiduciaire qui est un professionnel devrait entreprendre la démarche⁶⁹⁸.

649. Exigence d'un écrit R Certes, les textes n'exigent pas de manière formelle un écrit. Cependant, la loi requiert que certaines mentions obligatoires figurent sur le contrat de fiducie et impose la formalité d'enregistrement. On peut en déduire que la cession fiduciaire générale de créances prend nécessairement la forme d'un écrit.

⁶⁹⁷ Ainsi, la cession fiduciaire générale est soumise au principe de double spécialité.

⁶⁹⁸ C. Witz, *J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse*, « Fiducie. - Introduction et constitution », fasc. 785, n°71.

2. Conditions d'opposabilité

650. Opposabilité aux tiers R L'article 2018-2 est le seul article qui régit spécifiquement la cession de créances réalisées dans le cadre d'une fiducie. Selon ce texte, la cession est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. L'opposabilité immédiate de la sûreté est déjà admise en matière de nantissement de créances (C.civ., art., 2361) et de cession de créances professionnelles par bordereau Dailly (art. L.313-27, alinéa 1 du Code monétaire et financier)⁶⁹⁹.

651. Opposabilité au débiteur cédé R Le même article énonce que la cession devient opposable au débiteur de la créance cédée à partir de la date de notification qui lui est faite par le cédant ou le fiduciaire. Ainsi, le débiteur cédé n'est pas traité comme un tiers étranger à la cession dans la mesure où bien qu'il ne soit pas partie au contrat de fiducie, il est le sujet passif de l'obligation de paiement. Par ailleurs, les parties peuvent convenir de la distribution de la tâche de notification.

652. CONCLUSION DU § I R Bien que les textes ne posent pas de manière spécifique les conditions de constitution de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie, il est possible de repérer celles-ci à travers les dispositions relatives à la fiducie-sûreté sur les meubles. Le formalisme de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie est lourd notamment avec l'exigence d'enregistrement et de la constitution d'un patrimoine d'affectation.

On peut se demander si de telles exigences formelles seront compensées par des effets plus significatifs que cette sûreté pourrait produire. C'est ce qui sera évoqué dans les développements qui suivent.

§ II – EFFETS

653. Absence de dispositions spécifiques R Conçue comme la cession fiduciaire officielle de créances à titre de garantie de droit commun, la cession fiduciaire générale devrait, espère-t-on, réunir toutes les vertus d'une sûreté sur créances. Curieusement, on ne peut que regretter que le législateur n'ait pas spécifiquement précisé le régime de la cession fiduciaire générale de créances et que l'on doive le déduire des dispositions applicables aux fiducies-sûreté sur les meubles. Dans la

⁶⁹⁹ Pour une critique de cette approche, v. *supra*, n°566.

mesure où les créances sont des biens incorporels particuliers, la fiducie-sûreté les grevant aurait du être traitée de manière séparée.

Nous essayerons de définir le régime de la cession fiduciaire générale de créances en analysant le mécanisme de transfert de propriété des créances cédées (A) avant d'évoquer les règles de mise en œuvre de la sûreté (B).

A. Transfert de propriété des créances cédées

654. Aperçu général ¶ Basée sur l'utilisation de la propriété comme une garantie, la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie emporte le transfert de propriété des créances. Toutefois, la propriété transmise n'est pas une propriété libre et souveraine. Il s'agit d'une propriété fiduciaire qui peut, au dénouement de la sûreté, faire retour au constituant ou muter en propriété ordinaire au profit du bénéficiaire.

Nous évoquons successivement le mécanisme du transfert de propriété dans le cadre de la cession (1) et ses impacts (2).

1. Mécanisme

655. Propriété fiduciaire ¶ Aux termes de l'article 2372-1, alinéa 1 du Code civil, « *la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie* ». Ainsi, la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie entraîne de plein droit le transfert de propriété : les créances objets de la cession sortent du patrimoine du constituant pour entrer corrélativement dans le patrimoine fiduciaire.

En matière de cession Dailly, l'article L.313-24, alinéa premier du Code monétaire et financier énonce que « *la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». Les textes régissant la fiducie-sûreté n'énoncent nulle part que la fiducie transfère au fiduciaire la propriété du bien ou droit qui en est l'assiette. En effet, l'article 2011 du Code civil se contente de prescrire que « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits [...], à un ou plusieurs fiduciaires* ». De même, l'article 2372, alinéa 1 susmentionné n'indique pas non plus le bénéficiaire de la cession à titre de garantie. La réserve du législateur pourrait être expliquée par l'influence subie par la théorie de l'unicité du patrimoine d'Aubry et Rau, selon laquelle une même personne ne peut se trouver à la

tête de deux patrimoines ni par addition, en acquérant d'un tiers un patrimoine qui s'ajouterait au sien, ni par scission, en fractionnant son patrimoine en deux entités distinctes⁷⁰⁰. L'imprécision des textes a conduit un auteur à considérer que la fiducie ne serait pas translatrice de propriété⁷⁰¹.

656. Bénéficiaire du transfert R Si un transfert de propriété (C.civ. art. 2372-1, al.1) ou une cession de créances (C.civ. art. 2018, al.1) a lieu, il devra y avoir absolument un bénéficiaire de ce transfert. La doctrine majoritaire considère qu'une propriété se trouve transférée du constituant au fiduciaire dans un but de garantie⁷⁰². Le fiduciaire est ainsi investi de la propriété fiduciaire. Si le créancier garanti est le fiduciaire, le transfert de propriété des créances cédées s'effectue en sa faveur. La fiducie-sûreté casse ainsi l'unité du patrimoine du fiduciaire⁷⁰³.

657. Distinction entre la propriété fiduciaire et la propriété classique R La propriété fiduciaire est cependant différente de la propriété ordinaire décrite à l'article 544 du Code civil à plusieurs égards. D'abord, tandis que la propriété ordinaire est perpétuelle en ce sens qu'elle a vocation à se prolonger indéfiniment, la propriété fiduciaire n'est que temporaire car elle ne dure jamais que jusqu'à l'échéance du terme⁷⁰⁴, les biens fiduciaires ayant vocation à faire retour dans le patrimoine du constituant. De plus, la propriété fiduciaire est limitée, les pouvoirs du fiduciaire n'étant pas absolus. En effet, sa mission et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition doivent être déterminées par le contrat de fiducie (C.civ., art. 2018). Autrement dit, le contrat de fiducie peut limiter ses pouvoirs, ce qui est également confirmé par l'article 2023⁷⁰⁵ et l'article 2372-3⁷⁰⁶ du Code civil. Ainsi, le fiduciaire n'a pas tous les attributs d'un véritable propriétaire. Par ailleurs, la propriété fiduciaire n'est un élément de richesse. En effet, en cas de paiement de la dette garantie, la sûreté se dénoue par le retour au constituant des créances

⁷⁰⁰ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd, 1873, t.6, p.229 et s.. V. également V.Wester-Ouisse, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA*, 14 décembre 2009, n°248.

⁷⁰¹ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », première partie, *Defrénois*, 30 août 2007 n°15, p.1094, n°25 et s.

⁷⁰² M. Grimaldi, « Théorie du patrimoine... », article précité, n°3 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd, LGDJ, 2011, n°785 ; C. Witz, Fasc. 785 précitée, n°23 et Ch. Larroumet « Fiducie et propriété », *liber amicorum*, Economica 2010.

⁷⁰³ M. Grimaldi, « Théorie du patrimoine... », article précité.

⁷⁰⁴ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 15 septembre 1991, numéro 17, p.897, n°16.

⁷⁰⁵ Article 2023 : « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la **limitation de ses pouvoirs** ».

⁷⁰⁶ L'article 2372-3 : « à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, **acquiert la libre disposition** du bien ou du droit cédé à titre de garantie. Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut **exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer**, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix ».

fiduciaires. Mais en cas de défaillance du débiteur de l'obligation garantie, le bénéficiaire de la fiducie acquiert la propriété définitive de ces créances, à charge pour lui de verser au constituant la différence éventuelle entre la valeur des créances et le montant de la dette garantie (C.civ., art. 2372-3 et art. 2372-4). Ainsi, le créancier bénéficiaire est riche de sa créance et non de la propriété fiduciaire et la valeur économique reste au constituant dont elle permet la libération⁷⁰⁷. Enfin, la propriété fiduciaire est finalisée par une mission⁷⁰⁸, à savoir la prestation de service en cas de fiducie-gestion et la fonction de garantie en cas de fiducie-sûreté alors que la propriété ordinaire n'a pas de fin préalablement déterminée.

2. Conséquences

658. Transfert des accessoires R Il n'y a aucune disposition au sein des articles relatifs à la fiducie-sûreté sur les meubles qui traite spécifiquement du transfert des accessoires en cas de cession de créances dans le cadre d'une fiducie. En principe, cette cession devrait emporter le transfert de ses accessoires tels que les véritables sûretés garantissant son paiement, les intérêts qu'elle génère et les droits et actions appartenant au constituant et attachés à la créance cédée, notamment l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle. La solution est déjà adoptée en matière de nantissement de créances (C.civ., art. 2359) et de cession de créances professionnelles par bordereau (C. monét. fin., art., L.313-27, al. 3).

659. Invocation des exceptions R De même, le législateur n'évoque pas la question de l'opposabilité des moyens de défense que le débiteur cédé peut opposer au fiduciaire lorsque celui-ci s'adresse à lui pour exiger paiement de la créance cédée. Les solutions admises en matière de cession de créances professionnelles par bordereau Dailly seraient transposables à la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie. Ainsi, les exceptions inhérentes à la créance cédée sont toujours opposables au fiduciaire tandis que les exceptions extérieures à la créance cédée lui deviennent inopposables à partir de la date d'opposabilité de la cession⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ M. Grimaldi, « Théorie du patrimoine... », article précité, n°5.

⁷⁰⁸ M. Grimaldi, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de droit Henri Capitant*, n°2, 30 juin 2011, n°14.

⁷⁰⁹ V. *supra*, n° 601 et s.

B. Mise en œuvre de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie

660. La créance cédée arrive à l'échéance avant la créance garantie R Les textes ne fournissent aucune solution dans l'hypothèse où la créance cédée en fiducie devient exigible alors que la créance garantie ne l'est pas encore. En principe, comme le fiduciaire est le titulaire de la créance cédée, il a seul le droit de recevoir paiement de celle-ci.

Toutefois, dans la mesure où la cession fiduciaire générale de créances ne devient opposable au débiteur cédé qu'à partir de la notification qui lui est faite (C.civ., art. 2018-2), le paiement de la créance cédée entre les mains du constituant, créancier initial, serait libératoire en l'absence de la notification en application de l'article 1240 du Code civil selon lequel « *le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* ». Le débiteur cédé peut alors s'en tenir à l'apparence : le constituant passe toujours à ses yeux pour être son créancier. La solution n'est pas inédite car on la connaît déjà en matière de nantissement de créances ou de cession de créances professionnelles par bordereau. La théorie du mandat d'encaissement largement reconnue par la doctrine en matière de la cession Dailly sera transposable à la cession fiduciaire générale de créances : le constituant recouvre le paiement en tant que mandataire du bénéficiaire de la fiducie. Ce mandat peut être expresse lorsqu'il résulte du contrat de fiducie mais peut être tacite s'il résulte implicitement de l'absence de notification. Si le créancier bénéficiaire avait assorti le mandat de recouvrement d'instruction de placer les fonds sur un compte spécifique tenu par le fiduciaire, celui-ci pourrait alors contrôler les fonds et ne les réserver au constituant qu'en cas de besoin, sur la base de critères objectifs (donc il conserverait la propriété économique des créances grevées) et le créancier bénéficiaire pourrait échapper aux contraintes de l'ouverture de la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant⁷¹⁰.

Lorsque le débiteur cédé a reçu notification, il ne se libère valablement qu'en payant le fiduciaire. Les sommes perçues en paiement des créances cédées ne sont pas affectées par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire (C. civ., art.2024).

⁷¹⁰ R. Dammann, « L'utilisation de la fiducie comme technique » *Rev. proc. coll.*, n°3, mai 2013, dossier 20.

661. En cas de paiement de la dette garantie R Les textes ne précisent pas les conditions de dénouement de la sûreté en cas de paiement de la dette garantie par le constituant. Toutefois, dans ce cas, la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie prend fin et les créances font de retour au constituant. Ce retour aura lieu de plein droit comme dans le cas de transfert de propriété des créances cédées au bénéficiaire en cas de réalisation de la sûreté⁷¹¹.

S'il a reçu paiement des créances cédées, le fiduciaire a l'obligation de restituer au constituant les fonds ainsi perçus.

662. La créance cédée arrive à l'échéance après la créance garantie R Aux termes de l'article 2372-3, alinéa 1 du Code civil, « *à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie* ». La propriété fiduciaire se transforme ainsi en propriété ordinaire et il y a un transfert définitif de celle-ci au créancier garanti. Cependant, une stipulation contractuelle pourra prévoir une solution différente.

Si le créancier n'est pas le fiduciaire mais le bénéficiaire de la cession fiduciaire générale de créances, il peut exiger du fiduciaire « *la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix* ». Dans la mesure où la créance est un bien incorporel, sa remise physique n'est pas envisageable. On peut considérer que s'agissant de la cession fiduciaire générale de créances, le créancier garanti est en droit d'exiger du fiduciaire qu'il lui transfère le droit de propriété fiduciaire de la créance cédée qui devient par l'effet de la réalisation de la sûreté une propriété ordinaire.

Le créancier peut également exiger du fiduciaire la vente de la créance cédée, par voie d'affacturage ou de cession définitive et la remise du produit de la vente si le contrat de fiducie prévoit cette possibilité.

663. Nature du transfert de propriété R Lorsque le bénéficiaire n'est pas le fiduciaire, ce dernier est le débiteur envers le bénéficiaire d'une obligation de transfert de propriété de la créance cédée. Il reste à déterminer de quelle manière et à quelle date s'opère ce transfert de propriété.

⁷¹¹ V. *infra*, n°663.

L'alinéa 3 de l'article 2019 du Code civil prévoit que la transmission des droits résultant du contrat de fiducie doit à peine de nullité donner lieu à un acte écrit enregistré dans le délai d'un mois à compter de la date de l'acte de transmission.

Pour certains auteurs, le transfert de propriété du fiduciaire au bénéficiaire constitue une obligation de donner. Pour eux, il y a l'obligation de retransférer la propriété, donc de donner⁷¹². Le transfert de propriété de la créance s'opère alors à l'accomplissement de la formalité d'enregistrement prescrite par l'alinéa 3 de l'article 2019 du Code civil⁷¹³.

Pour d'autres, la transmission du patrimoine fiduciaire au bénéficiaire a lieu « *de plein droit comme un effet du contrat*⁷¹⁴ ».

Mais pour la plupart des auteurs, le fiduciaire est tenu d'une obligation de délivrance des biens fiduciaires à l'égard du tiers bénéficiaire, c'est-à-dire d'une obligation de faire⁷¹⁵. Le transfert de propriété du fiduciaire au tiers bénéficiaire s'opère alors de plein droit, automatiquement dès la survenance de la défaillance du débiteur ou de l'événement prévu au contrat. Cette approche est pragmatique et facilite la mise en œuvre de la sûreté. Par ailleurs, l'article 2019 du Code civil se trouve parmi les dispositions relatives à la constitution de la fiducie, son alinéa 3 vise plutôt la transmission des droits pendant la durée du contrat de fiducie⁷¹⁶ et non à la phase de dénouement de la sûreté.

664. Garantie du paiement effectif R L'attribution de la propriété fiduciaire au créancier garanti, qu'il soit le fiduciaire ou le bénéficiaire, en cas de défaillance du constituant éteint-elle la créance garantie ou celle-ci ne s'éteint-elle qu'au paiement effectif de la créance cédée ? La question est délicate d'autant plus que créancier garanti peut faire face à un débiteur cédé insolvable et aura donc des difficultés à recouvrer le montant de la créance cédée.

⁷¹² C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, préf. Schmidt, n° 309 ; Ph. Simler, *J.-Cl. Civil*, « Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », art. 1136 à 1145, n°s 13, 25 et 37.

⁷¹³ C. de la Jarte, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *Revue Lamy Droit civil* mai 2009, p.71.

⁷¹⁴ F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 287.

⁷¹⁵ F. Barrière, « La fiducie, commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », 2^e partie, *Bull. Joly Sociétés* 2007, n°16 ; P. Puig, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr.* 2008, n° 171, p. 73 ; Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E*, n°12, 22 mars 2007, act. 134 ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution ... », 2^e partie, article précité, n°57.

⁷¹⁶ Par exemple lorsqu'un créancier garanti souhaite sortir d'un syndicat.

Dans la mesure où la cession fiduciaire générale remplit une fonction de garantie, le fait que le constituant garantisse le paiement effectif de la créance cédée n'est pas surprenant. Or, la solution a été expressément admise par l'article L.313-24, alinéa 2 du Code monétaire et financier en matière de cession Dailly. Dans le silence des textes, rien n'interdit aux parties de stipuler une telle garantie solidaire due par le constituant au créancier garanti en complément d'une garantie sur l'existence des actifs en fiducie.

665. Restitution R La réalisation de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie ne saurait générer un enrichissement sans cause du créancier. Selon l'article 2372-4 du Code civil, le créancier doit verser au constituant la différence éventuelle entre la valeur du bien ou du droit cédé (ou le produit de sa vente selon le cas) et le montant de la dette garantie lorsque cette valeur excède ce montant. L'application de ce principe à la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie doit tenir compte des spécificités même de la créance cédée : la valeur de la créance mentionnée dans le contrat de fiducie n'est qu'une valeur nominale et le créancier garanti, en devenant le propriétaire de la créance ne détient pas la créance elle-même. Autrement dit, rien n'assure qu'il percevra effectivement cette valeur nominale au jour de l'échéance de la créance cédée. Il ne serait pas alors tenu de restituer la différence tant qu'il ne recevra pas paiement de la créance cédée.

666. CONCLUSION DE LA SECTION I R Dans la mesure où la fiducie-sûreté prévue à l'article 2372-1 et suivant du Code civil concerne l'ensemble des biens meubles, elle ne couvre pas tous les aspects de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie. Il existe des zones d'ombre telles que l'opposabilité des moyens de défense soulevés par le débiteur de la créance cédée, la garantie due par le constituant du paiement effectif de la créance cédée, le transfert des accessoires, etc. que la loi ne traite pas. Celles-ci pourraient empêcher le recours à la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie notamment lorsque la cession Dailly de créances titre de garantie et le nantissement de créances de droit commun disposent tous les deux d'un régime beaucoup plus complet et plus ou moins testé notamment en cas de la cession Dailly. Les praticiens préfèrent souvent les mécanismes présentant moins de risques.

Certes, l'atout visible de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie est qu'elle met le créancier garanti à l'abri des concours des autres créanciers,

notamment en cas de procédure collective du constituant. Toutefois, il apparaît que le nantissement de créances de droit commun et la cession par bordereau de créances professionnelles offrent presque la même efficacité.

Bien que consacrée par les textes, la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie ne semble pas une sûreté idéale sur créances. Or, la pratique a recouru à une fiducie innommée d'origine romaine. Pourrait-on alors admettre celle-ci comme la quatrième sûreté conventionnelle sur créances ? Nous essayerons de trouver la réponse à cette question dans les développements suivants.

SECTION II : CESSION FIDUCIAIRE INNOMMÉE

667. Mécanisme R La cession innommée de créances consiste pour un débiteur à transférer à titre temporaire à un créancier la propriété d'une ou plusieurs créances pour garantir le remboursement d'un crédit qui lui est consenti. Le créancier prend l'engagement de rétrocéder les créances en cas de désintéressement du créancier garanti. Les créances cédées sortent du patrimoine du cédant pour entrer corrélativement dans le patrimoine du cessionnaire. Les fonds reçus en paiement de ces créances (par exemple les loyers périodiques) viendront diminuer le montant de l'encours du crédit⁷¹⁷. Ainsi, la cession de créances de droit commun prévue aux articles 1689 et suivants du Code civil pourrait constituer une aliénation fiduciaire à titre de garantie. La cession innommée pourrait être utilisée dans les cas où il n'est pas possible de recourir à la cession par bordereau (tenant au monopole bancaire, notamment) et permettrait d'échapper au formalisme lourd de la cession fiduciaire générale.

668. Doctrine favorable R Certains auteurs soutiennent l'admission de la cession fiduciaire innommée de créances pour plusieurs raisons. D'abord, elle relève de la liberté contractuelle : si les parties acceptent cette garantie intelligente qui associe l'amortissement du crédit à l'effet de sûreté, il n'y a aucune raison de leur imposer de se plier aux règles nouvelles de la fiducie-sûreté⁷¹⁸. De plus, selon le professeur

⁷¹⁷ L. Aynès, « La cession de créances à titre de garantie : quel avenir ? », *Dr et Patr.*, n°158, avril 2007. V. également P. Crocq, *Propriété et garantie*, th. LGDJ, 1995, préf. M. Gobert ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 2004, n°758 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés – La publicité foncière*, Defrénois, 2004, n°528 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4^e éd., 2004, n° 713 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés – la publicité foncière*, Précis Dalloz, 3^e éd., n°639 ; Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981.

⁷¹⁸ L. Aynès, « La cession de créances... », article précité.

Christian Larroumet, « *on ne comprendrait pas pourquoi la cession à titre de garantie serait possible s'il s'agit d'une cession Dailly tandis qu'elle serait impossible en ce qui concerne la cession de droit commun. S'il devait y avoir des obstacles tenant à la nature du bien qui fait l'objet de la fiducie-sûreté, en l'occurrence une créance, ces obstacles seraient les mêmes pour toute aliénation fiduciaire à titre de sûreté*⁷¹⁹ ».

669. Discrète consécration de la cession fiduciaire innommée de créances R La Cour de Cassation a eu l'occasion en 2001 de prendre position à propos d'une cession fiduciaire innommée de créances⁷²⁰. En l'espèce, une société avait souscrit par acte notarié un emprunt pour acquérir des lots immobiliers. L'acte notarié stipulait la cession au profit du prêteur de toutes créances de loyers, de charges et des frais qui résulteraient des baux à conclure. Le constituant autorisait le prêteur à signifier le cas échéant, à son seul gré, cette cession aux locataires, conformément à l'article 1690 du Code civil et s'était engagé à communiquer au prêteur les coordonnées de son locataire du moment et à l'aviser aussitôt en cas de changement de locataire. Il s'agissait d'une cession de créances futures sur le modèle de la cession Dailly à titre de garantie. Trois ans plus tard, alerté par des incidents de paiement, le prêteur cessionnaire signifia la cession à l'un des locataires. Le cédant tombait en suite en redressement judiciaire. Le litige opposait alors le prêteur cessionnaire aux organes de la procédure collective.

Pour la cour d'appel, en raison de l'imprécision des termes de la cession quant aux créances cédées, la volonté du cédant était douteuse. La Cour de Cassation annula l'arrêt de la cour d'appel pour deux raisons. D'abord, les clauses de cession dont il résultait que l'emprunteur, dans la limite de ses dettes d'emprunt envers le prêteur avait cédé à celui-ci ses créances locatives, étaient claires et précises. Et ensuite, les créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification.

Ainsi, la Cour de Cassation ne s'est pas prononcée directement sur la validité de la cession fiduciaire innommée de créances. Elle a sanctionné simplement la dénaturation d'une convention claire de cession de créances. Toutefois, « *on ne peut pas imaginer qu'affirmant la possibilité de céder des créances futures ou*

⁷¹⁹ Ch. Larroumet, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », Recueil Dalloz, 2007, p. 344.

⁷²⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, n°99-14.982.

éventuelles, la Cour de Cassation n'ait pas aussi admis celle de les céder à titre de garantie⁷²¹ ». On peut ainsi comprendre que les juges suprêmes ont implicitement admis la validité de la cession fiduciaire innommée de créances⁷²².

670. Rejet de l'admission sans texte de la cession innommée de créances Une partie de la doctrine est réticente à admettre cette héritière de la fiducie romaine. En effet, il ne serait pas envisageable que les parties puissent créer une sûreté qui leur permettrait de s'affranchir des règles impératives énoncées par le législateur⁷²³. Par ailleurs, la cession innommée de créances n'est qu'une cession fiduciaire et devrait être expressément consacrée par le législateur pour être valable⁷²⁴.

La Cour de Cassation a finalement fait sienne en 2006 cette réticence doctrinale en jugeant 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 créance⁷²⁵ ». Elle a ainsi requalifié en nantissement de créances une cession de loyers à titre de garantie réalisée en marge de la cession Dailly mais sur le modèle de celle-ci. Les hauts magistrats prônèrent alors le principe de *numerus clausus* des droits réels. La requalification reste cependant discutable⁷²⁶.

En 2010, la Cour de Cassation a affirmé encore une fois qu'une cession de créances à titre de garantie consentie dans les conditions du droit commun ne pouvait constituer qu'un nantissement de créances⁷²⁷. La position actuelle de la jurisprudence est donc ferme : elle ne consacre pas la cession fiduciaire innommée de créances.

671. CONCLUSION DE LA SECTION II Il résulte de notre analyse que les parties ne peuvent plus, en état actuel du droit français, constituer dans les conditions du droit commun une cession de créances qui échappe au formalisme de la cession fiduciaire générale de créances. Pour la jurisprudence, seule la cession fiduciaire générale de créances de droit commun est admise.

⁷²¹ L. Aynès, « Discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », *D.* 2001, p.3110, n°14.

⁷²² Le recours à ce mode de garantie a été admis en constance en jurisprudence depuis longtemps : Cass. 16 juin 1936, *Sirey* 1936, I, p. 140 *RD.* 1936, I, p. 443 ; Cass. com., 29 mars 1989, *D.* 1989, jur. P. 457, note D.R. Martin ; Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n°178, *D.* 1995, jur. p.124, note C. Larroumet, Cass. com., 3 juin 1997.

⁷²³ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013, n°771.

⁷²⁴ D. Legeais, « La cession de créances à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance », *JCP G*, n°16, 18 avril 2007, II 10067.

⁷²⁵ Cass. com., 19 déc. 2006, n°05-16.395.

⁷²⁶ L. Aynès, « La cession de créances à titre... », article précité ; C. Larroumet, « La cession de créance de droit commun... », article précité et F. Julien, « Requalification et financements bancaires Ré Aspects de droit français et anglais », *Banque & Droit*, n°115, septembre-octobre 2007.

⁷²⁷ Cass. com., 26 mai 2010, n°09-13.388 ; *RDBF*, n°4, juillet 2010, comm. 142, obs., A. Cerles ; M-E. Mathieu « Le nantissement de créances notifié : une sûreté devenue absolue ? - Réflexions pratiques autour de la décision de la Chambre commerciale du 26 mai 2010 », *RDBF*, n°5, septembre 2010, étude 22.

Pour un auteur, bien qu'elle ne soit pas justifiée et dénature la convention des parties, cette position n'est paradoxalement pas désavantageuse pour les créanciers car le nantissement de créances de droit commun, qui donne au créancier nanti un droit exclusif, constitue une alternative efficace⁷²⁸. Ainsi qu'exposé précédemment, il apparaît que le nantissement de créances bien que non translatif de propriété constitue une sûreté efficace à condition que la jurisprudence suive cette belle intention des auteurs de l'ordonnance de 2006.

672. CONCLUSION DU CHAPITRE II La cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie n'a fait son entrée en droit français qu'en 2007 tandis que la cession fiduciaire innommée de créances est une création de la pratique qui a été systématiquement rejetée par la jurisprudence. Il faut en effet une loi pour déroger au principe de l'unicité du patrimoine et le juge n'est pas une source du droit. Ceci reflète les réticences à la généralisation de la cession à titre de garantie. On craint un risque de spoliation du débiteur ou un gaspillage de son crédit.

673. CONCLUSION DU TITRE I La cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie demeure la seule cession fiduciaire du droit commun. Or, elle fait intervenir nécessairement un professionnel en qualité de fiduciaire. De même, la cession Dailly ne grève que les créances professionnelles. Une cession fiduciaire d'une application plus générale fait encore défaut en droit français.

L'étude de ces deux sûretés nous permet de conclure que la cession fiduciaire générale de créances n'a que peu de chances à concurrencer la cession de créances professionnelles par bordereau en raison de son lourd formalisme, des coûts qu'elle pourrait générer et de l'absence d'un régime juridique détaillé.

La *mortgage* de droit anglais est une sûreté classique qui permet d'utiliser la fonction de garantie du droit de propriété. Son assiette peut être constitutive des créances monétaires. Nous examinerons la *mortgage* sur créances de droit anglais dans les développements suivants.

⁷²⁸ P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés,...*, ouvrage précité, n°683.

TITRE II : AUTRES DROITS

674. Notion de créance R Le terme *receivable* désigne en droit anglais un montant dû à une entreprise. Sur le plan juridique, les *receivables* sont une catégorie de *choses in action*. Par le passé, le droit anglais utilisait l'expression *book debt* pour désigner un tel montant. Cette expression apparaît dans certains textes notamment l'*Insolvency Act 1986* et dans la version, applicable jusqu'à réforme du système d'enregistrement des *charges* de 2013, de la *Companies Act 2006*. En conséquence, l'expression *book debt* a acquis un sens spécifique désignant ainsi un montant dû à une entreprise dans la conduite de ses affaires qui fait normalement l'objet d'une écriture en compte⁷²⁹. Il en résulte que les *receivables* ne sont pas toutes des *book debts*⁷³⁰. Par exemple, une créance éventuelle (contingent debt) comme celle due à l'entreprise par une caution pendant la durée du cautionnement est une *receivable* mais non une *book debt* dans la mesure où le principe comptable de prudence, l'un des fondamentaux de la comptabilité impose de ne pas enregistrer une telle créance sur son livre comptable.

Toutefois, sous l'influence de la terminologie américaine, le commerce moderne tend à utiliser l'expression *receivables* pour englober toutes les dettes dues à une entreprise, notamment dans la mesure où le terme *receivable* reflète mieux que le bien appartient au créancier.

Au niveau du droit prospectif, le rapport de la *Law Commission* R comité indépendant en charge de la revue et de la réforme de la loi R propose de définir une *receivable* comme étant une créance monétaire (monetary obligation) générée par la fourniture de marchandises ou de services (y compris l'approvisionnement en énergie et les commissions de courtage)⁷³¹.

On peut alors comprendre que les *receivables* sont des créances détenues par une entreprise sur un tiers dans le cadre des contrats de vente ou de prestation de services⁷³².

⁷²⁹ V. *supra*, n°377.

⁷³⁰ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, Oxford 2007, para.5.70.

⁷³¹ Law Commission, Report on Company Security Interests (2005), para.4.29. Le rapport entier est disponible sur <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/company-security-interests.htm>.

⁷³² L'exemple suivant tiré d'un contrat de cession de créance illustre une définition particulièrement large du terme "receivable":

"The term "Receivables" includes:

(i) all present and future book and other debts, rentals, royalties, fees, VAT and monetary claims and all other amounts

675. Choses in action R En droit anglais, la distinction entre les différents droits dépend en général des procédures par lesquelles ces droits ont été reconnus par le juge à moins qu'il y ait intervention du législateur au moyen des actes du Parlement (statutes)⁷³³. Les *choses in action* désignent tous les droits personnels de propriété qui peuvent être réclamés ou mis en œuvre par une action en justice seulement⁷³⁴ et non par voie d'une appréhension physique⁷³⁵ comme dans le cas des biens meubles corporels (*choses in possession*). Constituent les *choses in action* les sept catégories de biens incorporels suivants⁷³⁶ : les créances (*debts*), les droits contractuels (*rights under a contract*)⁷³⁷, les baux de terrains (*leases over land*), les droits ou les causes d'agir en justice⁷³⁸ (*rights or causes of action*), les actions et parts sociales (*shares*), les droits de propriété intellectuelle (*intellectual property*) et les *equitable rights*⁷³⁹. Ainsi, elles sont des purs biens meubles incorporels (*pure intangible movables*)⁷⁴⁰. L'utilité des *choses in action* consiste à ce qu'elles créent des droits futurs.

Le transfert de créances à titre de garantie revêt des formes variées en droit anglais (chapitre I) alors qu'il est inconnu en droit vietnamien (chapitre II).

recoverable or receivable by [Bexhill] from other persons or due or owing to [Bexhill] (including, but not limited to, the Qualifying RF Receivables and all other amounts payable to [Bexhill] under the [Bexhill FA] and the Retail Financier Assignments) whether actual or contingent and whether arising under contract or in any other manner whatsoever; (ii) the benefit of all rights and remedies relating to any of the foregoing including, without limitation, claims for damages and other remedies for non-payment of the same, all entitlements to interest, negotiable instruments, guarantees, indemnities, encumbrances, reservations of property rights, rights of tracing and unpaid vendor's liens and similar associated rights; and (iii) all proceeds of any of the foregoing"

⁷³³ Pour une présentation synthétique de la classification des biens en *common law* et en *equity* en droit anglais, v. Marcus Smith, *The Law of assignment, the creation and transfer of choses in action*, Oxford University Press, 2007, paras. 2.03 and seq.

⁷³⁴ Une *chose in action* peut ne pas être mise en œuvre immédiatement par une action en justice mais elle pourra l'être à un moment donné dans le futur.

⁷³⁵ Arrêt *Torkington v Magee* [1902] 12 KB 427 at 439 per Channel J.

⁷³⁶ Halsbury's Laws of England, *Choses in action*, volume 13, 5th edn, 2009, paras. 5 and seq.

⁷³⁷ Pour certains auteurs, les droits contractuels incluent également les créances monétaires. Voir par exemple, Jonathan Porteous, "Assignment and charges of contractual rights and receivables", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 9, october 2013.

⁷³⁸ Par exemple, le droit de poursuite pour le non-respect d'une obligation contractuelle ou le droit de poursuite sur le plan délictuelle.

⁷³⁹ Les *equitable rights* comprennent la propriété économique sous un *trust* ou un *trust fund*, des legs, les parts d'une société en nom collectif et le droit du constituant d'une *mortgage* à l'excédent après la mise en œuvre par le créancier garanti de son droit de vente.

⁷⁴⁰ Par opposition aux biens incorporels à caractère documentaire (v. *supra*, n° 28).

CHAPITRE I : DROIT ANGLAIS

676. *Mortgages sur les droits incorporels* R Si l'hypothèque immobilière de droit français ne confère au créancier hypothécaire qu'un droit de préférence qui s'exerce sur la valeur du bien mis en hypothèque et un droit de suite qui lui permet de saisir le bien entre les mains d'un tiers détenteur, la *mortgage* de droit anglais consiste en un transfert du droit de propriété sur un bien à titre de garantie sous une condition, qu'elle soit implicite ou explicite, que le droit de propriété sera retransféré au constituant en cas de paiement de l'obligation garantie⁷⁴¹.

Les *mortgages* ayant pour assiette des biens incorporels (intangibles) peuvent prendre plusieurs formes. En effet, une *mortgage* sur presque tout droit incorporel peut être consentie par voie d'une *assignment* ou d'une *novation* ou en cas de biens incorporels à caractère documentaire (documentary intangibles) par voie de négociation par la délivrance moyennant tout endossement nécessaire⁷⁴².

677. *Distinction assignment/novation* R L'*assignment* (cession) désigne le transfert des droits nés d'un contrat. En principe, une partie à un contrat peut céder à un tiers ses droits qui en découlent mais il ne peut pas céder ses obligations sans le consentement de l'autre partie⁷⁴³. Autrement dit, l'*assignment* ne permet pas de transférer les obligations mais seulement les droits.

La seule façon pour une partie de céder tous ses droits et obligations nés d'un contrat est la *novation*⁷⁴⁴. Cette institution prend sa source en droit romain mais elle s'est développée de manière indépendante⁷⁴⁵. Par *novation*, un contrat est formé en remplacement d'un autre contrat ou d'une partie de celui-ci⁷⁴⁶. Deux éléments principaux du mécanisme de *novation* sont la résolution conventionnelle d'un contrat existant ou d'une partie d'un contrat existant et la formation d'un nouveau contrat par

⁷⁴¹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.150.

⁷⁴² Ibid.

⁷⁴³ Arrêt *Tolhurst v Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd* [1902] 2 KB 660.

⁷⁴⁴ Sur la technique de *novation*, v. Julian Bailey "Novation" (1999) 14 *Journal of Contract Law*, p. 189 et s.

⁷⁴⁵ J. B. Ames, "Novation", *Harvard Law Review*, vol. 6, issue 4, 1892-1893, pp. 184-194.

⁷⁴⁶ Arrêts *Vickery v The Commissioner of Stamp Duties* (1950) 51 SR (NSW) 79 at 81R2, per Street CJ; *Olsson v Dyson* (1969) 120 CLR 365 at 388, per Windeyer J; *Tito v Waddell* (No 2) [1977] 1 Ch 106 at 287, per Megarry V-C; *Harry v Fidelity Nominees Pty Ltd* (1985) 41 SASR 458 at 461, per King CJ; *Calaby Pty Ltd v Ampol Pty Ltd* (1990) 71 NTR 1 at 16, per Angel J; *Valentine Films Pty Ltd v Trimex Pty Ltd* Unreported, Fed Ct, Merkel J, 7 March 1996, p 15 et *Spencer Constructions Pty Ltd v G & M Aldridge Pty Ltd* (1997) 76 FCR 452 at 465, per Northrop, Merkel and Goldberg JJ [Full Ct Fed Ct].

voie de substitution⁷⁴⁷ (dont les stipulations peuvent être différentes de celles du contrat existant). L'opération requiert le consentement de toutes les parties concernées.

678. Formes de sûretés sur créances R Deux formes de sûretés sur créances que connaît le droit anglais sont la *charge* et la *mortgage*. À la différence de la *mortgage*, la *charge* n'entraîne pas le transfert de la propriété, le constituant d'une *charge* demeurant propriétaire de la créance grevée. Néanmoins, la distinction n'a pas vraiment de sens dans la mesure où dans les deux cas, la notification de la sûreté au débiteur de la créance engagée protège le créancier garanti contre le risque d'un paiement entre les mains du constituant (chargor/mortgagor) et contre la perte de priorité face à un créancier garanti ultérieur⁷⁴⁸. Certes, comme il n'est pas titulaire de la créance grevée, le bénéficiaire d'une *charge* (chargee) ne jouit pas, à défaut d'une stipulation contractuelle, de toutes les prérogatives que la loi attribue au bénéficiaire d'une *mortgage*, telles que le droit d'engager des poursuites en son nom ou de vendre le bien grevé ou encore le droit de désigner un *receiver* en l'absence d'une autorisation du juge. Mais une *charge* bien rédigée lui offrira tous les pouvoirs dont il aurait besoin parmi lesquels se trouvent la possibilité de signer une *legal mortgage* et une procuration pour signer celle-ci au nom du constituant⁷⁴⁹.

679. Mortgages sur créances R La *mortgage* sur créances peut prendre la forme d'une *mortgage* par voie d'*assignment* ou d'une *mortgage* par voie de *novation*, ces techniques permettant toutes les deux de transférer la propriété des créances grevées. La *mortgage* sur créances par voie d'*assignment* est la formule la plus utilisée en pratique. En effet, il est particulièrement rare de structurer la sûreté en recourant à une convention tripartite qui nove une dette (par exemple pour éteindre une dette entre les deux parties initiales et en créer une nouvelle en faveur du créancier garanti).

Nous examinerons la *mortgage* sur créances par voie de cession (*assignment*) (section I) puis la *mortgage* sur créances par voie de *novation* (section II).

⁷⁴⁷ Arrêt *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd* [1960] 1 Ch 52 at 84R5 per Jenkins LJ.

⁷⁴⁸ V. *supra* la présentation de la *charge* sur les *book debts*, n° 373 et s.

⁷⁴⁹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-10.

SECTION I : *MORTGAGES* SUR CRÉANCES PAR VOIE DE CESSION

680. L'impossibilité de transférer les biens incorporels en *common law* R La *common law* ne reconnaît pas la possibilité de transférer les biens incorporels tels que les créances alors que dès le début du 17^e siècle, les juridictions d'équité ont admis que la plupart des biens incorporels sont susceptibles d'être transférés en équité⁷⁵⁰. En conséquence, il n'est pas possible en principe de consentir une *legal mortgage* sur ces biens. Cependant, il existe certaines exceptions à ce principe. On peut en citer deux qui sont les plus importantes en pratique. La première concerne les biens incorporels à caractère documentaire. Par exemple, les effets de commerce ou un autre instrument négociable peuvent être transférés en *common law* par simple livraison et si nécessaire, par l'endossement. De même que les titres au porteur. Il résulte de l'arrêt *Sewell v Burdick*⁷⁵¹, qu'une telle livraison peut constituer une *legal mortgage* si les parties ont l'intention de transférer la propriété de ces instruments. La deuxième exception est la *legal mortgage* des parts sociales et des *debentures* des sociétés. Depuis le milieu du 19^e siècle, le droit des sociétés a reconnu la possibilité de transférer ces biens. Le transfert est effectué par l'enlèvement du nom du cédant et son remplacement par celui du cessionnaire dans un registre tenu par la société à cet effet. La *common law* s'en est inspirée pour consacrer la *legal mortgage* sur les parts sociales et les *debentures* des sociétés. À part ces exceptions, les sûretés conventionnelles sur les biens incorporels prennent en général la forme d'une cession en équité (*equitable mortgage*), d'une *charge*, ou d'une forme prévue par l'article 136 de la *Law of Property Act 1925* appelée *legal assignment* qui est donc une cession prévue et réglementée et par la loi⁷⁵², dénommée dans la suite de cette étude une cession réglementée.

C'est la cession de créances à titre de garantie qui sera analysée ici. Nous évoquerons tout d'abord les règles de constitution des *mortgages* sur créances par voie de cession (§ I) avant de présenter leurs effets (§ II).

⁷⁵⁰ Arrêt *Warmstrey v Tanfield* [1628-29] 1 Rep Ch 29.

⁷⁵¹ [1884-85] LR 10 App Cas 74.

⁷⁵² Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2nd edn, 2011, paras. 3.35 *et seq.*

§ I : CONSTITUTION

681. Diversité des formes de *mortgages* sur créances R Une *mortgage* sur créance par voie de cession (*assignment*) transfère la propriété de la créance grevée au bénéficiaire de la *mortgage*. Ce transfert de propriété à titre de garantie revêt des formes variées en droit anglais. En effet, si la *mortgage* par voie de cession réglementée (*legal assignment*) prend une forme unique, on connaît trois méthodes pour constituer une cession en équité (*equitable assignment*).

Il n'existe pas de différence pratique entre une cession en équité et une *charge* sur créances. En plus des droits issus de la notification, l'avantage majeur d'une cession réglementée est qu'elle offre au créancier garanti la possibilité de poursuivre le débiteur cédé en son nom (la propriété juridique lui étant transférée) bien que ceci ne présente pas un véritable intérêt en pratique⁷⁵³.

Nous étudierons successivement ces méthodes de constitution des *mortgages* par voie de cession (A) puis les autres conditions de validité et d'opposabilité qui s'appliquent indifféremment à ces *mortgages* quelle que soit la catégorie à laquelle elles appartiennent (B).

A. Méthodes de constitution

682. Cession réglementée et cession en équité R Le droit d'*assignment* est le domaine où la distinction entre les règles de droit émanant des actes parlementaires (*statutory provisions*) et l'équité (*equity*) se fait encore sentir en droit anglais⁷⁵⁴. En effet, deux types de cession subsistent : cession réglementée (*legal assignment*) et cession en équité (*equitable assignment*). La cohabitation de celles-ci est le résultat d'un développement historique et non d'une certaine philosophie juridique⁷⁵⁵. Pour certains, le système est loin d'être satisfaisant et devrait être réformé dans la mesure où la distinction entre la cession réglementée et la cession en équité est obsolète, confuse et purement technique⁷⁵⁶. Toutefois, la *mortgage* par voie de cession en

⁷⁵³ Ibid, paras. 5.54 and 5.55.

⁷⁵⁴ Les juridictions de *common law* existaient indépendamment des juridictions d'équité jusqu'à leur fusion intervenue au 19^e siècle. Cependant les juges et les avocats tendent aujourd'hui encore à se spécialiser dans les questions de l'équité. En général, celles-ci sont liées plus étroitement aux juridictions d'appel que les juridictions de première instance.

⁷⁵⁵ Tom Burns, "The transfer of future rights in securitisations: a comparative study of the law in England and Scotland", *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2009.

⁷⁵⁶ P. Atiyah, *An introduction to Contract Law*, 5th edn, Sweet & Maxwell, 1995, p.364.

équité (2) constitue en pratique une alternative importante à celle par voie de cession réglementée (1).

1. La cession de créances prévue et réglementée par la loi

683. Législation applicable R La *legal assignment* (ou la *statutory assignment* ou *legal assignment under statute*) des créances peut être effectuée selon les dispositions de l'article s 136 de la *Law of Property Act 1925*⁷⁵⁷. Il s'agit donc d'une cession de créances prévue et réglementée par une loi promulguée par le Parlement par opposition à la cession en équité connue sous le nom d'*equitable assignment*. Nous reprenons ici ce texte :

« 136. - *Legal assignments of things in action.*

(1) Any absolute assignment by writing under the hand of the assignor (not purporting to be by way of charge only) of any debt or other legal thing in action, of which express notice in writing has been given to the debtor, trustee or other person from whom the assignor would have been entitled to claim such debt or thing in action, is effectual in law (subject to equities having priority over the right of the assignee) to pass and transfer from the date of such notice—

(a) the legal right to such debt or thing in action;

(b) all legal and other remedies for the same; and

(c) the power to give a good discharge for the same without the concurrence of the assignor:

Provided that, if the debtor, trustee or other person liable in respect of such debt or thing in action has notice—

(a) that the assignment is disputed by the assignor or any person claiming under him; or

(b) of any other opposing or conflicting claims to such debt or thing in action;

he may, if he thinks fit, either call upon the persons making claim thereto to interplead concerning the same, or pay the debt or other thing in action into court under the provisions of the Trustee Act, 1925 ».

Le texte de l'article s 136 a repris substantiellement l'article s 25(6) de la *Judicature Act 1873*. Le but de celui-ci était de dispenser le cédant (assignor) de comparaître

⁷⁵⁷ Pour une étude complète de la *legal assignment*, v. Marcus Smith, *The Law of assignment*,... ouvrage précité, paras. 10.01 and seq.

devant le juge dans les procès dans lesquels sa présence n'était pas nécessaire. La cession a pour effet de transférer en droit⁷⁵⁸ la propriété de la créance ou une autre *chose in action*⁷⁵⁹ au cessionnaire et de permettre à celui-ci d'engager seul des actions en justice en son propre nom.

L'article *s 136* permet à la fois la cession à titre de vente (outright assignment) et la cession à titre de garantie (assignment by way of security).

684. Conditions R Selon l'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925*, trois conditions doivent être satisfaites pour qu'une cession de créance tombe dans son champ d'application :

- la cession doit être absolue et ne vise pas à constituer simplement une « charge » ;
- la cession doit être exprimée par écrit sous les mains du cédant ; et
- la cession doit être notifiée d'une manière expresse et par écrit au débiteur de la créance cédée.

Une cession qui ne réunit pas l'une de ces conditions n'est pas inefficace mais prend effet comme une cession en équité. Ainsi, par exemple une cession notifiée qui n'est pas exprimée par écrit ou concerne une portion de la créance sera qualifiée de cession en équité.

685. Cession absolue R La cession doit être absolue et ne doit pas être consentie par voie d'une simple *charge*. La cession d'une portion d'une créance n'est pas absolue. Le principe a été posé par l'arrêt *Foster v Baker*⁷⁶⁰, puis confirmé par l'arrêt *Re Steel Wing Company Ltd*⁷⁶¹. Selon les juges, si différentes portions d'une créance ont fait l'objet de cessions distinctes, il est légitime que si une action en justice est intentée par l'un des cessionnaires, non seulement le cédant mais également les autres cessionnaires doivent rejoindre ce cessionnaire dans le procès pour mieux déterminer les relations entre le débiteur cédé et chacun de ces bénéficiaires. Or, une cession réglementée permet au cessionnaire d'engager une action en justice en son propre nom et si la cession d'une partie de la créance pouvait tomber dans le champ

⁷⁵⁸ Par opposition à « en équité ».

⁷⁵⁹ L'expression *thing in action* signifie *chose in action*. Pour certains auteurs, cette expression que le langage modern tend à utiliser est impropre. V. par exemple, Martin Hughes, "Assignment of choses in action", *Journal of International Banking and Financial Law* (2001) 3 103, March 2001.

⁷⁶⁰ [1910] 2 KB 636 (CA).

⁷⁶¹ [1921] 1 Ch 349 (ChD) at 354 (*per* PO Lawrence J).

d'application de l'article *s 136*, le débiteur cédé serait impliqué dans une multitude de poursuites.

686. Et non simplement par voie d'une « charge » R L'article *s 136* prévoit expressément qu'une cession sous la forme d'une *charge* est exclue de son champ d'application car elle n'est pas absolue. Toutefois, une cession par voie d'une *mortgage* peut être effectuée dans les conditions de l'article *s 136*. En effet, une *mortgage* peut être absolue et non simplement par voie d'une *charge*. Dans l'affaire *Tancred v Delagoa Bay & East Africa Railway*⁷⁶², une *mortgage* sur créance a été consentie pour garantir une avance de fonds. L'acte de *mortgage* contenait une clause prévoyant le droit à restitution par rachat (*equity of redemption*) lors du remboursement de l'avance. Il a été jugé qu'une telle cession était absolue au motif qu'elle visait à faire passer au bénéficiaire de la *mortgage* l'ensemble des droits du cédant sur la créance et qu'elle n'était pas une cession par voie de simple *charge*.

Le principe ne s'applique pas seulement aux *mortgages* incluant une clause expresse de retransfert. En effet, en vertu de l'arrêt *Durham Brothers v Robertson*⁷⁶³ lorsqu'il y a une cession absolue de créance à titre de garantie, l'équité considérera qu'il y a un droit au retransfert de la créance au profit du cédant en cas de paiement de l'obligation garantie.

687. Par écrit sous les mains du cédant R L'article *s 136* impose que la cession soit exprimée par écrit sous la main du cédant. La loi ne prescrit aucune forme particulière d'acte⁷⁶⁴. Pourtant, l'acte doit être rédigé de manière à traduire une cession absolue.

Concernant la signature de l'acte de *mortgage*, certains auteurs suggèrent qu'interprétée à la lettre, l'article *s 136* signifierait que la signature d'un agent n'est pas suffisant⁷⁶⁵. Cependant, cette approche n'est pas commercialement intéressante bien qu'à présent la solution la plus prudente est d'avoir la signature personnelle du cédant sur le document de notification⁷⁶⁶.

⁷⁶² [1889] 23 Q.B.D 239.

⁷⁶³ [1889] 1 QB 765 (CA) at 772 (*per* Chitty LJ).

⁷⁶⁴ Les juges conçoivent de manière flexible l'exigence d'un écrit. V. par exemple l'arrêt *Re Westerton* [1919] 2 Ch 104 (ChD).

⁷⁶⁵ V. par exemple, *Chitty on contracts 2004, Volume 1 - General Principles*, Sweet & Maxwell, 29th edn., 2004, para.19-006.

⁷⁶⁶ Marcus Smith, *The Law of assignment*,...ouvrage précité, para.10.32.

688. Notification R Pour que la cession soit qualifiée de cession réglementée, l'une des conditions imposées par l'article *s 136* est qu'une notification expresse par écrit en soit faite au débiteur de la créance cédée. Le but poursuivi est de porter à la connaissance du débiteur de la créance cédée le fait qu'une cession de la créance a été consentie, afin de permettre à celui-ci de connaître entre les mains de qui il payera dans le futur le montant de la créance⁷⁶⁷.

Il résulte de l'arrêt *Holt v Heatherfield Trust Ltd*⁷⁶⁸ qu'une cession effectuée dans les conditions de l'article *s 136* prend effet seulement à partir de la date de réception de la notification par ou au nom du débiteur cédé.

La notification doit être par ailleurs adressée au débiteur cédé ou à la personne qu'il désigne pour recevoir cette communication (authorised agent)⁷⁶⁹. En présence de deux débiteurs ou de plusieurs codébiteurs solidaires, la notification doit être envoyée à chacun d'entre eux⁷⁷⁰.

Concernant le contenu de la notification, le document de notification ne doit pas nécessairement contenir une instruction expresse donnée au débiteur cédé de payer le cessionnaire. Celui-ci est censé déduire ceci du fait que la créance a été cédée au cessionnaire⁷⁷¹. Une notification valable est celle qui informe le débiteur de la créance cédée que la cession a été effectuée, qui indique la créance et qui identifie suffisamment le cessionnaire⁷⁷². En d'autres termes, elle doit mentionner clairement que le cessionnaire est devenu le titulaire de la créance à la place du cédant plutôt qu'indiquer seulement que le cessionnaire a le droit d'en recevoir paiement au nom du cédant⁷⁷³. Ainsi, lorsqu'une notification exige simplement que le paiement soit effectué entre les mains du cessionnaire afin de satisfaire aux contraintes comptables et bancaires des parties, le débiteur de la créance cédée peut se libérer valablement en

⁷⁶⁷ V. les arrêts *Denney Gasquet and Metcalfe v Conklin* [1913] 3 KB 177 (KBD) at 180 et *Van Lynn Developments Ltd v Pelias Construction Co Ltd* [1969] 1 QB 607 (CA) at 613.

⁷⁶⁸ [1942], 2 KB 1 (KBD) at 6 (*per* Atkinson).

⁷⁶⁹ Arrêt *Amalgamated General Finance Co v Golding Co* [1964] 2 Lloyd's Rep 163 (QBD) at 170.

⁷⁷⁰ Arrêt *Josselson v Borst* [1938] 1 KB 723 (CA).

⁷⁷¹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, footnote under para.3-14.

⁷⁷² Arrêt *Van Lynn Developments Ltd v Pelias Construction Co Ltd* [1969] 1 QB 607 (CA) at 615.

⁷⁷³ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.5-93.

payant le cédant⁷⁷⁴. De plus, elle ne doit pas nécessairement contenir la date de la cession⁷⁷⁵.

689. Intérêts pratiques R La *legal mortgage* par voie de cession prévue par l'article s 136 de la *Law of Property Act 1925* n'est compatible qu'avec les créances présentes et non avec les pures créances futures. En effet, en cas de créances futures, dans la mesure où les débiteurs cédés ne peuvent pas être identifiés à la date de la transaction, il est impossible de la leur notifier. De plus, le transfert de propriété ne peut pas être effectué avant que les créances soient effectivement nées. Par ailleurs, en cas même de créances présentes, l'exigence de notification peut parfois constituer une entrave importante pour de multiples raisons⁷⁷⁶.

690. Créances futures R La distinction entre une créance présente et une créance future est basée sur la présence ou l'absence d'un droit ou obligation issu d'un contrat ou d'un autre fondement juridique donnant naissance à cette créance⁷⁷⁷. Sont des créances futures par exemple des sommes que le cédant espère recevoir au titre d'un contrat n'ayant pas été conclu⁷⁷⁸. Par contre, les sommes qui deviendront exigibles de façon certaine en vertu d'un contrat ou d'une disposition légale sont traitées comme des créances présentes. En conséquence, les loyers qui seront exigibles dans le futur en vertu d'un contrat de bail en vigueur sont des créances présentes. De même, le droit au paiement des sommes dans le futur prévu par un contrat déjà conclu est une créance actuelle même si les montants exacts à échoir ne sont pas encore déterminés (par exemple les redevances à payer sous un contrat de licence de brevet ayant été signé⁷⁷⁹). Les situations les plus complexes sont celles dans lesquelles il existe une obligation présente, en vertu d'un contrat ou sur un autre fondement, mais où il n'est pas certain que cette obligation deviendra exigible dans le futur, soit parce qu'elle est conditionnelle, soit parce qu'elle peut s'éteindre. La jurisprudence demeure divergente sur ce point. En effet, elle a admis que les montants dûs à un entrepreneur en application d'un contrat de construction déjà conclu sont des créances présentes

⁷⁷⁴ Arrêt *James Talcott Ltd v John Lewis & Co Ltd* [1940] 3 All ER 592.

⁷⁷⁵ Ibid, at 613 (per Lord Denning MR): "It seems to me unnecessary that it should give the date of the assignment so long as it makes it plain that there has in fact been an assignment so that the debtor knows to whom he has to pay the debt in the future".

⁷⁷⁶ Par exemple, coût de notification surtout en présence de multiples créances, difficulté à s'adresser à tous les débiteurs cédés, souhait du cédant de ne pas divulguer la cession à ces derniers (la cession pouvant être regardée de manière négative par un débiteur cédé comme révélant que son créancier est en difficulté financière).

⁷⁷⁷ *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, 31st edn., (volume 1 R General Principles), 2013, paras. 19-028 and seq.

⁷⁷⁸ Arrêt *E. Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v Arbuthnot Factors Ltd* [1988] 1 W.L.R. 150, 161.

⁷⁷⁹ Arrêt *Shepherd v Federal Commissioner of Taxation* (1965) 113 C.L.R. 385.

même s'ils peuvent ne jamais devenir exigibles si l'entrepreneur manque à ses obligations contractuelles⁷⁸⁰. Il a été jugé également qu'une cession par une personne des sommes qui seront inscrites au crédit de son compte bancaire au moment de son décès est la cession d'une créance présente au motif qu'elle deviendra exigible en vertu d'un contrat déjà conclu entre le cédant et sa banque⁷⁸¹. Cependant, les intérêts à échoir dans le futur en vertu d'un contrat de prêt en vigueur ne font naître qu'une simple attente du prêteur car le prêt pourrait avoir été remboursé avant que les intérêts ne deviennent exigibles⁷⁸².

2. Cessions en équité

691. Panorama Historiquement, en raison du principe d'incessibilité en *common law* des biens incorporels, la cession en équité était la seule technique de cession de ces biens avant la promulgation de la *Judicature Act 1873*. Aujourd'hui, la cession en équité à titre de garantie est très souvent utilisée afin de transférer la propriété économique (beneficial ownership) des biens incorporels.

Les conditions de cession des créances en équité sont particulièrement flexibles. Selon le professeur Roy Goode, la seule exigence est que le constituant de la *mortgage* exprime une intention claire d'effectuer un transfert irrévocable de la créance⁷⁸³. Une cession en équité peut être effectuée avec ou sans notification. Cependant, le débiteur de la créance cédée ne sera pas impliqué dans la cession à moins et jusqu'à ce qu'il en reçoive notification. Il existe trois méthodes de cession en équité d'une créance à titre de garantie : transfert ou convention de transfert, déclaration de *trust* et instruction donnée au débiteur cédé de payer le montant de la créance entre les mains du bénéficiaire de la *mortgage*.

692. Transfert ou convention de transfert Le constituant de la *mortgage* peut informer le bénéficiaire de la *mortgage* qu'il lui transfère la créance par exemple en signant un acte de transfert qui lui sera adressé.

Il forme ainsi une convention ayant force obligatoire (binding agreement). L'équité donne effet à cette convention, immédiatement en cas de créance présente ou à la naissance de celle-ci s'agissant d'une créance future. La convention ne doit pas

⁷⁸⁰ Arrêt *Hughes v Pump House Hotel Co Ltd* [1902] 2 K.B. 190.

⁷⁸¹ Arrêt *Walker v Bradford Old Bank* (1884) 12 QBD 511.

⁷⁸² Arrêt *Shepherd v Federal Commissioner of Taxation* (1965) 113 C.L.R. 385.

⁷⁸³ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-15: "All that is necessary is that the intending mortgagor shall manifest a clear intention to make an irrevocable transfer of the receivable".

prendre nécessairement la forme d'un écrit⁷⁸⁴ ni être signée. Elle peut être une convention verbale ou résulter simplement du comportement du constituant. Il résulte de l'arrêt *William Brandt's Son & Co v Dunlop Rubber Co*⁷⁸⁵ que pour que la cession soit valable, il faut simplement que le constituant exprime vis-à-vis du bénéficiaire de la *mortgage* son intention de procéder à une cession présente par voie de *mortgage*⁷⁸⁶.

693. Déclaration de *trust* R Ainsi qu'il sera exposé plus tard, le droit anglais reconnaît la validité des clauses d'incessibilité des créances. Lorsqu'il est impossible de céder à titre de garantie une créance en raison de la présence d'une telle clause dans le contrat donnant naissance à cette créance, le titulaire de la créance en tant que *settlor* peut déclarer un *trust* de celle-ci en faveur de son créancier. Dans ce schéma, le titulaire de la créance joue le rôle de *trustee* et son créancier, celui du bénéficiaire du *trust*. Ce dernier jouit d'un *proprietary right* en équité sur la créance⁷⁸⁷. Le *settlor* ne doit pas transférer la créance car il la « *détient* » effectivement mais en sa qualité de *trustee*.

Un tel *trust* peut être expresse ou implicite lorsqu'il peut être déduit de la rédaction de la convention entre les parties⁷⁸⁸. Ainsi, il a été jugé qu'il y a déclaration de *trust* lorsque le constituant de la *mortgage* s'engage à tenir pour le compte du bénéficiaire de la *mortgage* les sommes payées par le débiteur de la créance grevée⁷⁸⁹.

La déclaration de *trust* est une technique controversée dans la mesure où elle pourrait porter atteinte à la restriction à la cession convenue entre les parties et permettre au bénéficiaire du *trust* de se mêler à une relation personnelle entre le *trustee* et un tiers. Cette problématique a été tranchée par la *Court of Appeal* dans l'arrêt *Barbados Trust Co. v. Bank of Zambia*⁷⁹⁰. L'une des questions soulevées par cet arrêt est de savoir si une clause qui interdit expressément la cession des droits des prêteurs acquis au titre d'un contrat de crédit peut empêcher la déclaration de *trust*⁷⁹¹.

En l'espèce, BoZ avait emprunté des fonds à un syndicat de banques. L'article 12 du contrat de crédit stipulait que les créances seraient cessibles seulement avec le

⁷⁸⁴ En pratique, elle est sous forme d'un document par lequel le constituant cède la créance au bénéficiaire en garantie d'une obligation qu'il a vis-à-vis de ce dernier. V. Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para. 3.77

⁷⁸⁵ [1905] A.C. 454.

⁷⁸⁶ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-16.

⁷⁸⁷ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.3.80.

⁷⁸⁸ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-17.

⁷⁸⁹ Arrêt *G.E. Crane Sales Pty v Commissioner of Taxation* [1971] 126 C.L.R. 117. 183.

⁷⁹⁰ [2007] 1 CLC 434.

⁷⁹¹ Pour une critique de la jurisprudence anglaise concernant le recours au *trust*, v. F. Julien, « Arrangeur, agent : devoirs et responsabilités Raspects de droit français et anglais (II) », *Banque & Droit*, n°95, mai-juin 2004.

consentement écrit préalable de BoZ. Le propriétaire des créances, M, a cédé la propriété juridique (*legal title*) sur ces créances à BoA sans avoir obtenu préalablement le consentement de BoZ. BoA a ensuite consenti une *legal assignment* des créances, déclenchant une chaîne de cessions qui finissait avec BT. Lorsque BoZ contestait la chaîne de cessions liant BoA à BT, BoA a déclaré un *trust* sur tous ses droits sur les créances en faveur de BT. BT en tant que bénéficiaire du *trust* a poursuivi BoZ en paiement des créances en même temps que BoA qui avait refusé d'en collecter le paiement comme codéfendeur en utilisant la procédure dite de *Vandepitte* instaurée par l'arrêt *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corp. of New York*⁷⁹². BoZ a contesté le droit de BT d'intenter le procès.

La majorité des juges d'appel ont soutenu la validité de la déclaration de *trust* par BoA. Selon eux, l'article 12 du contrat de crédit restreint seulement la cessibilité des créances et non la possibilité de les aliéner en *trust* et les restrictions relatives à la cessibilité des créances n'empêchent pas l'aliénation en *trust*⁷⁹³. En conséquence, le débiteur de la créance se trouve *de facto* dans la même situation qu'en cas de cession en *equity* de la créance notamment lorsqu'il est poursuivi par le « cessionnaire » avec la présence du « cédant » au procès en qualité de défendeur⁷⁹⁴.

Il résulte de cet arrêt que pour limiter le risque qu'une déclaration ultérieure de *trust* ait lieu à son détriment, le débiteur de la créance cédé pourra obtenir que le contrat sous-jacent interdise expressément cette possibilité.

Par ailleurs, pour certains auteurs⁷⁹⁵, il est difficile de soumettre à une qualification usuellement appliquée à une technique de cession en équité la déclaration de *trust* dans la mesure où les effets juridiques d'une cession en équité sont légèrement différents de ceux de la déclaration de *trust*. Cependant, dans un cas ou l'autre, le cessionnaire ou le bénéficiaire aura un droit en équité sur (le titre de propriété en équité) sur la créance. En conséquence, la déclaration de *trust* constitue une forme de *mortgage* en équité.

⁷⁹² [1933] A.C. 70, 79 (PC) : La *Vandepitte procedure* est une procédure légale par laquelle le bénéficiaire d'un *trust* peut mettre en œuvre le *trust* en intentant une action en justice sous le nom du *trustee*, ce qui a pour conséquence de forcer un tiers à devenir une partie au procès engagé par le bénéficiaire.

⁷⁹³ P. G. Turner, "Trusts of debts of restricted assignability", case comment, *Cambridge Law Journal*, 2008.

⁷⁹⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-41.

⁷⁹⁵ V. par exemple *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, ouvrage précité, footnote 87 sous para.19-021.

Enfin, il est à noter que la technique est parfois utilisée dans les financements complexes mais rarement à titre de garantie⁷⁹⁶.

694. Instruction de payer le montant de la créance entre les mains du bénéficiaire de la *mortgage* R La troisième méthode consiste pour le cédant à communiquer avec le débiteur de la créance cédée pour lui ordonner de payer le montant de la créance entre les mains du bénéficiaire de la *mortgage*⁷⁹⁷. Mais il résulte de l'arrêt *Bell v London & North Western Ry Co*⁷⁹⁸ et de l'arrêt *Curran v Newpark Cinemas Ltd*⁷⁹⁹ que cette démarche ne suffit pas. En effet, pour qu'elle soit efficace, cette instruction doit être contenue dans une convention préalable entre le cédant et le bénéficiaire⁸⁰⁰ ou être ensuite communiquée à ce dernier⁸⁰¹. À défaut d'une telle convention préalable ou communication ultérieure, l'instruction n'est qu'une autorisation révocable à payer⁸⁰² même si elle est exprimée sous la forme d'une instruction irrévocable⁸⁰³. Ainsi, il a été jugé qu'une convention entre un marchand et une banque en vertu de laquelle le paiement issu de la vente des marchandises par le marchand sera remis directement par les acheteurs à la banque constitue une cession en équité, valable, de ces montants en faveur de la banque⁸⁰⁴. En conséquence, la cession n'est opposable au cessionnaire qu'à la date de son information. Enfin, l'instruction doit être formulée de telle manière que le cédant permette au débiteur de la créance cédée de comprendre qu'il doit payer le bénéficiaire de la *mortgage* non simplement pour une raison de commodité pour le cédant mais parce que le droit de recevoir paiement du montant de la créance a été transféré au bénéficiaire de la *mortgage*⁸⁰⁵. En effet, il résulte de l'arrêt *James Talcott Ltd v John Lewis & Co Ltd*⁸⁰⁶ que si l'instruction est ambiguë, le débiteur de la créance cédée peut légitimement croire que le cédant est encore en droit de recevoir paiement de la créance, et le paiement ainsi effectué sera libératoire.

⁷⁹⁶ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.3.80.

⁷⁹⁷ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-19.

⁷⁹⁸ [1852] 15 Beav. 248.

⁷⁹⁹ [1951] 1 All. E. R. 295.

⁸⁰⁰ Arrêts *Re Kent & Sussex Sawmills Ltd* [1947] Ch. 177 et *Winn v Burgess*, *The Times*, [1986].

⁸⁰¹ Arrêts *Curran v Newpark Cinemas Ltd* [1951] 1 All. E. R. 295 et *Alexander v Steinhardt, Walker & Co* [1903] 2 K.B. 208.

⁸⁰² Arrêts *Percival v Dunn* (1885) 29 Ch D 128; *Re Gunsbourg* (1919) 88 L.J.K.B. 479; *Re Williams* [1917] 1 Ch. 1; *Rekstin v Severo, etc., and Bank for Russian Trade* [1933] 1 K.B. 47; *James Talcott Ltd v John Lewis & Co Ltd* [1940] 3 All E.R. 592; *Curran v Newpark Cinemas Ltd* [1951] 1 All E.R. 295; *Re Danish Bacon Co Ltd Staff Pension Fund Trusts* [1971] 1 W.L.R. 248.

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ Arrêt *Brandt's Sons & Co v Dunlop Rubber Co* [1905] A.C. 454.

⁸⁰⁵ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-19.

⁸⁰⁶ [1940] 3 All E.R. 592.

695. Transfert au *security trustee* RLe *security trustee* (agent des sûretés) est une technique de base largement utilisée en matière de financements complexes/financement de projet, titrisation⁸⁰⁷, émission obligataire et notamment dans le cadre des prêts syndiqués. Un *trust* à titre de garantie (*security trust*), établi au moyen d'un *deed*, est un *trust* utilisé pour détenir les sûretés grevant les biens du débiteur affectés en garantie en faveur du *security trustee* pour le bénéfice des créanciers bénéficiaires⁸⁰⁸. Pour certains auteurs, il est également possible de constituer une *mortgage* par voie de cession en équité par le transfert à un *security trustee*⁸⁰⁹. En effet, si la sûreté sur créances est une *mortgage*, c'est le transfert des créances grevées à titre de garantie au *security trustee* qui créerait le *mortgage*. Ce transfert équivaldrait à une cession au bénéficiaire de la *mortgage* lui-même dans la mesure où le *security trustee* est simplement un *trustee* pour le bénéficiaire de la *mortgage*. Cependant, dans la mesure où le bien mis en *trust* est la sûreté consentie par le débiteur en faveur des créanciers et non les créances, la qualification de *mortgage* en équité sur créances ne serait pas appropriée.

B. Autres conditions

696. Panorama RLa constitution des *mortgages* sur créances par voie de cession est soumise non seulement aux règles régissant les différents types de cession mais aussi à certaines conditions de portée générale. En effet, il s'agit de l'exigence d'enregistrement des *mortgages* sur les créances et de leur notification aux débiteurs cédés (1). Par ailleurs, une pratique courante consiste dans le fait pour un acheteur d'insérer dans le contrat de fourniture une clause qui interdit à son fournisseur de céder à un tiers son droit au paiement acquis au titre de ce contrat. À la différence par exemple du droit français⁸¹⁰, du droit américain⁸¹¹, et même de l'approche retenue par certaines conventions internationales⁸¹², le droit anglais reconnaît la validité des

⁸⁰⁷ Sur le mécanisme de titrisation, v. A. Finch, "Securitisation" (1995) *Journal of Banking and Finance Law and Practice*; Marke Raines and Gabrielle Wong, "Aspects of securitization of future cash flows under English and New York law" (2002) *12 DukeDuke Journal of Comparative & International Law*, 453-464.

⁸⁰⁸ Sur ce mécanisme, v. "Security trusts in finance transactions: overview", 25 September 2012 sur www.practicallaw.com; Clare Gibbons, "Taking security in syndicated cross-border transactions", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 11, December 2006; Rosalind Connor and Adam Scarrott, "Trust law rules and lending arrangements", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 6, June, 2010; Philip Rawlings "Reinforcing collectivity: the liability of trustees and the power of investors in finance transactions", *Trust Law International*, 2009.

⁸⁰⁹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-18 et Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, pp.161,162.

⁸¹⁰ Article L. 442-6, II-c du Code de commerce.

⁸¹¹ V. l'article 9-406(d) du *Uniform Commercial Code* (UCC).

⁸¹² V. l'article 6.1 de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international du 28 mai 1988 et l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

clauses d'incessibilité de créances (2). Celles-ci sont en général interprétées comme affectant à la fois les cessions réglementées et les cessions en équité⁸¹³.

1. Perfection⁸¹⁴ des sûretés

697. Enregistrement R Dans la mesure où en général, les *charges* sur les créances ne tombent pas dans la liste de *charges* exemptées d'enregistrement visée à l'article s 859A(6) de la *Companies Act 2006*, elles sont soumises à enregistrement (*Companies Act 2006, s. 859A (1)*). Le terme « *charge* » visé par ce texte peut être une *mortgage* (article s 859A(7)). En conséquence, une *mortgage* sur les créances par voie de cession, qu'elle soit une cession réglementée ou en équité, doit être enregistrée selon les formalités prévues cette loi. Avant la réforme de 2013, la sûreté pouvait être enregistrée seulement si elle grevait des *book debts*⁸¹⁵.

À cet égard, il est à noter que la question de savoir si une cession ou un transfert de propriété peut être enregistré dépendra de ce que l'opération (cession ou transfert) est effectuée à titre de vente ou de garantie, c'est-à-dire de sa substance juridique (et non sa substance économique). Ainsi, une cession à titre de vente ne sera pas soumise à enregistrement, alors qu'une cession à titre de garantie le sera.

698. Effet de l'enregistrement R L'enregistrement constitue le moyen de perfection de la *mortgage* sur les créances et de notification de l'existence de la sûreté à ceux ayant vocation de consulter le registre⁸¹⁶.

Le défaut d'enregistrement est lourd de conséquences. En effet, en application des articles ss 859H(1) et 859H(3) de la *Companies Act 2006*, ce défaut d'enregistrement rend la sûreté inopposable au liquidateur, à l'*administrator* et aux créanciers ayant des droits sur les créances grevées et ainsi la qualité pour agir sur le fondement du défaut d'enregistrement (créanciers garantis et créanciers chirographaires en liquidation ou administration). Dans ce cas, toute obligation financière garantie par la *mortgage* devient immédiatement exigible (*Companies Act 2006, s 859H(4)*).

Cependant, ce défaut d'enregistrement est sans effet si le paiement des créances grevées intervient avant qu'un tiers ait acquis la qualité d'agir pour défaut

⁸¹³ Bob Allcock, "Restrictions on the Assignment of Contractual Rights" *Cambridge Law Journal*, 1983, 328.

⁸¹⁴ La perfection est le moyen de rendre la sûreté opposable aux tiers.

⁸¹⁵ V. *supra*, n° 61 et s.

⁸¹⁶ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 5th edn, 2013, para.3-27. V. *infra*, n°731.

d'enregistrement (par exemple avant l'ouverture de la procédure de liquidation ou d'*administration* ou la conclusion d'une autre sûreté sur ces créances)⁸¹⁷. Il est à noter que l'enregistrement ne résout pas toutes les questions relatives à la priorité de paiement sur une créance grevée. Ainsi qu'il sera exposé, il existe, en matière de cession de créances à titre de garantie, des règles spécifiques de priorité⁸¹⁸.

699. Notification R La notification de la cession au débiteur de la créance cédée constitue une méthode spéciale de rendre les *mortgages* sur créances opposables aux tiers selon la règle *Dearle v Hall* que nous examinerons plus tard⁸¹⁹. Il s'agit d'un moyen de publicité des sûretés à l'égard des tiers. Il résulte de la jurisprudence⁸²⁰ que la notification faite au débiteur cédé est proche de la prise de possession de la créance. La créance est en effet retirée de la possession apparente du créancier original et entre en possession du cessionnaire. Par ailleurs, un créancier garanti ou un acheteur potentiel de la créance peut, en se renseignant auprès du débiteur cédé, vérifier si le débiteur cédé avait reçu notification d'une cession antérieure⁸²¹.

2. Clauses d'incessibilité de créances

700. Raisons justifiant le recours aux clauses d'incessibilité R Le débiteur d'une créance insère une clause d'incessibilité pour différentes raisons⁸²². La première et sans doute la plus importante est qu'il souhaite être en relation d'affaires seulement avec son créancier (le fournisseur) dont il connaît les qualités et non avec un tiers avec lequel il aurait refusé de contracter directement⁸²³. Il peut souhaiter aussi conserver le contrôle de ses relations contractuelles. Le cessionnaire en tant que nouveau créancier pourrait avoir une approche plus stricte concernant les délais de paiement ou la résolution des plaintes relatives à l'exécution de la prestation constituant la contrepartie de l'obligation de paiement. Deuxièmement, le débiteur de la créance peut souhaiter préserver, jusqu'à la date du paiement de celle-ci, le droit

⁸¹⁷ Arrêts *Mercantile Bank of India Ltd v Chartered Bank of India, Australia and China and Strauss & Co (in liquidation)* [1937] 1 All E.R. 231; *Re Row Dal Constructions Pty Ltd* [1966] V.R. 249 et *Slavenburg's Bank v Intercontinental Natural Resources Ltd* [1980] 1 W.L.R. 1076.

⁸¹⁸ V. *infra*, n° 724 et s.

⁸¹⁹ V. *infra*, n° 726.

⁸²⁰ Arrêts *Dearle v Hall* [1828] 1 Russ 1, 22 per Sir Thomas Plumer and 57 per Lord Lyndhurst et *Ward v Duncombe* [1893] AC 369, 387, 389, HL, per Lord Macnaghten.

⁸²¹ Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, ouvrage précité, p. 695.

⁸²² Roy Goode, "Inalienable Rights" (1979), *The Modern Law Review*, pp. 553-556; Gerard McCormack, "Debts and non-assignment clauses", *Journal of Business Law*, 2000; Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3.39.

⁸²³ Dans l'arrêt *Don King Productions Inc v Warren* [1998] 2 All. E.R. 608; [1999] 2 All E.R. 218 par exemple, il a été jugé que l'identité du promoteur de boxe est cruciale et constitue le bien-fondé de la clause d'incessibilité.

d'opposer l'exception de compensation et le droit d'invoquer d'autres *equities*⁸²⁴ à l'encontre de son créancier initial et ce nonobstant réception de la notification de l'existence de la cession. En effet, très souvent, le cessionnaire est une personne avec qui le débiteur n'a pas de relations d'affaires, qu'elles soient présentes ou potentielles et il n'est donc pas possible pour ce dernier d'opposer ces *equities* au cessionnaire. Troisièmement, en cas de procédure collective du cédant, le débiteur de la créance cédée peut souhaiter compenser toute dette qu'il a vis-à-vis du cédant et tout montant que ce dernier lui doit au application de la *Rule 4.90 of the Insolvency Rules 1986* (pour les sociétés en liquidation) et l'article *s.323 de l'Insolvency Act 1986* (pour les individus en faillite), étant précisé que le champ d'application de la compensation en cas de procédure collective est beaucoup plus large que celui de la compensation hors procédure collective⁸²⁵. Enfin, en présence d'une clause d'incessibilité, le débiteur peut se prémunir du risque d'un double paiement en négligeant la notification de la cession reçue : le paiement du montant de la créance entre les mains du cédant l'expose au risque de devoir régler ensuite le montant de la créance concernée au cessionnaire.

701. Position jurisprudentielle R La jurisprudence anglaise s'est ouvertement prononcée pour la première fois sur la validité des clauses d'incessibilité (non-assignment clauses) dans l'arrêt *Helstan Securities Ltd v Hertfordshire County Council*⁸²⁶. En l'espèce, une collectivité locale avait conclu un contrat avec un entrepreneur pour la réalisation des travaux routiers. Le contrat signé contenait une clause stipulant que l'entrepreneur ne pouvait pas céder tout ou partie du contrat ou tout droit ou intérêt en découlant sans le consentement écrit de la collectivité locale. L'entrepreneur connaissant des difficultés financières céda à un tiers le montant de la créance qu'il détenait sur la personne publique. Celle-ci refusa de payer le montant de la créance entre les mains du cessionnaire en invoquant, *entre autre*, la clause d'incessibilité contenue dans le contrat de construction. Le cessionnaire intenta un procès contre la collectivité locale en prétendant que si la clause en cause interdisait la cession du contrat et de certaines *choses in action* qui en étaient issues, il ne prohibait pas la cession de la créance. Le juge Croom-Johnson J. refusa cette distinction au motif que dans la mesure où la créance détenue sur la personne

⁸²⁴ Sur la notion d'*equity*, v. *supra*, n°715.

⁸²⁵ V. *supra*, n°57.

⁸²⁶ [1978] 3 All E.R. 262.

publique était à la fois une *chose in action* et un « droit ou intérêt » visé par le contrat, l'entrepreneur ne pouvait pas valablement la céder sans le consentement préalable de la collectivité locale. Le juge suprême était ainsi particulièrement attentif au sort du débiteur de la créance cédée. Par contre, il ne semblait pas soutenir la thèse selon laquelle la reconnaissance de l'effet des clauses d'incessibilité pourrait affecter la libre organisation du commerce et la qualité marchande des créances. À son sens, le cessionnaire devrait se renseigner avant d'acheter une créance, la recherche d'informations devant porter sur la solvabilité du débiteur de la créance cédée, sur l'existence éventuelle d'une *equity* susceptible d'éteindre la dette ou sur la présence d'une clause d'incessibilité.

L'autre arrêt de principe est *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd*⁸²⁷. En l'espèce, le propriétaire d'un bâtiment avait conclu un contrat de construction avec un entrepreneur. Celui-ci commit de nombreux manquements contractuels dans l'exécution des travaux. Le propriétaire dut remédier à l'un de ces manquements à ses frais, les autres manquements n'étant pas visibles. Il vendit ensuite le bâtiment et céda également ses droits acquis au titre du contrat de construction. Des défauts de construction ayant été constatés, le cessionnaire dut engager des dépenses importantes pour les réparer. L'une des questions soulevées devant les juges était de savoir si le cessionnaire pouvait se faire payer par l'entrepreneur les montants qu'il avait supportés. La *House of Lords* répondit par la négative en raison d'une clause d'incessibilité contenue dans le contrat de construction qui prévoyait que le maître d'ouvrage ne peut pas, sans le consentement écrit de l'entrepreneur, céder le contrat. La *House of Lords* jugea que la rédaction de la clause interdisait la cession de tout droit découlant du contrat, incluant non seulement la cession du droit à bénéficier de l'exécution future du contrat mais aussi celle des causes d'action présentes.

702. Interprétation de la rédaction d'une clause d'incessibilité R Dans l'arrêt *Linden Gardens*, le juge Brown-Wilkinson a estimé que l'effet d'une prohibition relative à la cessibilité des droits contractuels est une question d'interprétation de la rédaction du contrat. Dans son article qui a suscité le débat à propos des clauses

⁸²⁷ [1994] 1 A.C.85.

d'incessibilité et qui demeure aujourd'hui une référence en la matière⁸²⁸, le professeur Roy Goode a considéré que lorsqu'un contrat entre A et B interdit la cession de droits contractuels par A, il y a au moins quatre interprétations possibles. La première interprétation est que la clause d'incessibilité constitue un simple engagement personnel dont le non-respect ne rend pas la cession inopposable au débiteur de la créance cédée mais lui offre simplement la possibilité d'engager une action en paiement des dommages et intérêts pour manquement contractuel. La deuxième est que la clause empêche ou invalide toute cession par le cédant au cessionnaire (elle permet donc au débiteur de payer le montant de la créance entre les mains du cédant) mais elle n'empêche pas le cédant de convenir avec le cessionnaire qu'il détiendra pour le compte de celui-ci ce qu'il obtient du débiteur. La troisième hypothèse consiste à interpréter la clause comme empêchant le cédant non seulement de céder valablement des droits contractuels mais aussi comme lui interdisant de détenir pour le compte du cessionnaire des produits du contrat une fois reçus par le cédant du débiteur de la créance cédée. La quatrième est qu'une cession par le cédant au cessionnaire constitue un manquement contractuel significatif (repudiatory breach)⁸²⁹ qui permet au débiteur cédé non seulement de refuser de payer le cessionnaire mais aussi le cédant.

Selon le juge Brown-Wilkinson, la deuxième interprétation est admissible et effective tandis que la première et la quatrième ne sont qu'hypothétiques. En conséquence, il semble suggérer que la plupart des prohibitions contractuelles seront interprétées comme tombant dans la deuxième catégorie. Le juge Brown-Wilkinson a indirectement soutenu la position du professeur Roy Goode selon laquelle la troisième interprétation serait une pratique contraire à l'ordre public car elle constituerait une restriction à l'aliénation inacceptable.

703. Effets du non-respect de la clause d'incessibilité Il résulte des deux arrêts de principe susmentionnés que le débiteur de la créance cédée n'est pas obligé de respecter le titre de propriété du cessionnaire acquis en vertu d'un contrat conclu en violation d'une clause d'incessibilité. De même, la clause d'incessibilité lui permet de refuser d'entrer en relation d'affaires avec le cessionnaire et de continuer de payer

⁸²⁸ Roy Goode, "Inalienable Rights" (1979), 42, *The Modern Law Review*, pp. 553-556. V. également Roy Goode in "Contractual Prohibitions Against Assignment", Ch. In J. Armour and J. Payne eds, *Rationality in Company Law: Essays in Honour of DD Prentice* (Oxford : Hart Publishing, 2008).

⁸²⁹ V. *supra*, n°50.

entre les mains du cédant de telle sorte que la cession ne peut pas avoir les effets d'une cession réglementée (*legal assignment*). En conséquence, le débiteur de la créance peut ne pas tenir compte de toute notification de cession par le cessionnaire ou par toute personne à qui le cessionnaire a cédé la créance. Par ailleurs, il peut continuer à opposer au cédant ses droits de compensation découlant des transactions mutuelles conclues après la réception de la notification de cession⁸³⁰. Enfin, lorsque le créancier initial conclut une cession, il manquerait à son obligation contractuelle. Le débiteur de la créance pourrait donc appliquer les sanctions pour manquements contractuels prévues par le contrat ou par la loi bien que les dommages et intérêts soient en principe peu importants si la cession est inopposable au débiteur⁸³¹.

704. Effets entre le cédant et le cessionnaire R L'objectif poursuivi par une clause d'incessibilité est de protéger le débiteur de la créance en lui évitant d'entrer en relation d'affaires avec un autre créancier qui lui est étranger. En conséquence, comme l'a suggéré le professeur Roy Goode, le débiteur n'a pas d'intérêt légitime à contrôler l'affectation de son paiement une fois que ce paiement a atteint les mains du cédant⁸³². Le débiteur n'est pas compétent pour réguler les effets du transfert du contrat ou de son produit entre les parties. Par ailleurs, il n'a pas l'intérêt légitime de contrôler le pouvoir du cédant d'aliéner des fonds reçus et une restriction relative à cette faculté d'aliénation est contraire à l'ordre public⁸³³. En conséquence, il serait possible de créer une *charge* ou de déclarer un *trust* sur le produit de la créance reçu du débiteur cédé. Pour interdire toute forme de transfert de créance, la clause d'incessibilité doit stipuler expressément qu'elle s'étend à toutes cessions ou *charges* ou à la création d'autres types de *proprietary rights* sur tout ou partie des droits acquis au titre du contrat à titre de vente ou de garantie⁸³⁴.

Il résulte de l'arrêt *Linden Gardens* qu'une clause d'incessibilité ne sera pas interprétée comme invalidant un contrat entre le cédant et le cessionnaire en l'absence d'indication contraire expresse et que celle-ci ne pourra pas empêcher le cédant d'agir pour le compte du cessionnaire au titre des fonds reçus. Cette position a été

⁸³⁰ Sur ces points, v. F. Julien, « L'appréhension du risque spatial par les banques », *Banque & Droit*, n°116, nov.-dec. 2007.

⁸³¹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn., 2008, para.3.39.

⁸³² Roy Goode, "Inalienable Rights", article précité.

⁸³³ Ibid et Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2011, para.6-10.

⁸³⁴ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.3.242.

approuvée par la doctrine majoritaire⁸³⁵. De plus, ainsi qu'exposé plus haut, une telle clause n'empêchera pas le créancier de déclarer qu'il jouera le rôle de *trustee* en faveur d'un tiers pour les fonds ou autre produit reçus du débiteur.

705. Débat doctrinal R Le débat sur la validité des clauses d'incessibilité n'est pas clos. Certains auteurs suggèrent que la loi invalide toute clause d'incessibilité de créances et que si ce n'est pas possible, elle prévoit une obligation incombant au cédant de tenir les fonds reçus du débiteur pour le compte du cessionnaire⁸³⁶. D'autres pensent qu'il est légitime pour un débiteur de se protéger au moyen d'une clause d'incessibilité dans la mesure où le cessionnaire dispose lui aussi de moyens pour se protéger notamment par l'insertion de clauses de déclarations et de garanties (representations and warranties) dont le non-respect donnera lieu à un remboursement immédiat et sur demande des fonds engagés par le cédant. Par ailleurs, le cessionnaire devrait évaluer lui-même le risque d'insolvabilité de son client⁸³⁷.

Une tentative de réforme a été engagée par la *Law Commission* via la publication d'un rapport nommé « *Company Security Interests* » en date du 31 août 2005, accompagné d'un projet de dispositions réglementaires (draft regulation). Le rapport recommande que dans un contrat entre une société et un tiers donnant naissance à une créance en faveur de la société, une clause qui interdit ou restreint la cession de la créance ne sera pas opposable au cessionnaire⁸³⁸. La rédaction du texte suggéré s'est largement inspirée de l'article 9-406 du *Uniform Commercial Code* américain. La proposition a donné lieu à un important débat. La *Factors & Discounters Association* et la *British Bankers' Association* l'ont soutenue expressément. Pourtant, le Gouvernement anglais a décidé de ne pas concrétiser cette recommandation dans le projet de réforme du droit des sociétés (devenu la *Companies Act 2006*).

La *City of London Law Society* a rendu public en novembre 2012 un document important sur la réforme du droit anglais des sûretés intitulé *Discussion Paper* :

⁸³⁵ Bob Allcock, "Restrictions on the Assignment of Contractual Rights", 1983, *Cambridge Law Journal* 328, 335-336; G. Tolhurst, "Prohibitions on Assignment and Declaration of Trust", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2007; M. Smith, *The Law of Assignment*; Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3.244.

⁸³⁶ Peter Zonneveld, "The effectiveness of contractual restrictions on the assignment of contractual debts", *Journal of International Banking and Financial Law*, 2007.

⁸³⁷ Terry Prime, "Restrictions on the assignment of debts: a reply to an earlier article and the Law Commission", *Journal of International Banking and Financial Law*, February 2008.

⁸³⁸ V. Draft regulation 35(5).

*Secured Transactions Reform*⁸³⁹. Les auteurs de ce texte, qui sont tous des praticiens estiment qu'invalider les clauses d'incessibilité n'est pas une bonne solution dans la mesure où il est évident que les parties à un contrat peuvent décider de ses termes et conditions et donc de si une créance peut être cédée ou non. Pourtant, ils pensent qu'il est possible également pour le créancier de constituer une sûreté sur la créance en faveur d'un tiers. Ils recommandent alors que la loi prévoit expressément que toute cession en violation d'une clause d'incessibilité n'affecte pas les droits que le débiteur cédé a sur le cédant ou n'impose pas au débiteur cédé d'obligations supplémentaires mais que la loi doit en même temps permettre au cessionnaire d'obtenir une sûreté (passive) sur le droit contractuel⁸⁴⁰.

706. CONCLUSION DU § I R Le droit anglais est connu pour être flexible et favorable aux affaires. La diversité des modes de *mortgages* par voie de cession en offre un exemple. En présence d'une clause d'incessibilité à laquelle la loi donne plein effet, il serait quand même possible de prévoir que le cédant conserve les fonds reçus du débiteur de la créance cédée en *trust* pour un tiers ou de constituer une *charge* sur ces fonds.

Par ailleurs, si les règles de constitution d'une *legal mortgage* par voie de cession sont relativement rigides, la seule exigence pour la validité d'une cession en équité à titre de garantie est que le constituant de la *mortgage* exprime une intention claire d'effectuer un transfert irrévocable de la créance.

Une approche si flexible assure-t-elle l'efficacité des *mortgages* ainsi créées ? Nous rechercherons la réponse à cette question dans les développements suivants.

§ II : EFFETS

707. Droit à restitution par rachat R Par une *mortgage* par voie de cession, la créance est transférée en garantie d'une obligation, le bénéficiaire de la *mortgage* n'ayant pas vocation à avoir un droit absolu sur cette créance. Une fois l'obligation garantie payée, le constituant a le droit au transfert en retour de la créance à son profit. Il s'agit du droit à restitution par rachat (*equity of redemption*). C'est un droit

⁸³⁹ Le texte intégral de ce document est disponible sur <http://www.citysolicitors.org.uk>. Pour une présentation brève des recommandations contenues dans ce document, v. Richard Calnan, "Secured Transaction Reform", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 1, January 2013.

⁸⁴⁰ Paras 3.30 *et seq.*

important qui peut à son tour faire l'objet d'une sûreté séparée. Ainsi, le bénéficiaire d'une *mortgage* ne peut pas vendre la créance grevée ou en disposer autrement avant la défaillance du constituant car toute vente détruirait ce droit à restitution par rachat qui ne pourrait plus être mis en œuvre. La seule exception serait prévue par l'article *reg. 16 des Financial Collateral Arrangements (No.2) Regulations 2003*⁸⁴¹ qui confère au bénéficiaire d'une garantie financière la possibilité d'utiliser les biens grevés et d'en disposer avant l'échéance des obligations financières garanties à condition qu'il les remplace par des biens équivalents avant ou à la date d'échéance des obligations financières garanties, visées par le contrat de garantie financière. Le contrat de garantie financière peut permettre au bénéficiaire de compenser la valeur des biens équivalents avec les obligations financières garanties ou l'affecter en paiement de celles-ci dans les conditions prévues par cet acte. Cependant, la loi n'est pas claire sur la façon dont le créancier garanti pourra mettre en œuvre ce droit d'utiliser le bien grevé s'agissant d'une créance et la jurisprudence n'a pas eu l'opportunité de se prononcer sur ce point. En cas de cession à titre de vente, l'acquéreur peut procéder à la vente car il n'existe pas de droit à restitution par rachat.

La *mortgage* par voie de cession confère à son bénéficiaire d'importants droits notamment le droit à jouir de la valeur de la créance grevée, le droit de traçage et le droit d'engager des actions en justice sur la créance grevée (B). Dans la mesure où elle entraîne le transfert de la propriété de la créance au profit du cessionnaire, la *mortgage* par voie de cession produit des effets significatifs à l'égard du débiteur de la créance cédée (A). Les conflits sur la créance engagée peuvent surgir entre le cessionnaire et ceux qui prétendent d'avoir acquis un droit sur celle-ci dont la résolution est régie par des règles de priorité spécifiques (C).

A. Effets vis-à-vis du débiteur cédé

708. Transfert de propriété et notification R Le débiteur de la créance cédée a l'obligation de payer le montant de la créance à sa date d'exigibilité. Bien que la cession transfère la propriété de la créance grevée au cessionnaire, ce transfert peut avoir lieu à l'insu du débiteur cédé. D'où le rôle important d'information assumé par la notification qui lui en est faite. C'est pour cette raison que la loi prend comme

⁸⁴¹ *SI 2003/3226*, telles que modifiées par *SI 2010/2993*.

critère déterminant la notification pour fixer les règles de libération du débiteur cédé (1). Par ailleurs, celui-ci peut se prévaloir des *equities* qui lui sont conférées par la loi et de certains moyens de défense pour éteindre la créance grevée ou pour en réduire le montant à payer (2).

1. Libération du débiteur cédé

709. Principe R L'arrêt *Norrish v Marshall*⁸⁴² a posé le principe selon lequel jusqu'à ce qu'il reçoive notification de la cession, le débiteur de la créance cédée a les mêmes droits à l'égard du cessionnaire que ceux qu'il avait vis-à-vis du cédant. En conséquence, tant qu'il n'aura pas reçu la notification, le débiteur cédé peut légitimement payer le montant de la créance cédée entre les mains du cédant ou conclure une transaction avec celui-ci⁸⁴³. La justification en est qu'à défaut, un débiteur ne pourrait jamais payer en sécurité son créancier⁸⁴⁴.

Le paiement du montant de la créance entre les mains du cédant en l'absence de notification est donc libératoire. Une fois la créance payée, elle arrête d'exister bien que le cessionnaire puisse tracer le produit de la créance entre les mains d'autrui⁸⁴⁵.

710. Application R En l'absence de notification, le paiement du montant de la créance par le débiteur cédé entre les mains du cédant est libératoire. En conséquence, si le cédant reçoit le paiement, le cessionnaire ne peut revendiquer les fonds reçus qu'en se basant sur le contrat de cession. Le cessionnaire a la qualité d'un cessionnaire en équité (*equitable assignee*). La jurisprudence impose que le cédant conserve en *trust* au profit du cessionnaire les fonds reçus, qu'ils soient en espèces ou sous forme d'un chèque ou d'un autre instrument de paiement⁸⁴⁶. Le cessionnaire n'a pas alors à craindre la procédure collective du cédant. En cas de réception d'un instrument de paiement, l'appropriation illicite de l'instrument, par exemple en le payant sur le compte bancaire du cédant, constitue un acte de *conversion*, une forme d'atteinte au droit de propriété d'autrui. La *conversion* désigne une ingérence intentionnelle dans les biens meubles d'autrui consistant à les traiter comme si on en

⁸⁴² [1821] 5 Madd 475 at 481, per Sir John Leech V-C.

⁸⁴³ Arrêts *Stocks v Dobson* [1853] 4 De GM&G 11; *Bence v Shearman* [1898] 2 Ch 582 et *Warner Bros. Records Inc. v Rollgrenn Ltd* [1976] QB 430, 442.

⁸⁴⁴ Arrêt *Stocks v Dobson* [1853] 4 De GM&G 11 at 16, per Turner LJ.

⁸⁴⁵ V. *infra*, n° 720 et 721.

⁸⁴⁶ Arrêt *G.E. Crane Sales Pty v Commissioner of Taxation* [1971] 46 A.L.J.R. 15; arrêt *Barclays Bank Ltd v Willowbrook International Ltd* [1978] 1 F.T.L.R. 386; arrêt *Northern Bank v Ross* [1991] B.C.L.C. 504.

était propriétaire⁸⁴⁷. Le cessionnaire peut alors engager une action en *conversion* à l'encontre du cédant pour revendiquer le montant de l'instrument de paiement.

711. En cas de notification R Après la notification, le débiteur de la créance cédée doit payer le cessionnaire. Il ne se libère pas valablement en payant le cédant⁸⁴⁸. S'il effectue le paiement du montant de la créance entre les mains du cédant, il doit alors payer le cessionnaire⁸⁴⁹.

712. Échéance de la créance grevée après l'obligation garantie R À l'échéance de la dette garantie, si la créance grevée n'est pas échue, ni exigible, comment le créancier garanti peut-il mettre en œuvre sa sûreté ? Le droit anglais laisse les parties organiser, par voie conventionnelle, les modalités de réalisation de leur sûreté dans ce cas de figure. En pratique, le contrat de sûreté (une *charge* ou une *mortgage*) stipule souvent les deux options suivantes :

- Le créancier garanti attend l'échéance de la créance grevée et percevra ensuite les fonds ;
- Il peut vendre la créance grevée s'il peut trouver un acheteur.

L'attribution judiciaire en propriété ne s'applique pas aux sûretés sur créance. En outre, le constituant doit garantir la solvabilité du débiteur de la créance grevée. En d'autres termes, le créancier garanti peut le poursuivre pour la différence entre l'obligation garantie et les fonds reçus du débiteur de la créance grevée.

2. Principe de primauté des equities et des moyens de défense

713. Bien-fondé R Les juridictions d'équité ont posé le principe selon lequel le droit du cessionnaire est primé par des *equities* que le débiteur de la créance cédée pourra invoquer⁸⁵⁰. Le but poursuivi par ce principe est de protéger le débiteur cédé contre l'injustice susceptible de naître d'une cession de créances. Ainsi, le débiteur de la créance cédée ne devrait pas subir de préjudice (en n'étant pas en mesure d'opposer ses droits de compensation ou *a fortiori*, tout moyen de défense qu'il pourrait opposer au titre de la créance) par une cession de la créance⁸⁵¹. En cas de cession réglementée, la règle est édictée à l'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925* qui prévoit que le

⁸⁴⁷ Alison Clarke et Paul Kohler, *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge, 2005.

⁸⁴⁸ Arrêts *Brice v Bannister* [1878] LR 3 QDB 569 et *William Brandt's Sons & Co v Dunlop Rubber Co Limited* [1905] AC 454.

⁸⁴⁹ Arrêt *Jones v Farrel* [1857] 1 De G&J 208.

⁸⁵⁰ Arrêts *Mangles v Dixon* [1852] 3 HLC 702 at 731 et *Phipp v Lovegrove* [1973] LR 16 Eq 80 at 88.

⁸⁵¹ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.5-89.

droit du cessionnaire est subordonné aux *equities* (*subject to equities*). Par ailleurs, en application du principe *nemo dat quod non habet* selon lequel le cédant ne peut pas transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, les moyens de défense que le débiteur de la créance cédée aurait pu opposer au cédant au titre du contrat peuvent être invoqués à l'encontre du cessionnaire.

714. Moyens de défense tirés du contrat *¶* Tous les droits que le débiteur cède au cessionnaire conformément au contrat donnant naissance à la créance et qui peuvent affecter son obligation de paiement de la créance grevée, sont opposables au cessionnaire⁸⁵² peu importe qu'ils existent ou non au moment de la réception de la notification⁸⁵³. Ces droits peuvent réduire le montant que le cessionnaire est censé recevoir⁸⁵⁴. Par exemple, l'acheteur est en droit de déduire du prix un montant en cas de produit défectueux conformément au *Sale of Goods Act 1979, s 53 (1) (a)* et ce droit de déduction est opposable au cessionnaire. Ils peuvent également affecter le droit du cessionnaire d'une autre manière. Par exemple, le contrat peut être résolu au détriment du cessionnaire⁸⁵⁵.

715. Notion d'*equity* *¶* Une *equity* est un droit personnel qui permet à son titulaire de mettre de côté, réduire ou éteindre à son profit un actif tenu par une autre personne. Les *equities* peuvent être divisés en deux catégories : celles qui permettent à une personne de réapproprier un actif improprement acquis par une autre personne et celles qui lui permettent de réduire ou d'éteindre sa propre obligation due à cette personne. Entrent dans la première catégorie, par exemple, le droit d'obtenir l'anéantissement d'un contrat pour fraude, pour *misrepresentation*⁸⁵⁶ ou pour vice de consentement (*undue influence*), le droit d'exiger l'invalidation d'un transfert pour vice de consentement ou pour le non-respect du devoir de diligence (*fiduciary duty*) et le droit d'obtenir la rectification d'un instrument qui ne reflète pas véritablement ce qui a été effectivement convenu par les parties. La compensation en équité

⁸⁵² Arrêts *Young v Kitchin* (1878) 3 Ex.D. 127; *Newfoundland Government v Newfoundland Ry* (1883) 13 App. Cas. 199; *Lawrence v Hayes* [1927] 2 K.B. 111; *Banco Santander SA v Bayfern Ltd* [2000] 1 All E.R. (Comm) 776 CA.

⁸⁵³ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.7-65 et footnote 99 sous para.3-31.

⁸⁵⁴ Arrêt *Young v Kitchen* [1978] LR 3 Ex D 127.

⁸⁵⁵ Arrêts *Graham v Johnson* [1869] LR 8 Eq 36 et *Stoddart v Union-Trust* [1912] K.B. 181, 189.

⁸⁵⁶ La *misrepresentation* a lieu lorsqu'une partie à un contrat fournit frauduleusement, négligemment ou en toute innocence des déclarations ou garanties (*representations or warranties*) inexacts auxquelles l'autre partie fait confiance à son détriment.

(equitable set-off) constitue un exemple typique de la deuxième catégorie d'*equities*⁸⁵⁷.

716. Notification R Si le cédant ne peut pas céder plus de droits qu'il n'en a sur la créance (le droit du créancier étant primé par des *equities*), il est légitime pour le cessionnaire d'être protégé contre la diminution de la valeur de la créance qu'il a acquise. C'est pourquoi la loi reconnaît qu'en notifiant la cession au débiteur de la créance cédée, le cessionnaire « gèle » ses droits de telle sorte qu'après la notification de la cession d'une *chose in action*, le débiteur ne peut, par paiement ou quelque autre moyen que ce soit, faire disparaître ou diminuer les droits du cessionnaire qui existent au moment de la notification. Telle est la position adoptée par le juge James LJ dans l'arrêt *Roxburghe v Cox*⁸⁵⁸. Lorsqu'il reçoit notification de la cession, le débiteur cédé sait que la créance n'appartient plus au cédant. Si malgré ceci, il continue à avoir affaire avec le cédant, ce sera bien lui qui devra en subir les risques et non le cessionnaire⁸⁵⁹. Par exemple la modification des termes du contrat générateur de la créance grevée convenue entre le débiteur de la créance cédée et le cédant, intervenue après la réception de la notification n'affecte pas le cessionnaire⁸⁶⁰ bien qu'en pratique, le cessionnaire donne souvent au cédant une certaine liberté d'action en connexion avec les modifications, notamment en cas de contrat nécessitant une exécution continue comme un contrat de construction⁸⁶¹.

La réception de la notification détermine ainsi la date d'éligibilité des *equities* que le débiteur de la créance cédée peut opposer au cessionnaire. Une fois que le débiteur de la créance cédée a reçu la notification de la cession au profit du cessionnaire, il ne peut plus accroître les droits qu'il avait à la date de réception de la notification.

717. Compensation R Ainsi qu'il a été précédemment exposé, selon l'arrêt *Roxburghe v Cox*, le débiteur de la créance cédée ne peut pas opposer au cessionnaire

⁸⁵⁷ McKendrick (E.) (ed), *Goode on Commercial Law*, Penguin, 4th edn, 2010, p.30.

⁸⁵⁸ [1881] LR 17 Ch D 520: "Now an assignee of a chose in action, according to my view of the law, takes subject to all rights of set-off and other defences which were available against the assignor, subject only to this exception, that after notice of an assignment of a chose in action the debtor cannot by payment or otherwise do anything to take away or diminish the rights of the assignee as they stood at the time of the notice".

⁸⁵⁹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.7-67.

⁸⁶⁰ Arrêt *Brice v Bannister* [1878] LR 3 QDB 569.

⁸⁶¹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-31.

la compensation de la créance cédée avec une créance née après la réception de la notification⁸⁶².

Par ailleurs, il résulte de l'arrêt *Bank of Boston Connecticut v European Grain And Shipping Ltd*⁸⁶³ que les droits de compensation opposables au cessionnaire ne sont pas des droits indépendants mais dérivent des droits que le débiteur cédé a vis-à-vis du cédant.

Il est donc important de déterminer quels sont les droits de compensation que le débiteur cédé peut avoir à la date où il reçoit notification de la cession. L'examen de la jurisprudence permet de conclure que le débiteur cédé peut mettre en œuvre le jeu de la compensation dans les deux hypothèses suivantes⁸⁶⁴ :

- Lorsque la créance dont se prévaut le débiteur cédé (cross-claim) est liquide ou d'un montant déterminé;
- Lorsque la créance dont se prévaut le débiteur cédé est si étroitement liée à la créance grevée qu'il serait clairement injuste de permettre le paiement de l'une sans tenir compte de l'autre.

La première situation peut être illustrée par l'arrêt *Christie v Taunton, Delmard, Lane & Co*⁸⁶⁵ qui concerne la cession par A au profit de B des actions émises par C. La notification de la cession a été faite à C alors qu'une partie du prix d'acquisition restait impayée. C a adressé à A la première demande de paiement avant la notification, étant précisé que la dette ne serait exigible qu'après la date de notification tandis que d'autres demandes de paiement portant sur les montants restants ont été formulées après la notification. Selon le juge Sterling J, C peut opposer à B la compensation du montant de la première demande qui était une somme liquide et qui sera exigible à un moment déterminé dans le futur tandis que les montants des autres demandes ne sont pas éligibles à la compensation car ces demandes ont été faites après la notification. Ce cas concerne certes les actions mais le principe qui en découle s'applique également aux créances monétaires.

⁸⁶² Le droit anglais reconnaît quatre types de compensation : compensation légale (statutory set-off, independent set-off), la compensation en équité (transaction set-off, equitable set-off), la compensation contractuel (contractual set-off) et la compensation en procédure collective (insolvency set-off). Sur la distinction entre ceux-ci, v. Philip R. Wood, *English and International Set-off* (London: Sweet & Maxwell, 1989) et *Law and Practice of International Finance: Set-off and netting, derivatives, clearing systems* (London Sweet & Maxwell, 2008); R. Derham, *Set-off*, 3rd edn (New York: Oxford University Press, 2003); Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, paras.7-01 and seq; David P. Friedman, "Set-off - Avoiding the confusion", *Construction Law Journal*, 2011.

⁸⁶³ [1989] 1 A.C. 1065.

⁸⁶⁴ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.3.274.

⁸⁶⁵ [1893] 2 Ch 175.

Il est possible de citer l'arrêt *Government of Newfoundland Railway Co*⁸⁶⁶ à l'appui de la deuxième hypothèse. En l'espèce, D avait contracté pour construire et entretenir une voie ferrée pour T. En contrepartie, T avait accepté de payer la prestation de D sous forme des versements périodiques. D a manqué à ses obligations contractuelles et T a refusé d'effectuer les versements restants. D avait cédé une partie de ses droits acquis au titre du contrat à C à titre de garantie et la notification de la cession avait été faite à T. D et C ont alors poursuivi T pour le paiement prévu par le contrat. La *Privy Council* a jugé que T avait l'obligation d'effectuer des versements au profit de D. Cependant T a prétendu qu'il avait le droit de compenser à l'encontre de D sa créance non encore liquide au titre des dommages et intérêts pour le non-respect du contrat. C a reconnu que T pouvait mettre en œuvre le jeu de la compensation comme un moyen de défense à l'encontre de D mais a soutenu que C était dans une position différente car C avait notifié la cession à T et échappait en conséquence à toute compensation dont les conditions n'étaient pas nées. La *Privy Council* a rejeté cet argument en décidant que la créance dont T se prévalait était liée étroitement aux droits que D a sur T au titre du contrat et qu'elle était une créance découlant des affaires et transactions qui donnent également lieu à l'objet de la cession et inséparablement liée à ces affaires et transactions. En conséquence, T peut opposer à D son droit de compensation et C ne pourrait pas être dans une situation plus favorable que D.

Ainsi, le débiteur de la créance cédée ne peut invoquer l'exception de compensation que dans les deux situations susmentionnées. Autrement, il ne peut pas recourir à ce moyen de défense. Cette règle est confirmée dans deux arrêts de principe : *Watson v Mid Wales Railway Co*⁸⁶⁷ et *Business Computers Ltd v Anglo-African Leasing Ltd*⁸⁶⁸. Dans *Watson v Mid*, T devait de l'argent à D et D avait cédé la créance à C, la notification de la cession étant ensuite faite à T. Après réception de la notification, T a donné ses locaux en location à D mais D a ensuite manqué à son obligation de paiement des loyers. C a poursuivi T en paiement de la créance cédée et T a exigé la compensation de celle-ci avec les arriérés de loyers dues par D. La *Court of Common Pleas* a jugé que cette compensation ne peut être mise en œuvre au motif que la créance dont T se prévaut est née après la réception par T de la notification et

⁸⁶⁶ [1888] LR App Cas 199.

⁸⁶⁷ [1866-67] LR 2 CP 593.

⁸⁶⁸ [1977] 1 WLR 578.

qu'elle n'est pas née des affaires en lien avec la créance cédée. Dans *Business Computers*, D avait signé deux contrats avec T aux termes desquels T avait l'obligation de payer à D le prix des achats d'ordinateurs. Par une troisième transaction entre T et D, D avait vendu un ordinateur à T et l'avait ensuite loué de T. D avait consenti une sûreté sur l'ensemble de ses biens présents et futurs au profit de son banquier C. C a ensuite désigné un *receiver* et a notifié cette désignation à T. À ce moment là, D devait une faible somme à T. Cependant, peu de temps après, la troisième transaction a été résiliée et D était tenu de payer à T des dommages et intérêts pour le non-respect du contrat. Il a été admis que le montant dû par D à T à la date de la notification de la désignation du *receiver* pouvait être compensé avec la créance que D détenait sur T. La question qui se posait alors était de savoir si T pouvait également compenser la créance de dommages et intérêts pour l'inobservation de la troisième transaction. Le juge Temple J⁸⁶⁹ a estimé que T n'avait pas de droit de compensation en ce qui concerne ce montant. Le droit aux dommages et intérêts est né lors de la résiliation du contrat, cette résiliation ayant lieu après la réception de la notification. Il découlait d'un contrat séparé qui n'était pas étroitement lié aux deux contrats initiaux et en conséquence, tout droit à compensation était exclue. Il n'est donc pas possible de compenser une créance qui est éventuelle à la date de réception de la notification à moins qu'il y a une connexité suffisamment étroite, auquel cas une compensation en équité peut être mise en œuvre⁸⁷⁰.

Lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure collective, ses créanciers peuvent se prévaloir d'un droit de compensation qui a un champ d'application plus large que si le cédant est *in bonis*. Cependant, ce type de compensation opère seulement entre la société faisant l'objet d'une procédure collective et un créancier qui déclare sa créance aux organes de la procédure, et non entre une personne qui contracte avec la société tombant en procédure collective et quelqu'un à qui cette dernière a cédé son

⁸⁶⁹ La position du juge a été contenue dans le paragraphe suivant de l'arrêt: "*The result of the relevant authorities is that a debt which accrues due before notice of an assignment is received, whether or not it is payable before that date, or a debt which arises out of the same contract as that which gives rise to the assigned debt, or is closely connected with that contract, may be set-off against the assignee. But a debt which is neither accrued nor connected may not be set-off even though it arises from a contract made before the assignment*".

⁸⁷⁰ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 3.262 and seq.

droit en vertu d'un contrat⁸⁷¹. En d'autres termes, le débiteur de la créance cédée ne peut pas opposer au cessionnaire cette compensation.

B. Droits acquis par le cessionnaire

718. Droit à bénéficiaire de la valeur de la créance R La *mortgage* sur créances par voie de cession transfère la propriété de la créance cédée à son bénéficiaire (mortgagee) bien que le constituant conserve son droit à restitution par rachat qui lui permettra de bénéficier de nouveau de la créance en cas de remboursement du crédit.

Avant notification faite au débiteur de la créance cédée, les fonds ou instruments de paiement reçus par le constituant devront être détenus en *trust* par celui-ci pour le compte du bénéficiaire de la *mortgage*. Après notification, seul le bénéficiaire de la *mortgage* peut recevoir paiement de la créance cédée.

719. Incidences des procédures collectives R Tout comme dans le cas d'une *charge* grevant des *book debts*, en application de l'alinéa 43 (2) de l'annexe *Sch B1* de l'*Insolvency Act 1986*, en cas d'ouverture de l'*administration* à l'encontre du constituant, le bénéficiaire d'une *mortgage* sur créances ne peut entreprendre aucune démarche en vue de réaliser sa sûreté à moins que l'*administrator* ou le juge n'y consente⁸⁷². La principale question qui se pose concrètement est de savoir s'il est possible pour le créancier d'obtenir un tel accord préalable du juge ou de l'*administrator*.

Cependant, il apparaît que si la notification a été faite au débiteur cédé avant l'ouverture de l'*administration*, celui-ci devra continuer à payer le cessionnaire. En effet, l'alinéa 43 (2) susmentionné interdit seulement au créancier garanti d'entreprendre toute action afin de réaliser sa sûreté. Ainsi, ce qui est interdit est une démarche positive de la part du créancier garanti. Si la notification a été faite, le débiteur de la créance grevée a l'obligation de payer le montant de celle-ci directement entre les mains du créancier garanti et ce dernier n'aura rien à faire pour

⁸⁷¹ Arrêt *Re Asphaltic Wood Pavement Co, Lee & Chapman's Case* [1885] 30 ChD 216 (CA) at 225.

⁸⁷² "Para 43 of Sch B1 to the Insolvency Act 1986:

1. This paragraph applies to a company in administration.
2. No step may be taken to enforce security over the company's property except –
(a) with the consent of the administrator, or
(b) with the permission of the court.
..."

mettre en œuvre sa sûreté. En conséquence, ce paiement ne constitue pas un manquement à l'interdiction ainsi posée⁸⁷³.

La loi confère au créancier garanti le droit de traçage (tracing right)⁸⁷⁴ lui permettant de récupérer le produit d'une disposition non autorisée de la créance cédée par le cédant (1) ainsi que le droit d'engager les actions en justice contre le débiteur de la créance cédée (2).

1. Droit de traçage

720. Principe Une sûreté sur créance grève de plein droit les produits (proceeds) reçus en échange de cette créance, excepté le cas où le cessionnaire a donné au cédant la liberté de disposer de la créance ou de mixer le produit de la créance avec ses propres fonds. En conséquence, si le cédant dispose de la créance sans le consentement du cessionnaire ou s'il est évident que le cédant a l'obligation de conserver dans tous les cas de manière distincte et cloisonnée les fonds reçus ou autre produit pour le compte du cessionnaire, la sûreté dont ce dernier bénéficie grève automatiquement ces fonds ou autres produits, qu'ils proviennent de la collecte ou de la vente par le cédant, peu importe qu'ils prennent la forme d'espèces, instruments de paiement, ou autres créances, marchandises, biens fonciers ou plus largement toute autre chose⁸⁷⁵.

721. Rôle Le droit de traçage (tracing right) est une technique juridique utilisée pour établir que la valeur reçue par le cédant peut être identifiée comme résultant de la valeur auparavant tenue par le cessionnaire⁸⁷⁶. Il permet de protéger efficacement le bénéficiaire des sûretés sur créances, y compris des *mortgages*. Il peut être invoqué à l'encontre du cédant, aux organes de la procédure collective de celui-ci et au liquidateur.

⁸⁷³ Cette approche a également été confirmée par la jurisprudence française (v. *supra*, n°587).

⁸⁷⁴ Pour une étude complète de cette technique juridique, v. Lionel Smith, *The Law of Tracing*, Clarendon Press Oxford, 1997. Le droit de traçage confère au propriétaire d'un bien la possibilité de revendiquer un autre bien qu'il n'a jamais détenu mais qui se substitue au bien qu'il a effectivement détenu. Il est à distinguer du droit de suite (following right) qui se réfère au cas où le propriétaire d'un bien revendique celui-ci entre les mains d'un tiers. V. également, Marcus Smith, "The vindication of an owner's rights to intangible property", *Journal of International Banking and Financial Law*, volume 28, issue 7, August 2013 and Marcus Smith and Nico Leslie, *The law of assignment: The creation and transfer of choses in action*, Oxford University Press, 2nd edn. (2013), chs. 26 to 31.

⁸⁷⁵ Roy Goode, *Goode on Legal Problems of Credit and Security...*, ouvrage précité, para.3-36, paras. 1-57 et seq. V. également McLauchlan, "Priorities-Equitable Tracing Rights and Assignment of Book Debts" (1980) 96 *Law Quarterly Review* 90; RM Goode, "The Right to Trace and Its Impact in Commercial Transactions" (1976) 92 *Law Quarterly Review* 360.

⁸⁷⁶ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.1-60.

2. Droit de poursuite

722. Cession réglementée R L'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925* prévoit que la cession transfère au cessionnaire le *legal right* et toutes les actions en justice et droits à réparation ou dédommagement (all legal and other remedies) en relation avec la créance cédée, en plus du droit de libérer le débiteur de la créance cédée sans l'accord préalable du cédant. Le *legal right* signifie le droit pour le cessionnaire de mettre en œuvre le droit de créance devant le tribunal sans nécessité pour le cessionnaire de devoir appeler le cédant à la course⁸⁷⁷, en l'associant à sa démarche ou à la procédure, le cas échéant.

723. Cession en équité R En cas de cession en équité, le cessionnaire doit se joindre au cédant dans toute action en justice engagée à l'encontre du débiteur de la créance cédée⁸⁷⁸. L'exigence de la présence du cédant aux côtés du cessionnaire dans la procédure ne pose pas un problème majeur en pratique. En effet, si celui-ci refuse de s'impliquer dans la procédure, il peut être assigné comme défendeur au procès et le tribunal l'enjoindra à autoriser l'usage de son nom, sous réserve d'une indemnité pour les coûts ainsi engagés. Par ailleurs, en pratique, les cessions de contrats et de créances font souvent partie d'une *debenture* grevant l'ensemble des biens du cédant, auquel cas la réalisation de toute sûreté sera assumée par l'*administrator* ou un *receiver* en tant que mandataire du constituant⁸⁷⁹.

Par opposition, le cédant ne peut pas poursuivre seul le débiteur de la créance cédée. Le cessionnaire en équité a acquis officiellement un droit sur la créance et il a le droit d'être dans la procédure. Ainsi, par exemple, le cédant ne peut pas prétendre qu'il agit en qualité de co-demandeur et de mandataire pour le compte du cessionnaire lorsqu'une convention de représentation expresse (un mandat spécial) n'a pas été conclue⁸⁸⁰.

C. Conflits sur créances

724. Panorama R En droit anglais, en présence de plusieurs créanciers qui se prévalent de leur droit sur un bien, la règle générale est que la priorité est déterminée

⁸⁷⁷ Arrêt *Marchant v Morton, Down & Co* [1901] 2 KB 829 at 832, per Channell J.

⁸⁷⁸ Arrêt *Cator v Croydon Canal Co* [1846] 4 Y & C Ex 593 at 593-594.

⁸⁷⁹ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.3.200.

⁸⁸⁰ Arrêt *Bexhill UK Ltd v Razzaq* [2012] EWCA Civ 1376 (CA (Civ Div)); case comment by Shearman & Sterling LLP, *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2013.

selon la date de création du droit de chacun de ces créanciers (*nemo dat* rule, first in time rule). Toutefois, en matière de cession de créances, cette règle n'est pas applicable. En effet, durant le 19^e siècle, une règle régissant la priorité des droits sur les *trust funds* a été posée et ensuite étendue aux autres biens incorporels qui sont des droits de recevoir une somme d'argent d'un tiers, dont les droits acquis au titre d'un contrat (contract rights) et des créances. Elle résulte de deux arrêts jumeaux *Dearle and Hall* et *Loveridge v Cooper*⁸⁸¹ et s'applique à la fois aux cessions réglementées et aux cessions en équité⁸⁸². Conçue initialement pour résoudre les conflits d'intérêt concernant les *trusts*, la règle *Dearle v Hall* a été ensuite étendue à toutes sortes de cessions de créances, qu'elles soient effectuées à titre de vente ou de garantie.

Nous évoquerons la teneur de la règle *Dearle v Hall* (1) et son application dans la résolution des conflits sur la créance grevée (2).

1. Règle Dearle v Hall

725. Énoncé de la règle R Les faits de *Dearle and Hall* et *Loveridge v Cooper* peuvent être résumés comme suit⁸⁸³ :

- A jouissait d'une propriété économique (beneficial interest) sur des biens conservés en *trust* (trust fund).
- A avait cédé cette propriété économique à B en garantie d'une dette mais B n'en a pas notifié cette cession aux *trustees* de ce *fund*.
- Ensuite A a accepté de la céder à titre onéreux à C. Le conseil de C s'est renseigné auprès des *trustees* mais en l'absence de toute notification de B, ils n'étaient pas informés de la cession au profit de B.
- A a cédé sa propriété économique sur le trust *fund* à C en contrepartie du paiement du prix d'acquisition.
- C a ensuite notifié la cession aux *trustees*.
- Par la suite, B a procédé à la notification aux *trustees*.

⁸⁸¹ [1823, 1827, 1828] 3 Russ 1.

⁸⁸² Arrêt *Pfeiffer (E) Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v Arbuthnot Factors Ltd* [1987] BCLC 522, 533, [1988] 1 WLR 150, 162; arrêt *Compaq Computer Ltd v Abercorn Group Ltd* [1993] BCLC 602, 621-22. L'article s 137 de la *Law of Property Act 1925* :—“(1) The law applicable to dealings with equitable things in action which regulates the priority of competing interests therein, shall, as respects dealings with equitable interests in land, capital money, and securities representing capital money effected after the commencement of this Act, apply to and regulate the priority of competing interests therein. This subsection applies whether or not the money or securities are in court...”

⁸⁸³ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 7.153 et seq.

Un conflit a opposé B et C en termes de priorité. Le droit de B et de C sont des droits en équité. B a soutenu qu'il devait primer car son droit en équité avait été créé avant celui de C alors que selon C, il était en premier rang car il avait notifié en premier lieu et que B aurait du notifier ; en s'abstenant de le faire, B avait permis la réalisation par A d'une fraude aux droits de C.

À la première instance, le juge Plumer MR a jugé que C avait priorité sur B. Il a motivé sa décision par deux considérations. La première était basée sur le principe que le premier en date a priorité si les *equities* sont égales. Or, en manquant de notifier, B avait négligemment autorisé A à commettre une fraude aux droits de C. Dans ces circonstances, les *equities* n'étaient pas égales et en conséquence C avait la priorité. La seconde raison est que la notification équivalait à la prise de possession du *trust fund* et en manquant de parfaire son titre, B devait en subir les conséquences, à savoir la commission par A d'une fraude aux droits de C. L'affaire a été portée en appel. B a prétendu que le principe de premier en date ne pouvait être écarté qu'en cas de fraude ou de faute lourde (*gross negligence*) et que C ne pouvait obtenir plus que ce que A était effectivement en mesure de lui donner. En réponse, C a soutenu que les *equities* n'étaient pas égales, que B aurait du notifier la cession aux *trustees* et que sa négligence en omettant de le faire a permis à A de commettre une fraude aux droits de C. Le juge Lyndhurst LC a approuvé la décision du juge Plumer MR qui énonçait que C avait la priorité. Il a admis que la négligence de B a permis à A de commettre une fraude aux droits de C en retenant toutefois principalement le deuxième argument du juge Plumer MR. En effet, en s'abstenant de notifier, B avait effectivement autorisé A à demeurer en possession apparente du *trust fund*. En conséquence, il ne pouvait se prévaloir de sa cession non notifiée.

Il en résulte donc que le titulaire d'un droit ultérieur prime sur le titulaire d'un droit antérieur dans la mesure où le comportement du premier signifiait que les *equities* ne sont pas égales.

Sept ans plus tard, dans l'arrêt *Foster v Cockerell*⁸⁸⁴, la *House of Lords* a été amenée à se prononcer sur le cas où une personne titulaire d'un droit acquis ultérieurement ne s'était pas renseignée auprès des *trustees* lors de l'acquisition de son droit bien qu'elle ait ensuite notifié son droit aux *trustees*. La *House of Lords* a jugé que cette

⁸⁸⁴ [1835] 3 Cl & Fin 456.

personne avait quand même priorité au motif que le titulaire du droit acquis antérieurement avait permis, en manquant de notifier aux *trustees*, au propriétaire du *trust fund* de commettre une fraude. Les arrêts rendus par la suite sont allés plus loin en établissant le caractère absolu de la règle⁸⁸⁵. L'effet de la règle a été revu et expliqué par la *House of Lords* dans l'arrêt *Ward v Duncombe*⁸⁸⁶, à l'occasion duquel la *House of Lord* a décidé que la règle selon laquelle la notification détermine la priorité des transactions s'applique quel que soit le comportement des cessionnaires en conflit.

726. Teneur et application de la règle *Dearle v Hall* R Après plusieurs développements jurisprudentiels, la règle connue sous le nom de *Rule in Dearle v Hall* est désormais établie : la priorité entre les cessionnaires de *choses in action* est gouvernée par l'ordre de notification des cessions au débiteur de la créance cédée, à condition que le cessionnaire qui notifie ne soit pas informé de la cession antérieure à la date de la cession à son profit ou d'avance de fonds⁸⁸⁷.

Selon les auteurs⁸⁸⁸, la règle *Dearle v Hall* a deux branches (limbs) :

- La première branche énonce que la priorité dépend de l'ordre par lequel la notification des transferts ou transactions a été reçue par la personne en charge de la distribution des fonds. Ainsi, si une créance fait l'objet de cessions successives, la priorité est déterminée non par la date des cessions mais par l'ordre dans lequel le débiteur de la créance cédée reçoit la notification des cessions.
- La seconde branche de la règle prime sur la première : un cessionnaire qui a l'*actual notice* ou *constructive notice* d'une cession antérieure lorsqu'il avance ses fonds ou acquiert la sûreté, ne peut avoir priorité sur cette cession antérieure en étant le premier à notifier⁸⁸⁹.

Ainsi qu'il a été exposé précédemment, la notification est une condition obligatoire d'une cession réglementée. En conséquence, si une cession réglementée est suivie

⁸⁸⁵ Arrêts *Re Lake, ex parte Cavendish* [1903] 1 KB 151 et *Re Dallas* [1904] 2 Ch 385.

⁸⁸⁶ [1893] AC 369.

⁸⁸⁷ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.13-09.

⁸⁸⁸ V. par exemple *Chitty on contracts*, Sweet & Maxwell, 31st edn., (volume 1 - General Principles), 2013, paras 19-068; Louise Gullifer, "The reform of the English law of secured transactions", *Dr et Patr.* 2012, 213.

⁸⁸⁹ L'arrêt fondateur de cette deuxième branche de la règle *Dearle v Hall* est *Le Neve* [1748] 3 Atk. 646 qui concernait une sûreté soumise à l'enregistrement : dans la mesure où l'objet de l'enregistrement est de fournir un moyen d'obtenir notification de l'existence de la sûreté concernée, la sanction de nullité en cas de défaut d'enregistrement ne doit pas s'appliquer en faveur d'une partie qui a pris connaissance, à la date de l'acquisition de son droit sur le bien grevé, de la sûreté non enregistrée indépendamment de la consultation du registre. Pour une critique de cette approche, v. John de Lacy, "The priority rule of *Dearle v Hall* restated", *Conveyancer and Property Lawyer*, 1999.

d'une cession en équité, le bénéficiaire de la première aura priorité sur la seconde quel que soit le principe applicable (premier en date ou règle de *Dearle v Hall*). Par ailleurs, si une cession en équité non notifiée est suivie par une cession réglementée, la cession réglementée prime à condition que le bénéficiaire de celle-ci n'ait pas eu notification de la cession en équité (de même, le même résultat est obtenu peu importe que la règle *Dearle v Hall* ou l'exception de l'acheteur de bonne foi au principe de premier en date s'applique). La règle *Dearle v Hall* constitue une exception au principe de premier en date seulement lorsque qu'une cession en équité est suivie par une cession réglementée et que le cessionnaire en équité notifie sa cession au débiteur de la créance cédée avant le bénéficiaire de la cession réglementée, ou lorsqu'il y a deux cessions en équité alors que le deuxième cessionnaire était le premier à notifier. Lorsqu'il y a deux cessions en équité et qu'aucun des deux cessionnaires ne notifie sa cession au débiteur de la créance, la priorité est régie par le principe de premier en date⁸⁹⁰.

La question devient un peu plus compliquée en cas de cession de l'obligation garantie. Prenons un exemple. A est débiteur de B, lui-même tenu envers C. B consentit une *mortgage* par voie de cession en faveur de C sur la créance que B détient sur A pour garantir la dette de B vis-à-vis de C. La notification de la *mortgage* est faite à A. Ensuite, C cède à titre de vente à D la créance que C détient sur B et la *mortgage*. La notification est faite à A. La deuxième transaction ne sera effective que si la *mortgage* est cédée avec la dette sous-jacente. A devra payer D du fait de la notification.

Enfin, la règle s'applique à tous les types de transactions sur créances, qu'elles soient réalisées par voie d'une cession en équité à titre de vente, d'une *mortgage* en équité ou d'une *charge* ou via la cession prévue par l'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925*⁸⁹¹.

727. Notification R La loi n'impose pas de conditions particulières de forme pour la notification. Pourtant, elle prend de manière fréquente la forme d'un écrit pour des raisons évidentes de preuve. Par ailleurs, c'est souvent le constituant qui notifie la sûreté au débiteur de la créance grevée. En effet, le débiteur de la créance grevée peut

⁸⁹⁰ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.13-09.

⁸⁹¹ Arrêt *E Pfeiffer v Arbuthnot Factors* [1988] 1 WLR 150.

souhaiter obtenir l'assurance que la sûreté a été effectivement consentie avant de payer le montant de la créance entre les mains du véritable bénéficiaire de la sûreté. La meilleure façon de rapporter cette preuve est que le constituant, qui est le créancier initial, procède à la notification⁸⁹².

Dans les transactions financières, souvent le créancier garanti demande dans l'acte de notification au débiteur cédé d'accuser réception de la notification. L'accusé de réception n'est pas indispensable, mais il se révèle précieux sur le terrain probatoire. Il est fréquent également que l'accusé de réception contienne des confirmations et engagements du débiteur cédé, par exemple que le contrat donnant naissance à la créance grevée reste valable, que le débiteur cédé ne constate pas de manquements à celui-ci, qu'il n'a pas reçu de notifications de droits sur la créance grevée et qu'il la payera entre les mains du créancier garanti sans évoquer la compensation ou la déduction. Bien sûr, le débiteur cédé n'a pas l'obligation de procurer ces confirmations ou engagements. Par ailleurs, lorsque le débiteur de la créance grevée s'est engagé à faire ou ne pas faire quelque chose, une contrepartie (*consideration*) devra lui être fournie ou cet engagement devra être constaté par un *deed*⁸⁹³.

Par ailleurs, lorsque le débiteur cédé reçoit plus qu'une notification le même jour, la priorité est déterminée selon le moment effectif de réception et selon les dates de création si elles sont reçues en même temps⁸⁹⁴.

728. *Actual notice et constructive notice* R S'agissant d'un tiers étranger à une *mortgage* sur créance, obtenir notification de la sûreté signifie avoir connaissance de son existence. Il est réputé avoir une connaissance effective (*actual notice*) de la sûreté dès lors que celle-ci est effectivement portée à sa connaissance. C'est-à-dire non seulement s'il en a connaissance mais aussi s'il cherche délibérément à éviter d'en prendre connaissance⁸⁹⁵.

Les deux arrêts de principe qui ont reconnu le principe de *constructive notice* (notification présumée) sont *Wilson v Kelland*⁸⁹⁶ et *Earle v. Hemsworth RDC*⁸⁹⁷. L'article 199(1) de la *Law of Property Act* 1925 donne une définition claire d'une

⁸⁹² Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.7.179.

⁸⁹³ Ibid, paras. 7.180 *et seq.*

⁸⁹⁴ Arrêt *Calisher v Forbes* (1871) LR 7 Ch App 109.

⁸⁹⁵ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, para.7.29.

⁸⁹⁶ [1910] 2 Ch. 306.

⁸⁹⁷ [1928] 44 T.L.R. 605.

*constructive notice*⁸⁹⁸. Ainsi, il existe deux situations dans lesquelles une personne reçoit *constructive notice* d'une affaire (matter). Premièrement, l'affaire aurait pu parvenir à sa connaissance si elle avait fait les recherches d'informations qu'elle aurait raisonnablement dû faire. Ainsi, si la sûreté est enregistrée, le cessionnaire⁸⁹⁹ en aura *constructive notice* si dans des circonstances particulières de la transaction concernée, il aurait dû consulter le registre. S'il l'avait consulté, il aurait pu découvrir l'existence de la sûreté en question. Deuxièmement, l'affaire est connue ou aurait raisonnablement dû l'être par l'agent de cette personne dans la transaction concernée. Par exemple, une société aura reçu *constructive notice* d'une sûreté si celle-ci est connue par ses directeurs, employés ou agents qui sont impliqués dans la transaction en cause⁹⁰⁰.

729. Critique de la règle *Dearle v Hall* La règle *Dearle v Hall* est critiquée par la doctrine majoritaire⁹⁰¹ notamment en cas de cessions à titre de vente. En effet, s'il n'y a nul doute que la règle fonctionne bien lorsque qu'une seule créance est cédée, le créancier n'ayant pas dans un tel cas de difficulté à vérifier auprès du débiteur cédé si la créance a fait l'objet de cessions antérieures, elle s'avère être impraticable et coûteuse en présence de créances multiples ou de flux de créances, notamment en cas de créances futures.

On peut certes penser qu'ériger la notification en condition d'opposabilité aux tiers permet de protéger les tiers qui pourraient, en son absence, légitimement croire que le cédant reste toujours le titulaire de la créance, lui permettant ainsi de la céder une seconde fois. Toutefois, l'application de la règle ne dépend pas du fait qu'un tiers soit

⁸⁹⁸ "199.- *Restrictions on constructive notice*

(1) *A purchaser shall not be prejudicially affected by notice of—*

(i)...

(ii) *any other instrument or matter or any fact or thing unless—*

(a) *it is within his own knowledge, or would have come to his knowledge if such inquiries and inspections had been made as ought reasonably to have been made by him; or*

(b) *in the same transaction with respect to which a question of notice to the purchaser arises, it has come to the knowledge of his counsel, as such, or of his solicitor or other agent, as such, or would have come to the knowledge of his solicitor or other agent, as such, if such inquiries and inspections had been made as ought reasonably to have been made by the solicitor or other agent*."

⁸⁹⁹ Selon le professeur Roy Goode, les personnes qui devraient consulter le registre seraient les banquiers qui octroient des prêts garantis par les marchandises ou autres biens et non ceux qui achètent des marchandises à un fournisseur dans la conduite normale d'affaires. V. Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.2.29.

⁹⁰⁰ Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, ouvrage précité, paras. 7.39 et seq.

⁹⁰¹ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.5-08; Christopher Brown, "Preserving priority in receivable financing: time to revisit *Dearle v Hall*", *International Company and Commercial Law Review*, 1994, Editorial; Fidelis Oditah, *Legal aspects of receivables financing*, Sweet & Maxwell, London 1991, p.142; John de Lacy, "Reflections on the ambit of the rule in *Dearle and Hall* and the priority of personal property assignments: Part 2", *Anglo-American Law Review*, vol. 28, issue 2 (April-June 1999), p.p 213 and 214; Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.13-10; Gerard McCormack, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press 2004, pp. 244 and 245.

effectivement induit en erreur dans la mesure où celle-ci est indépendante du fait que le second cessionnaire se soit ou non effectivement renseigné⁹⁰². Il a été suggéré par le conseil juridique dans *Dearle v Hall* que les *trustees* puissent agir en tant que teneur de registre, de sorte que toute personne souhaitant conclure une cession pourrait s'adresser à eux pour savoir si une cession antérieure est ou non intervenue. Cet argument semble avoir été admis par la *House of Lords*. Néanmoins, un *trustee* (ou un débiteur cédé) n'a pas l'obligation de fournir des informations⁹⁰³ et n'est pas tenu responsable de l'inexactitude des informations fournies s'il croyait à leur véracité à la date de fourniture de ces informations⁹⁰⁴.

Par ailleurs, comme il a été exposé précédemment, la notification est considérée par la jurisprudence comme étant la plus proche de la prise de possession de la créance engagée⁹⁰⁵. Cependant, la prise de possession des biens n'est pas nécessaire pour transférer la propriété et la notification faite au débiteur cédé n'est pas requise pour assurer la validité d'une cession en équité⁹⁰⁶.

Il est à noter enfin qu'en ce qui concerne la deuxième branche de la règle *Dearle v Hall*, dès lors que la première cession a été effectuée à titre de garantie, elle peut être enregistrée et en pratique le second cessionnaire consulte le registre et en prendra connaissance⁹⁰⁷. Il est censé en avoir alors *constructive notice*. Pourtant, la règle est porteuse d'incertitudes en cas de cession définitive à titre de vente car la loi ne prévoit pas l'enregistrement obligatoire d'une telle cession.

La règle *Dearle v Hall*, basée sur la notification faite au débiteur cédé reste discutable en état actuel du droit anglais. Une règle alternative de priorité concevable serait de prévoir l'enregistrement des transferts de créances, qu'ils soient à titre de vente ou de garantie, et de déterminer la priorité selon l'ordre d'enregistrement⁹⁰⁸. Cette approche n'est pas facile à mettre en œuvre. En effet, l'existence des créances dont sont titulaires les sociétés pourrait être enregistrée auprès de la *Companies House* mais l'enregistrement de l'existence des créances détenues par les individus ne paraît pas

⁹⁰² Arrêts *Foster v Cockerell* [1835] 3 CL & F 456 et *Ward v Duncombe* [1893] AC 396, 387, 390, HL.

⁹⁰³ Arrêt *Ward v Duncombe* [1893] AC 369, 387, 393-94, HL, per Lord Macnaghten.

⁹⁰⁴ Arrêt *Low v Bouverie* [1891] 3 Ch 82 CA.

⁹⁰⁵ V. *supra*, n°725.

⁹⁰⁶ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.13.10.

⁹⁰⁷ Ibid.

⁹⁰⁸ V. par exemple, Hugh Beale, "Reform of security over moveable property: a view from England", *Edinburgh Law Review*, 2012.

concevable. Par ailleurs, il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si les avantages d'une telle approche l'emportent sur le coût de l'établissement d'un nouveau registre⁹⁰⁹.

2. Résolution des conflits

730. Priorité entre une charge et une mortgage sur créances R Une créance peut faire l'objet d'une charge puis être cédée à titre de garantie ou vice-versa. L'ordre de notifications faites au débiteur de la créance grevée ne détermine pas la priorité entre le bénéficiaire de cette charge et celui de la mortgage. En effet, le bénéficiaire de la sûreté créée en second aura au moins *constructive notice* de la sûreté constituée la première sous réserve que celle-ci ait été dûment enregistrée.

Une charge (y compris une mortgage) sur une créance doit être enregistrée dans un délai de 21 jours à compter de la date de sa constitution. Si la deuxième sûreté a été constituée pendant cette période de 21 jours et que la première sûreté n'a pas été enregistrée à la date de constitution de la seconde sûreté, le bénéficiaire de celle-ci ne sera pas réputé avoir eu *constructive notice* de l'existence de la première sûreté.

En pratique, les bénéficiaires de charges ou de mortgages sur les flux de créances ne procèdent pas à la notification de leur sûreté aux débiteurs cédés et la priorité est déterminée par la règle traditionnelle de priorité en date⁹¹⁰.

731. Priorité entre une mortgage⁹¹¹ sur créances et une cession ultérieure à titre de vente R Si le bénéficiaire d'une cession à titre de vente a *actual notice* d'une mortgage par voie de cession, le bénéficiaire de la mortgage aura priorité même si le bénéficiaire d'une cession à titre de vente est le premier à notifier au débiteur cédé.

La question devient plus délicate lorsqu'on est amené à s'interroger si l'enregistrement d'une mortgage (ou d'une charge) constitue *constructive notice* ou notification de l'existence de la sûreté à tout le monde. En termes simples, l'acheteur de la créance grevée est-il réputé avoir *constructive notice* de la mortgage enregistrée ? La jurisprudence n'a pas fourni de réponse claire à cette question.

⁹⁰⁹ "Discussion Paper on Secured Transactions Reform" publié par The City of London Law Society en novembre 2012, paras 5.16 and seq.

⁹¹⁰ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para. 13.12.

⁹¹¹ Les règles présentées ici s'appliquent également aux conflits opposant le bénéficiaire d'une charge et le bénéficiaire d'une cession ultérieure à titre de vente.

La doctrine demeure divisée⁹¹². Monsieur William James Gough soutient que l'enregistrement constitue notification de la sûreté *erga omnes*⁹¹³. Le professeur Roy Goode est plus prudent. Il accepte le principe général de *constructive notice* mais limite cette doctrine en estimant que l'enregistrement ne vaut notification que pour ceux qui sont raisonnablement tenus de consulter le registre⁹¹⁴. Ainsi, selon l'approche de cet auteur, en principe, l'enregistrement procure *constructive notice* seulement aux titulaires des sûretés ultérieures (par exemple un banquier dispensateur de crédit) qui devraient consulter le registre avant de les conclure.

L'applicabilité du principe de *constructive notice* doit alors être appréciée au cas par cas.

En dépit des réformes législatives concernant l'enregistrement des *charges* constituées par les sociétés, la *constructive notice* demeure une zone d'ombre du droit anglais⁹¹⁵.

En pratique, la doctrine de *constructive notice* ne pose pas vraiment de problèmes. En effet, la plupart de cessionnaires consultent le registre dans la mesure où ils savent qu'il est plus sécurisant de parvenir à une convention de subordination avec le bénéficiaire d'une *mortgage* antérieure que de compter sur le champ incertain de *constructive notice*⁹¹⁶.

732. Priorité entre une *mortgage*⁹¹⁷ sur créances et une cession antérieure à titre de vente ¶ Comme les cessions de créances à titre de vente ne sont pas enregistrables⁹¹⁸, la *constructive notice* telle qu'évoquée par la deuxième branche de *Dearle v Hall* ne trouve pas à s'appliquer. Mais si le bénéficiaire potentiel d'une *mortgage* se renseigne auprès du cédant, il peut obtenir *actual notice* de la cession antérieure à titre de vente et dans ce cas la priorité est donnée au bénéficiaire de celle-ci. Si le cédant dissimule la cession antérieure, ce sera une question de fait à apprécier au cas par cas pour déterminer si le bénéficiaire de la *mortgage* a une

⁹¹² Pour une synthèse des positions doctrinales sur cette question, v. John De Lacy, "Constructive notice and company charge registration", *Conveyancer and Property Lawyer*, 2001.

⁹¹³ W. J. Gough, *Company charges*, Butterworths Law, 2nd revised edn (1996), ch.32.

⁹¹⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.2-29 : "...registration is notice only to those who could reasonably be expected to search".

⁹¹⁵ Louise Gullifer, "Personal property security law: where next? Part 1", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 8 September 2012.

⁹¹⁶ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.13.13.

⁹¹⁷ Les règles présentées ici s'appliquent également aux conflits opposant le bénéficiaire d'une charge et le bénéficiaire d'une cession antérieure à titre de vente.

⁹¹⁸ En pratique, certains financiers enregistrent leur cession à titre de vente comme une *charge*.

connaissance présumée (*constructive notice*) de cette cession. En général, le principe de *constructive notice* ne s'applique que s'il y a un moyen de découvrir la cession antérieure et il paraît difficile d'exiger du bénéficiaire de la *mortgage* qu'il entreprenne autre démarches que de s'informer auprès du cédant⁹¹⁹.

Lorsqu'il n'est pas possible d'appliquer la deuxième branche de la règle *Dearle v Hall*, la priorité sera déterminée selon la première branche de cette règle, c'est-à-dire selon l'ordre de notifications faites au débiteur cédé. Si aucune notification n'a été faite, le cessionnaire premier en date aura priorité⁹²⁰.

733. CONCLUSION DU § II R Bien que facultative, la notification de la *mortgage* par voie de cession au débiteur cédé a un rôle particulièrement important. D'abord, elle empêche au débiteur cédé de payer le montant de la créance entre les mains du cédant. La réception de la notification met fin à l'éligibilité des nouvelles *equities* que le débiteur de la créance cédée peut opposer au cessionnaire. De plus, à partir de la date de notification, il n'est plus possible pour le cédant et le débiteur de la créance cédée de conclure des actes modificatifs affectant la valeur de la créance cédée. Par ailleurs, sous la règle *Dearle v Hall*, la notification permet à son auteur de gagner priorité sur un autre créancier ayant un droit sur la créance grevée. Enfin, elle est une condition de validité d'une cession réglementée, laquelle confère au cessionnaire le droit de poursuivre le débiteur cédé en son propre nom.

La règle *Dearle v Hall* s'impose dans la résolution des conflits sur la créance grevée. On peut certes critiquer ses lacunes lorsqu'elle s'applique aux cessions de créances à titre de vente mais en pratique elle ne pose pas vraiment de problèmes *a fortiori* dans le cadre des cessions de créances à titre de garantie.

734. CONCLUSION DE LA SECTION I R La cession de créances à titre de garantie est une technique majeure dans la constitution d'une *mortgage* sur créances en droit anglais. Les parties peuvent choisir de conclure soit une cession réglementée soit une cession en équité, étant précisé qu'en pratique, la dernière est généralement plus souvent utilisée.

⁹¹⁹ Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer and Eva Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, ouvrage précité, para.13.14.

⁹²⁰ Ibid.

Il existe une autre technique de transfert de propriété à titre de garantie connue sous le nom de *mortgage* sur créances par voie de *novation*. Nous consacrerons la suite des développements à l'étude de cette sûreté.

SECTION II : *MORTGAGE* SUR CRÉANCES PAR VOIE DE *NOVATION*

735. *Novation* R La *novation* est l'une des méthodes d'extinction d'une obligation monétaire⁹²¹. C'est la technique la plus utilisée pour le transfert d'engagements financiers en droit anglais⁹²². Une *mortgage* sur créances peut être constituée au moyen de la *novation*.

Nous évoquerons en premier lieu le mécanisme de *mortgage* sur créances par voie de *novation* (§ I) puis son application pratique (§ II).

§ I : *MÉCANISME*

736. Transfert de propriété R Tout comme en cas de *mortgage* sur créance par voie de cession, la *mortgage* sur créance par voie de *novation* entraîne le transfert de propriété de la créance grevée au profit de son bénéficiaire. Il est de l'essence même d'une *mortgage* que le constituant dispose d'un droit à restitution par rachat (*equity of redemption*). Ce principe s'applique également à cette sûreté.

Les conditions de constitution d'une *mortgage* sur créance par voie de *novation* sont relativement simples (A). Par ailleurs, la sûreté confère à son bénéficiaire des droits significatifs (B).

A. Constitution

737. Transfert des fonds R La *mortgage* sur une créance par voie de *novation* consiste dans le transfert de la créance sur un compte ouvert au nom du bénéficiaire de la *mortgage*. Par ce mécanisme, le constituant transfère les fonds depuis son compte bancaire vers un compte bancaire ouvert au nom du bénéficiaire de la sûreté. Ces comptes bancaires peuvent être tenus par la même banque ou par deux banques

⁹²¹ Ewan McKendrick (ed), *Goode on Commercial Law*, Penguin, 4th edn, 2010, p.498.

⁹²² V. David Adams, *Banking and Capital Markets*, College of Law Publishing, 2010, n°10.4.2.1 et F. Julien, « Financements bancaires syndiqués et transfert d'engagements R Aspects de droit français et anglais », *Banque & Droit*, n°109, septembre-octobre 2006.

différentes. Ce qui est important, c'est que le bénéficiaire de la *mortgage* soit titulaire du second compte bancaire. Le bénéficiaire de la *mortgage* a l'obligation de détenir ces fonds, de façon distincte et cloisonnée, séparés de ses propres fonds. Il peut y recourir en cas de défaillance du constituant et seulement dans ce cas. Il doit les garder en *trust* pour le constituant qui dispose d'un droit à la restitution par rachat (*equity of redemption*), et les restituer au constituant si la dette garantie est payée par d'autres ressources⁹²³.

Ainsi, l'opération a vocation à permettre l'extinction de la dette due au constituant par sa banque et la création d'une nouvelle dette vis-à-vis du bénéficiaire de la sûreté.

738. Consentement des parties concernées R La *novation* entraîne le changement de l'identité des parties et exige le consentement de toutes les parties concernées. Si, le compte bancaire du constituant et celui du bénéficiaire de la *mortgage* sont tenus par la même banque, il y aura un transfert interne dans les écritures de la banque teneur de ces comptes, autrement dit une *novation* par changement de créancier seulement.

En revanche, lorsque ces comptes sont gérés par des banques différentes, la *novation* n'est plus directe mais se réalise à travers les écritures d'une banque correspondante commune appelée *higher-tier bank* chez laquelle les banques des deux parties ont ouvert leurs comptes et transfèrent les fonds. Dans l'hypothèse où les banques des parties ont ouvert leurs comptes chez les *higher-tier banks* différentes, il faudra remonter dans la chaîne jusqu'à ce qu'une banque correspondante commune soit identifiée. Celle-ci est la *Bank of England* en cas de banques de compensation. Il est à noter que dans ces cas, il y a un changement du débiteur et un changement du créancier. La créance que le constituant détient sur sa banque (banque émettrice) est remplacée par la créance que détient le créancier garanti sur sa banque (banque réceptionnaire).

739. Formalités R Le transfert de la créance sur le compte du créancier garanti a pour effet d'informer le public de l'existence du droit du bénéficiaire de la *mortgage* sur la créance grevée. La perfection de la sûreté est ainsi assurée par le contrôle que

⁹²³ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, ouvrage précité, para.3-03.

le créancier garanti exerce sur les fonds transférés. Cependant, son enregistrement est également requis pour la rendre opposable aux tiers⁹²⁴.

B. Effets

740. Compensation R Si le bénéficiaire d'une *mortgage* sur créances par voie de cession peut voir son droit primé par des *equities*, incluant tous droits de compensation que le débiteur de la créance cédée aurait pu opposer au constituant, celui qui obtient un nouveau droit par voie de *novation* n'a pas à craindre les *equities* qui pourraient être opposés au constituant. Le débiteur de la créance transférée n'est en droit d'opposer que des *equities* nées des relations entre lui et le bénéficiaire de la *mortgage* par voie de *novation*⁹²⁵.

Ainsi, l'établissement financier teneur du compte ouvert au nom du bénéficiaire de la *mortgage* par voie de *novation* et destiné à recevoir les fonds transférés par le constituant pourra compenser le solde créditeur de ce compte avec le solde débiteur d'un autre compte du bénéficiaire de la *mortgage*, tant qu'elle n'aura pas reçu notification du fait que le bénéficiaire de la *mortgage* est simplement le bénéficiaire d'une *mortgage* et non le propriétaire juridique du compte. En revanche, si la banque en a reçu notification, elle ne peut pas mettre en œuvre le jeu de la compensation car ceci porterait atteinte au droit à restitution par rachat du constituant si celui-ci payait la dette garantie par d'autres sources⁹²⁶.

741. Droit de traçage R La *mortgage* sur créances par voie de *novation* confère au créancier garanti un droit de traçage⁹²⁷. La sûreté porte automatiquement sur les produits reçus en échange des créances grevées. Ce droit permet au bénéficiaire de la *mortgage* de conserver son droit à la valeur de la créance engagée.

§ II : APPLICATION PRATIQUE

742. Faible intérêt pratique R La *mortgage* sur créances par voie de *novation* est peu utilisée en pratique et la *mortgage* sur créances est le plus souvent consentie sous forme d'une cession (*assignment*). En effet, la *novation* implique la reprise de toutes

⁹²⁴ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 5th edn, 2013, para.3-31.

⁹²⁵ Louise Gullifer (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn., 2008, para. 3-03.

⁹²⁶ Ibid, footnote 17 sous para.3-03, p.98.

⁹²⁷ Ibid, para.3-03.

les obligations vis-à-vis du débiteur cédé. On a recours à la *mortgage* sur créances par voie de *novation* surtout dans le cadre des transactions de location (A). La pratique du financement de projet connaît plutôt le mécanisme de substitution de droits (*step-in rights*). C'est une opération qui est proche de la *novation* bien que le droit anglais ne la considère pas comme étant une vraie sûreté (B).

A. Contrats de location

743. Location opérationnelle d'avions R La *mortgage* sur créances par voie de *novation* est utilisée dans la location opérationnelle d'avions (aircraft operating lease) lorsque le locataire a l'obligation de consentir une sûreté en faveur du bailleur pour couvrir des frais d'entretien. Le preneur versera alors de l'argent sur un compte bancaire ouvert au nom du bailleur à condition que le bailleur puisse utiliser cet argent en l'affectant à des travaux d'entretien de l'avion qui sont nécessaires au bon fonctionnement de celui-ci et qu'il restitue au preneur le montant de l'excédent éventuel. Une telle convention peut être mise en œuvre dans d'autres situations, par exemple en matière immobilière.

744. Transfert de propriété R Pendant la durée de la sûreté, les créances grevées cessent d'appartenir au locataire et deviennent la propriété du bailleur. Elles sont tenues et affectées conformément aux conditions et modalités convenues par les parties.

En principe, si le bailleur est propriétaire des fonds grevés, il n'a pas à craindre le concours des créanciers du preneur. Pourtant, la position pourrait être nuancée dans le contexte de la faillite internationale. En effet, le transfert de propriété à titre de garantie peut être méconnu dans la juridiction devant laquelle la procédure collective a été introduite⁹²⁸. Dans un tel cas, les biens grevés pourraient être considérés comme appartenant au locataire et le concours est donc possible.

B. Droit de substitution

745. Panorama R La *step-in right clause* est souvent insérée dans une garantie accessoire appelée « collateral warranty ». La garantie accessoire est apparue vers la fin des années 1980 où il résulte des deux arrêts de principe rendus par la *House of*

⁹²⁸ Par exemple, le cas du Vietnam.

*Lords (D&F Estate's v Church Commissioners*⁹²⁹ et *Murphy v Brentwood District Council*⁹³⁰) que les préjudices causés par des défauts de construction et de *design* sont des pertes économiques qui ne peuvent pas être réparées sur le plan délictuel (in tort) mais seulement sur le plan contractuel⁹³¹. Or, en application du principe de l'effet relatif des conventions (privity of contract) selon lequel un contrat ne peut conférer des droits ou imposer des obligations à une personne qui n'est pas une partie à ce contrat, seules les parties au contrat peuvent intenter des poursuites en réparation des dommages causés par le non respect des obligations contractuelles.

Un projet de construction fait intervenir différentes parties. Certaines d'entre elles, telles que le maître d'ouvrage, l'entrepreneur principal, le consultant professionnel, y ont un rôle directement interactif : ils sont en charge de la construction ou du *design* de l'ouvrage ou de la gestion de la construction de ce dernier. Ceux-ci concluent souvent un contrat écrit formel (par exemple, le contrat de construction entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal) qui régira leurs relations. Il y a une seconde catégorie de parties qui ne signent pas un tel contrat mais qui ont un intérêt dans le projet de construction. Elles peuvent être par exemple tout prêteur qui finance la construction, tout locataire ou acheteur futur de l'ouvrage une fois achevé, ou en cas d'une construction réalisée par un locataire, le bailleur. Ce sont alors des parties intéressées (interested parties).

La garantie accessoire a été créée par la pratique pour organiser les relations entre ces deux catégories de parties.

Dans l'industrie de la construction, les garanties accessoires (collateral warranties) offrent une protection supplémentaire contre les risques d'inexécution des travaux⁹³². Une garantie accessoire permet à une tierce partie de poursuivre l'entrepreneur ou un sous-traitant pour manquements au contrat de construction⁹³³ en réparation des dommages qu'elle a du subir et crée ainsi un recours supplémentaire pour son bénéficiaire. Peuvent en bénéficier ceux qui ont un intérêt dans la construction de

⁹²⁹ [1989] ACC 177, HL.

⁹³⁰ [1991] AC 398, HL.

⁹³¹ Avant l'apparition des garanties accessoires, lors qu'il y avait un défaut dans le *design* ou dans la construction d'un projet, deux recours étaient possibles : action en responsabilité délictuelle pour négligence du maître d'œuvre ou du consultant professionnel ou action en responsabilité contractuelle contre ceux-ci.

⁹³² Pour une synthèse des différentes garanties dont peut bénéficier un maître d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de construction, v. Jane Miles, "How secure is your security", *Construction Law (Journal)*, issue 7, September 2012.

⁹³³ En l'absence d'un tel contrat, cette tierce personne n'aurait eu aucun moyen de recours contre l'entrepreneur.

l'ouvrage en question, tels que les bailleurs de fonds, les maîtres d'ouvrage, les bailleurs, les locataires ou les acheteurs⁹³⁴.

Le principe de l'effet relatif des conventions étant largement critiqué, le *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* a été promulgué. L'effet de cette législation est de relativiser ce principe et de permettre à une personne, qui n'est pas une partie au contrat original, de mettre en œuvre les stipulations de ce contrat dans certains cas⁹³⁵. Il est désormais possible de rédiger des documents contractuels qui stipulent que certains tiers tels que les prêteurs ou les locataires, etc. ont des droits mentionnés aux annexes de ceux-ci. Ces annexes contiennent souvent des garanties et stipulations similaires à ceux d'une garantie accessoire. Cette formule est particulièrement avantageuse en termes de coût et de temps dans la mesure où, pour l'activer, il suffit d'envoyer une notification destinée à informer que son bénéficiaire a maintenant le droit de mettre en œuvre les stipulations de l'annexe⁹³⁶.

Les *third party rights* devraient concurrencer directement les garanties accessoires. Pourtant, actuellement, les banques préfèrent ces dernières. La raison principale de ce choix serait que les *third party rights* permettent seulement de conférer aux tiers le bénéfice des stipulations contractuelles et ne traitent pas du transfert des obligations ou responsabilités prévues par le contrat sous-jacent (*burdens of the contract*). Toutefois, le mécanisme de *step-in*, que nous évoquerons ultérieurement, pourrait être mis en œuvre également par les *third party rights* si les parties conviennent que toute notification de *step-in* doit être faite sous forme d'un *deed* et contenir un engagement du prêteur d'exécuter les obligations visées par le contrat sous-jacent⁹³⁷.

La *step-in right clause* est une des créations des praticiens⁹³⁸ dans le domaine de la construction en général et du financement des projets de construction en particulier (1). La recherche de sa qualification juridique offre la possibilité de la comparer avec la *novation* (2).

⁹³⁴ Kim Teichmann, "Collateral warranties: your questions answered", *Construction Law (Journal)*, issue 5, June 2012.

⁹³⁵ Sur cette loi, v. *Chitty on contracts, Volume 1 - General Principles*, Sweet & Maxwell, 31th edn., 2013, paras. 18-088 *and seq.* Par comparaison, le droit vietnamien reconnaît expressément les stipulations pour autrui (art. 419 et suivants du Code civil).

⁹³⁶ Richard Pike, "Collateral warranties and third party rights", *Construction Newsletter*, March/April, 6-7, 2012.

⁹³⁷ Ibid.

⁹³⁸ Le *step-in right* est officiellement reconnu par les textes vietnamiens relatifs au financement de projet (article 22 du règlement expérimental sur les investissements dans les partenariats publics-privé joint à la décision n°71/2010/QĐ-TTg du Premier Ministre en date du 9 novembre 2010 et l'article 17 du décret n° 108/2009ND-CP du Gouvernement en date du 27 novembre 2009 sur les contrats BOT, BTO et BT, modifié en 2011.

1. Une création de la pratique

746. Contenu d'une garantie accessoire R La garantie accessoire (collateral warranty) est, comme son nom l'indique, un contrat accessoire (collateral) au contrat sous-jacent (primary contract) par lequel le garant (warrantor) garantit à une partie intéressée qu'il exécute ses obligations prévues par le contrat sous-jacent. D'autres clauses peuvent figurer dans un tel contrat, telles que la *net contribution*⁹³⁹, le transfert de la garantie accessoire à un tiers, l'invocation des moyens de défense, la souscription des assurances professionnelle, l'octroi au bénéficiaire de la garantie des licences pour utiliser les droits de propriété industrielle, la limitation de la responsabilité du garant, l'obligation incombant au garant de prendre des diligences et de faire des meilleurs efforts. Bien sûr, la *step-in rights clause* qui crée un droit de substitution au profit du bénéficiaire de la garantie est parmi les clauses les plus importantes du contrat de garantie.

747. Droit de substitution du prêteur R La *step-in right clause* permet au prêteur de prendre la place de la société emprunteuse dans le contrat conclu entre celle-ci et son cocontractant (par exemple un entrepreneur principal ou un consultant professionnel) ou de désigner un tiers compétent qui prendra la place de la partie initiale.

Il existe deux hypothèses autorisant le prêteur à exercer son droit de substitution. Première hypothèse : le maître d'ouvrage a manqué à tout ou partie de ses obligations prévues par le contrat de prêt (en général, l'obligation de remboursement), ce qui donne au prêteur le droit de résilier le contrat de prêt. Le prêteur décide alors comme alternative de mettre en œuvre son droit de substitution. Il notifie à l'entrepreneur principal ou au consultant professionnel le manquement à l'obligation contractuelle du maître d'ouvrage. Dans le cadre de la *step-in right clause*, l'entrepreneur principal ou le consultant professionnel consent à ce qu'en cas de résiliation du contrat de prêt par le prêteur, l'entrepreneur principal/le consultant professionnel accepte, sur demande contenue dans une notification écrite qui lui est adressée par le prêteur, de poursuivre les travaux ou la prestation de services initialement convenus et le maître d'ouvrage consent à ce que le contrat de prêt soit réputé avoir été résilié dans ce cas.

⁹³⁹ En vertu de laquelle l'entrepreneur principal sera tenu de réparer seulement les dommages qu'il a effectivement causés, étant précisé qu'en droit anglais, un entrepreneur principal peut être tenu de réparer la totalité d'un préjudice alors qu'il n'en a causé qu'une partie.

En conséquence, une fois qu'il aura reçu la notification, l'entrepreneur principal/le consultant professionnel est tenu de s'assurer qu'il a le droit et l'obligation de traiter le prêteur comme le nouveau maître d'ouvrage.

Seconde hypothèse : le maître d'ouvrage a commis une violation du contrat conclu avec un entrepreneur principal ou un consultant professionnel. La gravité particulière de la violation permet à l'entrepreneur principal ou au consultant professionnel de résilier ce contrat. Dans ce cas, l'entrepreneur principal ou le consultant professionnel a le droit de notifier au prêteur son intention de résilier le contrat. Le prêteur peut alors décider d'exercer ou non son droit de substitution pour devenir le nouveau maître d'ouvrage⁹⁴⁰.

Les *step-in right clauses* présentent également un intérêt pour l'entrepreneur principal ou le consultant. En effet, elles prévoient en général que le prêteur ne peut exercer son droit de substitution que s'il paie tous les montants restants dus au titre du contrat de construction ou du contrat de service. Le but poursuivi par le prêteur est la poursuite de la réalisation du projet selon le calendrier initialement prévu. Ceci est particulièrement important pour lui dans la mesure où le projet génère des revenus qui seront ensuite utilisés pour le remboursement des financements levés.

748. Autres cas de figure R De même, un maître d'ouvrage peut négocier une telle clause avec un sous-traitant en charge du *design* afin qu'il se substitue à l'entrepreneur principal en vue de poursuivre le contrat signé avec ce sous-traitant au cas où l'entrepreneur principal manque à son obligation visée dans le contrat de sous-traitance ou qu'il ferait l'objet d'une procédure collective. Dans le financement de projet, les prêteurs peuvent également négocier la clause relative à son droit de substitution avec les acheteurs ou utilisateurs de produits et de services produits dans le cadre du projet.

2. Qualification juridique

749. Absence de consécration légale R La mise en œuvre du *step-in right* consiste en un transfert direct des droits du maître d'ouvrage au prêteur : celui-ci assume alors les droits et les obligations du maître d'ouvrage visés par le contrat initial conclu par exemple entre le dernier et l'entrepreneur principal. L'opération n'est pourtant prévue

⁹⁴⁰ C Chatterjee and Anna Lefcovitch, "Step-in right: a right *sui generis*", *Construction Law (Journal)*, issue 8, October 2000.

par aucun texte et n'a pas été testée par la jurisprudence. Sa qualification juridique demeure floue. On peut la considérer comme un droit *sui generis*. Elle partage des similarités avec la *novation*.

750. *Step-in right* et *novation* R La *mortgage* par voie de *novation* et les *step-in rights* sont différents l'un de l'autre à plusieurs égards.

D'abord, les *step in rights* entraînent certes, le remplacement de l'une des parties initiales au contrat par une autre partie tout comme la *novation*. Toutefois, dans le cas du *step-in right*, un tel remplacement n'a pas lieu immédiatement mais seulement en cas de défaillance de la société empruntrice.

Par ailleurs, les *step-in rights* n'ont pas pour effet la disparition du contrat initial et la conclusion d'un nouveau contrat comme dans le cas de la *novation*.

De plus, en cas de *novation*, les obligations créées par le contrat peuvent être transférées à un tiers avec l'accord du créancier tandis qu'en cas de *step-in rights*, un tel transfert n'a pas lieu. En effet, le tiers propose à la date de conclusion du contrat de prêt de prendre la place de l'emprunteur et l'entrepreneur principal accepte cette stipulation, laquelle est érigée en condition de l'octroi du prêt⁹⁴¹.

751. CONCLUSION DE LA SECTION II R La *mortgage* sur créances par voie de *novation* constitue une alternative à la *mortgage* sur créances par voie de cession. Elle est basée sur la technique de transfert de propriété des sommes disponibles sur le compte du constituant qui représentent le montant de la dette de restitution dont est débitrice sa banque envers lui. Elle demeure une sûreté spécifique et est utilisée en pratique notamment pour la constitution d'un fonds destiné à couvrir des frais d'entretien dans le cadre des transactions de location. Les *step-in rights*, qu'ils soient contenus dans une *collateral warranty* ou dans une annexe d'un contrat donnant lieu aux *third party rights*, lui empruntent des traits bien que ce sont deux mécanismes juridiquement distincts.

752. CONCLUSION DU CHAPITRE I R Le transfert d'une créance à titre de garantie peut être réalisé sous trois modalités de *mortgages*. La cession réglementée offre à son bénéficiaire une protection particulièrement efficace mais n'est pas compatible avec la cession d'une portion de créance ou de créances futures. La

⁹⁴¹ C Chatterjee and Anna Lefcovitch, « Step-in right... », article précité.

cession en équité, dont les conditions de constitution sont relativement simples, constitue une véritable alternative à la cession réglementée notamment en cas de cession de créances multiples ou de créances futures. La *mortgage* par voie de *novation* est surtout utilisée pour le transfert des fonds du compte du constituant au compte du bénéficiaire et a un champ d'application limité. Ces sûretés cohabitent avec les *charges* sur créances pour constituer un panel bien rempli de sûretés conventionnelles sur créances.

S'il existe en droit anglais depuis fort longtemps et a été récemment introduit d'une manière plus généralisée en droit français, le transfert de créances à titre de garantie demeure inconnu en droit vietnamien. Nous étudierons l'utilité d'une introduction éventuelle de cette technique juridique en droit vietnamien dans les développements suivants.

CHAPITRE II : DROIT VIETNAMIEN

753. État du droit R Les sûretés sur créances avec transfert de propriété sont inconnues en droit vietnamien. Plus généralement, ce droit n'a jamais consacré le transfert de propriété des biens à titre de garantie. La propriété n'est pas une source du crédit. Les sûretés confèrent aux créanciers un droit de préférence sur les biens grevés et non un droit absolu comme le droit de propriété.

754. Tentative de création pratique R Malgré l'absence de dispositions régissant le transfert de propriété à titre de garantie, la pratique a essayé de créer des montages contractuels qui consistent à exploiter la fonction de garantie de la propriété. Par exemple, la propriété d'un appartement est transférée à titre de garantie d'un prêt ou le titulaire des titres financiers peut les céder en garantie d'un prêt. De même, il est possible de mettre en place une cession de créances à titre de garantie.

Les articles 4 et 389.1 du Code civil instituant les principes de formation des contrats prévoit expressément que les parties peuvent librement former leur contrat à condition que celui-ci ne soit pas contraire à la loi ni aux bonnes mœurs. La création d'une sûreté basée sur le transfert de propriété s'inscrirait dans cette logique de liberté contractuelle. Pourtant, une position conservatrice impose de considérer que l'on doit respecter le *numeros clausus* des sûretés dans la mesure où il serait difficile d'admettre qu'une sûreté *sui generis* puisse être plus efficace qu'une sûreté prévue par la loi.

755. Position jurisprudentielle R La Cour Populaire Suprême s'est prononcée pour la première fois en 2008 sur la validité du transfert de propriété des biens à titre de garantie⁹⁴². En l'espèce, un bien immobilier avait été cédé en garantie d'un prêt. Le cédant a ensuite contesté la validité de la cession à titre de garantie. Le tribunal de première instance du district 2 de Hochiminh-ville lui a donné raison tandis que la cour d'appel de Hochiminh-ville reconnaît la validité d'une telle cession. Les juges suprêmes ont requalifié le contrat en une hypothèque immobilière.

Trois ans plus tard, la Cour Populaire Suprême a eu l'opportunité de revenir sur la question⁹⁴³. L'affaire concernait toujours le transfert de propriété des biens

⁹⁴² Arrêt n°290/2008/DS-GDT de la chambre civile de la Cour Populaire Suprême du 25 septembre 2008.

⁹⁴³ Arrêt n°325/2011/DS-GDT de la chambre civile de la Cour Populaire Suprême du 29 avril 2011.

immobiliers en garantie d'un prêt. Les juges ont qualifié ce contrat de transfert d'un faux contrat.

D'autres décisions rendues par les juges du fond annulent les cessions de biens à titre de garantie au motif qu'elles sont de faux contrats de vente conclus pour garantir un prêt⁹⁴⁴.

Ainsi, selon la jurisprudence établie, les cessions de biens immobiliers à titre de garantie constituent des fausses cessions conclues à titre de vente et sont en conséquence nulles en application de l'article 129 du Code civil⁹⁴⁵. Cette position appelle plusieurs remarques.

D'abord, les juges vietnamiens paraissent prôner le *numerus clausus* des sûretés. Pour eux, une cession de biens doit être systématiquement une cession à titre de vente. Une cession à titre de garantie est une fausse cession à titre de vente dans la mesure où la loi ne prévoit pas ce type de sûreté.

Ensuite, les cessions de biens immobiliers à titre de garantie pourront être requalifiées en hypothèques de biens immobiliers. On peut en déduire que les juges requalifient ces cessions en les ramenant dans le *numerus clausus* des sûretés existantes.

Les affaires considérées concernaient plutôt le transfert de propriété d'un bien immobilier mais le principe qui en est issu est transposable au transfert de propriété d'autres biens, y compris des créances.

756. Utilité R Ainsi qu'il a été exposé précédemment, l'hypothèque de créance de droit vietnamien est une sûreté qui procure au créancier hypothécaire une protection efficace. Certes, de nombreuses lacunes existent quant à ses conditions de constitution et à son régime mais ces lacunes sont liées plutôt au manque de dispositions et non aux faiblesses intrinsèques du droit positif. La réforme de l'hypothèque de créance consisterait donc à compléter le régime tout en préservant cette ligne directrice de protection efficace du créancier hypothécaire reconnue par le droit positif.

⁹⁴⁴ Jugement n° 24/2006/HNGD.ST en date du 25 mai 2006 du tribunal de Chau Doc, province d'An Giang ; décision 745/2011/DS-PT en date du 1 juillet 2011 de la Cour populaire de Hochiminh-ville.

⁹⁴⁵ « Article 129. Acte frappé de nullité pour dissimulation :

Lorsque les parties établissent une transaction civile d'une manière fautive pour en dissimuler autre, la fautive transaction est nulle mais la transaction dissimulée reste valable, sauf les cas où cette dernière sera également nulle en application des dispositions du présent Code... ».

La consécration d'une cession de créance à titre de garantie est toutefois utile pour différentes raisons. D'abord, elle offrira au créancier une alternative efficace à l'hypothèque de créance. Le créancier garanti aura, en plus des droits que la loi confère au créancier hypothécaire, le droit de poursuivre en son propre nom le débiteur cédé.

Ensuite, la cohabitation entre une sûreté sans transfert de propriété (hypothèque de créance) et une sûreté basée sur un tel transfert (cession de créance) sous un même système de droit est tout à fait possible. Cette cohabitation a été largement testée par les droits étrangers. Ainsi par exemple, le gage de créance et la cession de créance à titre de garantie s'affichent comme les deux formes de sûretés sur créances en droit néerlandais. De même, les *charges* et les *mortgages* sur créances sont deux sûretés traditionnelles de droit anglais. La rédaction de l'*instrumentum* est déterminante. Ainsi, qu'il a été exposé précédemment, une *charge* sur créances bien rédigée peut conférer à son bénéficiaire presque les mêmes effets qu'une *legal mortgage* sur créances.

Par ailleurs, la diversité des sûretés offrira plus de choix aux parties. Dans les opérations internationales, en consacrant le transfert de créances à titre de garantie, le droit vietnamien des sûretés sera certainement plus compétitif. Les parties seraient moins réticentes à choisir le droit vietnamien comme loi applicable à leurs contrats de sûreté. Une telle diversité est également particulièrement importante dans la mesure où elle facilite la reconnaissance par le droit vietnamien des sûretés ayant été créées sous des droits étrangers. Cette approche est pragmatique et salutaire en termes d'attractivité du droit vietnamien qui doit être perçue par les investisseurs étrangers de façon positive et incitative.

Enfin, dans la réforme actuelle du droit vietnamien des sûretés, certains auteurs proposent de supprimer l'interdiction de disposition par le constituant du bien hypothéqué visée à l'article 348.4 du Code civil⁹⁴⁶. Si une telle proposition était consacrée par la loi, elle affecterait gravement l'efficacité de l'hypothèque de créance. La recherche d'une alternative plus efficace comme la cession de créance à titre de garantie serait alors un impératif.

⁹⁴⁶ Ho Quang Huy, « Sûretés réelles : Quelques problématiques posées lors de la réforme du droit civil vietnamien », *Revue Démocratie et Droit*, numéro hors-série, 2011, p.30.

La tendance doit aussi aller vers la *dématérialisation* du droit et des rapports contractuels. La dématérialisation, basée sur le recours aux supports et échanges électroniques, est aussi un moyen remarquable, pour les acteurs économiques et financiers, de faire des économies. Il est aussi moins coûteux de recourir à cette sûreté. Enfin, comme l'a montré la jurisprudence *Cœur Défense*⁹⁴⁷, la cession de créances permet plus facilement de greffer une opération de titrisation sur le financement initial. Et le droit vietnamien doit songer à la titrisation pour financer son économie et sa croissance, et être en phase avec les marchés et pratiques internationales.

757. Quelle approche ? R Si l'idée d'introduire la cession de créances à titre de garantie en droit vietnamien paraît séduisante, la question qui se pose alors est de savoir comment cette introduction pourra avoir lieu.

Le droit français et le droit anglais offrent deux approches différentes. En effet, le droit français reconnaît certes le transfert de créances à titre de garantie mais l'organise de manière relativement stricte, à savoir sous la forme de la cession de créances par bordereau Dailly, parfois appelée *fiducie bancaire* dont le bénéficiaire ne peut qu'être un établissement de crédit. Elle peut intervenir également sous la forme d'un transfert en fiducie dont les conditions sont précisées par le Code civil, étant précisé que le régime de la cession de créances à titre de vente ne peut pas être utilisée pour réaliser un transfert de créance à titre de garantie. Par contre, en droit anglais, l'article *s 136* de la *Law of Property Act 1925* prévoit le régime de la cession des créances et des autres purs biens incorporels qui s'applique indifféremment aux cessions de créances à titre de vente et aux cessions de créances à titre de garantie⁹⁴⁸. Cette approche est flexible et pragmatique. Le législateur vietnamien pourra la retenir.

Il existe d'ores et déjà au sein du Code civil vietnamien des dispositions qui régissent le transfert de créances à titre de vente (articles 309 à 314) et qui prévoient les différents aspects du transfert de créances dont certains sont transposables au transfert de créances à titre de garantie. Adapter ces dispositions aux fins de garantie et les compléter permettront d'instaurer un régime efficace de cession de créances à

⁹⁴⁷ V. *supra*, n°587.

⁹⁴⁸ Une telle approche a été retenue en droit français pour la cession Dailly.

titre de garantie en droit vietnamien. Les *mortgages* sur créances de droit anglais ou la cession Dailly de droit français pourraient servir de modèles.

758. CONCLUSION DU TITRE II R L'examen des *mortgages* sur créances montre une approche particulièrement flexible de droit anglais dans la création des sûretés basées sur le transfert de propriété des créances grevées. Ce qui caractérise ces *mortgages* est l'intention des parties d'effectuer un transfert de propriété à titre de garantie.

Certes, l'efficacité d'une *mortgage* sur créances par voie de cession dépend largement de la notification faite au débiteur cédé mais une cession non notifiée procure aussi une protection efficace au créancier garanti dans la mesure où le constituant est censé conserver en *trust* le produit de la créance grevée pour le compte du bénéficiaire de la *mortgage*. De son côté, la *mortgage* sur créances par voie de *novation* permet au créancier de contrôler des fonds qui sont transférés depuis le compte du constituant sur un compte bancaire ouvert sous le nom du créancier.

Le transfert de propriété des créances à titre de garantie demeure une pièce manquante en droit vietnamien. Pourtant, du fait de ses multiples avantages, il est utile, sinon nécessaire, d'introduire un tel mécanisme dans ce droit.

759. CONCLUSION DE LA PARTIE II R La mise en parallèle des sûretés sur créances avec transfert de propriété nous permet d'émettre quelques remarques.

D'abord, le législateur français demeure réticent à la généralisation de la cession de créances par bordereau Dailly qui est une sûreté efficace et largement testée par la pratique. La cession fiduciaire générale de créances prévue par le Code civil donne lieu à un formalisme lourd notamment avec l'exigence d'enregistrement et de la constitution d'un patrimoine d'affectation et son régime n'est pas suffisamment détaillé par les textes. La pratique aurait besoin d'une sûreté plus facile à constituer mais aussi efficace que la cession Dailly. Or, l'exemple de droit anglais démontre qu'il est possible de prévoir un même régime pour les cessions de créances à titre de vente et à titre de garantie.

Ensuite, si le transfert des créances à un fiduciaire marque la spécificité du transfert fiduciaire général de créances de droit français, le mécanisme de *trust* en droit anglais n'est pas en soi le moyen par lequel le transfert de créances peut être effectué à titre de garantie. Certes, la déclaration de *trust* est utilisé pour constituer une cession en

équité mais cette garantie est créée notamment dans des situations particulières⁹⁴⁹ et ne constitue pas une cession générale à titre de garantie sans compter que sa qualification demeure discutable. Il est à noter que le droit anglais impose au constituant de conserver les fonds reçus du débiteur cédé en tant que *trustee* pour le compte du bénéficiaire d'une cession en équité non notifiée.

De plus, le droit français, le droit anglais et même le droit vietnamien admettent que la notification faite au débiteur rend la cession de créances opposable à celui-ci. La solution est logique dans la mesure où, d'une part, le débiteur cédé n'entre dans la relation de cession qu'après réception de la notification de l'existence de la sûreté et d'autre part, il est difficilement admissible que celui-ci ait l'obligation de vérifier si la créance qu'il paiera a été grevée ou non avant de procéder au paiement.

Enfin, il apparaît que l'enregistrement des cessions de créances qu'elles soient effectuées à titre de garantie ou à titre de vente, devrait constituer une condition d'opposabilité de ces cessions aux tiers. Cette approche retenue par le droit vietnamien et partiellement par le droit anglais, se révèle efficace en pratique. L'opposabilité immédiate à la date de l'acte reconnue par le droit français permet d'échapper à toute mesure de publicité mais comment un tiers peut-il prendre connaissance de cette sûreté sur créance lorsqu'elle n'est pas inscrite auprès d'un registre ? De même, le bénéficiaire de la cession d'une créance à titre de garantie peut voir son droit réduit à néant si la créance engagée a été antérieurement cédée à titre de vente lorsque la première cession n'a pas été inscrite quelque part. L'enregistrement des cessions s'inscrit alors dans un souci de transparence des transactions. Un droit de sûretés moderne devrait être non seulement simple, flexible mais aussi transparent.

⁹⁴⁹ À savoir en présence d'une clause d'incessibilité en cas de déclaration de *trust*.

CONCLUSION GÉNÉRALE

760. Formes de sûretés R L'étude des sûretés sur créances en droit français, en droit anglais et en droit vietnamien, démontre que les trois droits ne retiennent pas la même approche en terme de forme de sûretés. En effet, si en droit français, le nantissement de créances qui n'implique pas le transfert de propriété au profit du créancier nanti a été grandement rénové par la réforme de 2006, il faudra attendre une position ferme de la Cour de Cassation sur son efficacité. La cession de créances professionnelles par bordereau Dailly est certes une sûreté solide mais son champ d'application est restreint, tandis que la fiducie-sûreté sur créances paraît particulièrement lourde sans compter que son régime demeure incomplet. Le droit anglais paraît offrir le plus d'options aux parties désireuses de constituer une sûreté sur créances (*fixed charge*, *floating charge*, cession prévue par la loi, cession en équité ainsi que *mortgage* par voie de *novation*) alors qu'en droit vietnamien, l'hypothèque de créances demeure l'unique choix en l'état actuel du droit.

Sur ce point, on peut émettre deux remarques. D'abord, l'exploitation de la fonction de garantie de la propriété permet de diversifier l'arsenal des sûretés et ne devrait pas être ignorée, notamment dans le contexte du droit vietnamien où, faute de base légale dans le droit commun, les juges ont tendance à ne pas donner effet aux sûretés innommées impliquant un transfert de propriété. Ensuite, en droit anglais, la *fixed charge* sur les créances est aussi efficace que la *mortgage* sur les créances bien qu'elle n'implique pas de transfert de propriété. L'avantage pratique du droit anglais réside principalement en ce qu'il offre aux parties une diversité de choix de façon qu'elles peuvent adapter leur transaction à l'objectif commercial envisagé.

Par ailleurs, le droit anglais démontre qu'il est possible de prévoir un régime homogène pour les cessions de créances à titre de vente et de garantie.

761. Sûretés spécifiques sur créances R Certaines créances monétaires existent sous des formes spécifiques (notamment créances professionnelles, créances de

marché public, créances de police d'assurance-vie et créances de compte). Les sûretés les ayant pour assiette devraient être réglementées en tenant compte des caractéristiques spécifiques de ces créances. Les droits spéciaux peuvent compléter le régime du droit commun pour mieux régir ces sûretés. L'approche française nous paraît pertinente à cet égard. Cependant, dans la mesure où de telles sûretés relèvent souvent du régime de droit commun, elles ne deviennent efficaces que si ce dernier est en premier lieu satisfaisant.

762. Notification R Les droits visés par cette étude organisent toutes les sûretés sur créances au tour de la notification faite aux débiteurs des créances grevées. Cette notification rend les sûretés opposables à ceux-ci et marque le moment d'inopposabilité de certains moyens de défense que les débiteurs des créances grevées peuvent invoquer. À cet égard, force est de constater que le droit vietnamien reste sommaire et mériterait surtout d'être complété.

En l'absence d'une telle notification, il est légitime que le constituant passe aux yeux du débiteur de la créance grevée pour être son créancier et que le paiement du montant de la créance grevée entre les mains de ce dernier est libératoire. Le créancier garanti peut choisir de notifier ou non sa sûreté sans être fautif s'il ne procède pas à la notification. Si en droit anglais, le constituant a une obligation implicite de conserver les fonds ainsi reçus en *trust* pour le compte du créancier garanti, le droit français et le droit vietnamien demeurent lacunaires sur ce point, en partie puisque le *trust* n'est reconnu que partiellement dans ces systèmes de droit. Certes, en droit français, il est envisageable de mettre en place une fiducie aux fins de conservation de ces fonds mais dans la mesure où une telle fiducie demeure coûteuse et encombrante, cette solution ne paraît actuellement pas satisfaisante.

763. Opposabilité aux tiers R Le débiteur de la créance grevée est non seulement le sujet passif de l'obligation de paiement mais il pourrait en théorie faire office de registre auprès duquel les tiers pourraient s'informer sur la disponibilité de la créance avant d'entrer dans les transactions sur celle-ci avec le créancier initial. D'où, l'idée de l'opposabilité immédiate des sûretés sur créances à la date de leurs actes constitutifs. Cette solution retenue par le droit français est inconnue dans le droit anglais et le droit vietnamien. Dans la mesure où la loi n'impose pas au débiteur de la créance grevée l'obligation de fournir des informations sur celle-ci, il serait plus juste de prévoir un système d'enregistrement des sûretés sur créances et ensuite d'en

déterminer la priorité sur la base des dates d'enregistrement. Le droit vietnamien opte pour cette approche et le droit anglais qui l'admet en partie, va aujourd'hui dans ce sens. Dans la mesure où le registre est public et donc accessible à tous, l'enregistrement vaudra notification des sûretés sur créances. Cependant, si un tiers a effectivement pris connaissance d'une sûreté antérieure, et qu'il conclut quand même une transaction sur la créance grevée, il est légitime qu'il perde priorité sur la créance en question même si la première sûreté n'a pas été enregistrée. Cette *constructive notice* de droit anglais devrait être introduite en droit français et droit vietnamien pour rendre la loi plus flexible.

764. Moyens de défense ¶ Parmi les trois droits étudiés, le droit anglais semble être le plus élaboré sur ce point, notamment avec le principe de primauté des *equities* et des moyens de défense. Le droit vietnamien ne se prononce pas sur cet aspect pourtant important. En principe, tous les droits que le débiteur de la créance grevée dispose conformément à son contrat constitutif et qui peuvent affecter son obligation de paiement seront opposables au créancier garanti, peu importe qu'ils existent ou non au moment de la réception de la notification. Par contre, après la notification de la sûreté sur créance, le constituant ne peut, en concluant un acte modificatif, faire disparaître ou diminuer les droits du créancier garanti qui existent au moment de la notification.

765. Incidence des procédures collectives ¶ En général, le sort des créanciers garantis en cas de procédure collective du constituant est beaucoup plus favorable en droit vietnamien et droit anglais qu'en droit français. En matière de sûretés sur créances, la jurisprudence française a admis la solidité de la cession Dailly en cas de procédure collective ouverte à l'égard du constituant mais la position n'est pas aussi clairement établie en matière de nantissement de créances. Cependant, ce problème d'efficacité n'est pas imputable au droit des sûretés mais au droit des procédures collectives, dérogoire à bien des égards. Or, la tendance en France est la primauté du droit des procédures collectives, et en particulier en ce qui concerne le droit des sûretés. Elle relève d'un choix politique opéré par le législateur français soucieux de protéger les entreprises en difficulté et les autres catégories de créanciers privilégiés. L'objectif du législateur est d'éviter que la défaillance de ces entreprises ne conduisent, par effet d'entraînement, à d'autres déconfitures au sein de leur

environnement économique, ce qui, *in fine*, n'irait pas dans le sens de la satisfaction des créanciers.

766. Liberté contractuelle ¶ Il ressort de notre étude qu'il n'existe pas de sûretés-modèles sur créances. Il y a donc beaucoup de place à la liberté contractuelle ¶ principe reconnu par tous les trois droits étudiés. Les parties peuvent pallier aux lacunes de la loi par leurs propres stipulations contractuelles en tenant compte des intérêts en cause. Cependant, de telles stipulations ne peuvent pas contredire les principes de base d'un système spécifique de droit et donc il existe toujours des risques de requalification. C'est pour cette raison que des règles plus cohérentes seraient souhaitables non seulement dans les trois droits visés par cette étude mais dans tous les systèmes de droit qui reconnaissent les sûretés sur créances.

767. Réforme ¶ En définitive, les créances étant une catégorie spécifique de biens, les sûretés sur créances impliquent une relation tripartite entre le constituant, le créancier garanti et le débiteur de la créance grevée. Pour qu'elle soit efficace, toute sûreté sur créance devrait, entre autres, tenir compte des différents aspects de cette relation. La réforme du régime des sûretés sur créances devrait aboutir à l'amélioration de leur efficacité hors et en procédure collective. Leur efficacité pourrait être renforcée aussi bien en cas de sûretés avec transfert de propriété qu'en cas de sûretés non basées sur un tel mécanisme, sous réserve d'une volonté ferme du législateur.

BIBLIOGRAPHIE

EN FRANÇAIS :

MANUELS ROUVRAGES GÉNÉRAUX

Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français*, 4^e éd, 1873, t.6.

Aynès (L.) et Crocq (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 6^e éd, Defrénois, 2012.

Bigot (J.), Baillot (Ph.), Kullman (J.) et Mayaux (L.), *Traité de droit des assurances : Tome 4, Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007.

Bonnard (J), *Droit des assurances*, 3^e éd, Litec, 2009.

Bourassin (M.), Brémond (V.) et Jobard-Bachellier (M.-N), *Droit des sûretés*, 2^e éd., Sirey, 2010.

Cabrillac (M.), Mouly (Ch.), Cabrillac (S.) et Pétel (P.), *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010.

François (J.), *Les obligations, régime général*, 2^e éd., Economica, 2011.

Gavalda (Ch.) et Stoufflet (J.), *Instruments de paiement et de crédit*, 7^e éd., Litec, 2009.

- *Droit bancaire*, 8^e éd, Litec, 2010.

Jacquemont (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7^e éd., 2011.

Legéais (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013.

- *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd, LGDJ, 2011.

- *Sûretés et garanties du crédit*, 4^e éd, LGDJ, 2004.

Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Les biens*, Defrénois, 2004.

- *Les biens*, 4^e éd., Defrénois, 2010.

Mattout (J.-P.), *Droit bancaire international*, Revue Banque édition, 4^e éd, 2009.

Mestre (J.), Putman (E.) et Billiau (M.), *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.

- *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.

Mignot (M.), *Droit des sûretés*, 2^e éd, Montchrestien, 2010.

Pérochon (F.) et Bonhomme (R.), *Entreprises en difficulté et instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd, LGDJ, 2009.

Picard et Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. IV, LGDJ.

Picod (Y.), *Droit des sûretés*, PUF, 2008.

- *Droit des sûretés*, 2^e éd, PUF, 2011.

Piedelièvre (P), *Droit des sûretés*, Ellipses, 2008.

Ronine (D.) et Praicheux (S.), *Les garanties financières*, Joly Bourse, 2009.

Simler (Ph.) et Delebecque (Ph), *Les sûretés – La publicité foncière*, 4^e éd., Dalloz, 2004.

- *Les sûretés, la publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz, 2009.

- *Les sûretés – La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012.

Terré (F.) et Simler (Ph.), *Droit Civil, Droit des biens*, 8^e éd, Dalloz, 2010.

Théry (Ph), *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998.

Zénati-Castaing (F.) et Revet (Th.), *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008.

THÈSES

Aynès (A.), *Le droit de rétention, unité ou pluralité ?*, th. Economica 2005, préf. Ch. Larroumet.

Crocq (P.), *Propriété et garantie*, th. LGDJ, 1995, préf. M. Gobert.

Gaudemet (A.), *Contribution à l'étude des dérivés*, thèse Paris II, 2008, Economica 2010, préface H. Synvet.

Julienne (M.), *Le nantissement de créance*, th. Economica, 2012, préf. L. Aynès.

Lisanti-Kalcynski (C.), *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th. Litec, 2001, préf. F. Pérochon.

Legais (D.), *Les garanties conventionnelles sur créances*, th. Economica, 1986, préf. Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet.

Pélissier (A.), *Possession et meubles incorporels*, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2001.

Witz (Cl.), *La fiducie en droit privé français*, th. Economica, 1981, préf., Schmidt.

ARTICLES RÉCHRONIQUES

Adelle (J.-F.), « La cession Dailly est-elle réservée aux banques communautaires ? », *Rev. Banque et droit*, 2003.

- « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie-sûreté », *RDBF* 2010, n° 5.

- « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RDBF*, n°2, mars 2007, étude 5.

- Adelle (J-F.) et Paper (X.), « La fiducie dans les financements d'infrastructures », *Revue Banque*, n°739, septembre 2011.
- Ansaloni (G.), « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », *RDBF*, septembre, 2013.
- Ansaloni (G.) et Dursun (I.), « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un *pool* bancaire », *JCP E* 2009, 1671.
- Auckenthaler (F.), « Cession de créance en garantie innommée et compétitivité du droit français », *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France VI*, sous la direction d'Alain Gourio et Jean-Jacques Daigre, 2013.
- Aynès (A.), « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006.
- « Cession Dailly : la créance cédée peut-elle excéder le montant de la créance garantie? », *JCP G*, n° 5, 31 janvier 2011.
 - « L'introduction de la fiducie en droit français », *RLDC*, mars 2009.
 - « Le nantissement de créance de droit commun : quelle efficacité ? », *Banque et Droit*, hors série, décembre 2010.
- Aynès (L.), « Discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », *D.* 2001.
- « La cession de créances à titre de garantie : quel avenir ? », *Dr et Patr.*, n°158, avril 2007.
 - « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. et Patr.*, septembre 2007.
- Barrière (F.), « La fiducie-sûreté », *JCP E* 2009, 1808.
- « La fiducie, commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », 2^e partie, *Bull. Joly Sociétés*, 2007.
- Bertout (F.), A. Gourio et A. Potiez, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie des prêts », *JCP Not. et Im.*, n°13, 31 mars 1995, n°2.
- Cabrillac (M.), « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990.
- « Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente », *D.* 1988. *Chron.* 225.
 - « Les accessoires de la créance », études A. Weill, *D.* 1983.
- Cerles (A.), « Le nantissement d'assurance-vie après la loi du 17 décembre 2007 », *RDBF*, n°5, sept., 2008, étude 22.
- Cibille (R.), « L'assurance vie, instrument multifonctions de la gestion du patrimoine familial », *AJ Famille*, 2007.

Crocq (P.), « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.*, janv-fevr. 2009.

- « Le nantissement de créance », *RLDA*, juill. 2006, 7, supplément, n° 9.

- « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *RTD Civ.* 2010.

- « Efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.*, 2002, 106.

C. de la Jarte, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *Revue Lamy Droit civil*, mai 2009.

Danos (F.), « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », *RLDC*, n°73, juillet-août 2010.

Dammann (R.), « L'utilisation de la fiducie comme technique », *Rev. proc. coll.*, n°3, mai 2013, dossier 20.

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

C. de la Jarte, « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC*, mai 2009.

Dupichot (Ph.), « Les sûretés entre droits positif et prospectif », *Dr. et pat.*, 2006, n° 145 ;

- « Le nantissement, un an après », *LPA*, n° 63 du 27 mars 2008

- « La fiducie- sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, I, 132

- « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E*, n° 12, 22 mars 2007.

Elland-Goldsmith (M.), « Les apports de la pratique anglaise au droit des sûretés », *Dr. et Patr.*, 2003.

Fille-Lambie (O.) et Laisney (L-J.), « La fiducie : nouvelle garantie des crédits syndiqués », *Dr et Patr*, n°192, mai 2010.

François (J.), « Les créances sont-elles des biens ? », *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009.

Gentil (E.) et Delbard (J.), « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Droit & Expertise*, 28 oct. 2009.

Grimaldi (C.), « L'acceptation de l'acceptation » d'un contrat d'assurance-vie, *Defrénois*, 15, sept., 2008.

Grimaldi (M.), « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC*, 1 juillet 2005, n°3.

- « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC*, n°7, décembre 2010.
 - « L'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de droit Henri Capitant*, n°2, 30 juin 2011.
 - « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 1991.
 - « Réflexions sur les sûretés-propiétés », études offertes à Jacques Dupichot, Bruylant, 2004, p. 169.
- Grimaldi (M.) et Dupichot (Ph.), « Durée et sûretés », *RDC*, 2004/1, n° 13.
- Grimaldi (M) et Dammann (R.), «La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009.
- Jacomini (Ch.), « L'agent des sûretés au service du syndicat bancaire », *RLDC*, 2012, 9.
- Guillot (J-L.), «La cession Dailly et l'affaire "Coeur Défense"», *Banque et Droit*, hors-série, décembre 2010.
- Jeanneney (P.-A.) et Ayache (L.), « Cessions Dailly et créances publiques », *Banque et Droit*, n° 98, novembre-décembre 2004.
- Julien (F.), « Financements bancaires syndiqués et transfert d'engagements Ré Aspects de droit français et anglais », *Banque et Droit*, no.109, septembre-octobre 2006.
- « Requalification et financements bancaires Ré Aspects de droit français et anglais », *Banque et Droit*, n°115, septembre-octobre 2007.
 - « Cession Dailly, actualité juridique », Support de cours (2013 & 2014), Master Droit Bancaire & Financier, Université Paris 2 Panthéon Assas.
 - « Arrangeur, agent : devoirs et responsabilités Ré aspects de droit français et anglais (II) », *Banque & Droit*, n°95, mai-juin 2004.
 - « L'appréhension du risque spatial par les banques », *Banque & Droit*, n°116, nov.-dec. 2007.
- Larroumet (Ch.), «La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *Recueil Dalloz* 2007.
- « Cession de créance et procédure collective du cédant », *D.* 2000, p.717.
 - « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau », *JCP E* 1990, II, 15877.
 - « Fiducie et propriété », *liber amicorum*, Economica 2010.
- Leavy (J.), « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque et droit* 2011, n°136.

Leblond (N.), « Le nantissement d'assurance-vie réformé en catimini », *Resp. civ. et assur.* 2008, étude 3, n°11.

Libchaber (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », première partie, Defrénois, 30 août 2007, n°15.

Legais (D.), « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Dr. et patr.*, septembre 2007.

- « Le nantissement de créance », *Dr. et patr.*, n°161, juill-aout 2007.

Luciano (K.), « Analyse juridique du droit de rétention », *Rev. proc. coll.*, n°4, juillet 2012, étude 29.

Martin (D.R.), La théorie de la scripturalisation, *D.* 2005, chron.

- « La condition juridique du créancier bénéficiaire d'un nantissement de marché public », *RTD. Com.*, 1977.
- « Embargo sur le bordereau », *RD bancaire et fin.* 2003, prat.
- « Aspects de la monnaie électronique », *Recueil Dalloz*, 19 septembre 2013, n° 31.

Mathieu (M-E.) « Le nantissement de créances notifié : une sûreté devenue absolue ? - Réflexions pratiques autour de la décision de la Chambre commerciale du 26 mai 2010 », *RDBF*, n° 5, Septembre 2010, étude 22.

Mignot (M.), « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *RDBF*, jan, 2010, étude 2.

Minor (P.) et Coatalem (C.), « Les établissements de crédit étrangers peuvent-ils se prévaloir des dispositions de la loi Dailly ? », *Les Échos*, 12 févr. 2003.

Moulière (F.), « Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD. Com.*, Oct./Déc., 2011.

Noguellou (R.), « Cession de créance et partenariats public-privé », *Dr. et Patr.*, n°141, octobre 2005.

Piette (G.), « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA*, n°14, mars 2007.

Picod (Y.), « Le non-exercice d'une faculté par le créancier, constitutif d'une faute à l'égard de la caution », *Recueil Dalloz* 2009.

Puig (P.), « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et Patr.* 2008, n°171.

Stoffel-Munck (P.), « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et Patr.*, 2012.

Stoufflet (J.), « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP G*, n°20, 17 mai 2006, I5.

- « Résolution du conflit entre un cessionnaire Dailly et une société d'affacturage », *JCP E*, n° 36, 5 septembre 1996, 848.

Schreiber, « La cession et le nantissement des créances contenues dans les actes unilatéraux de droit public dans le cadre de la loi Dailly », *D.* 1987, chron..

Synvet (H.), « Le nantissement de compte », *Dr et Patr*, n°161, juillet 2007.

- « Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants », *JCP G*, n°2, 10 jan. 1990, I 3425.

Tchotourian (I.), « La cession à titre de garantie, entre cession et garantie fiduciaire : le "transfert de propriété" des créances n'est que provisoire », *RJDA*, 4/06.

Wester-Ouisse (V.), « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA*, 14 décembre 2009.

RÉPERTOIRES RÉNCYCLOPÉDIES

Aynès (A.), « Droit de rétention », in *Lamy droit des sûretés* (dir. L. Aynes, P. Crocq et Ph. Delebecque), 2008.

Barrière (F.), *Rép. Civ. Dalloz*, v° « Fiducie », 2008.

Cabrillac(M.) et Cabrillac (S.), *J.-Cl Commercial*, « Gage. – Formes particulières de nantissement commercial », fasc. 398, 2011.

Dumas (J.-P.) et Cohen-Branche(M.), *Rép. com. Dalloz*, v° « Cession et nantissement de créances professionnelles », 2006.

Legeais (D.), *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, « Nantissement de créance », fasc.398, mars 2008.

- *J.-Cl. Commercial*, « Cession et nantissement de créances professionnelles Ré Effets de la cession Dailly », fasc. 359.

- *J.-Cl. Civil*, « Nantissement de meubles incorporels – nantissement de créance », Art. 2356 à 2366 du Code civil, fasc. 10, mai 2013.

Simler (Ph.), *J.-Cl. Civil*, « Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », art. 1136 à 1145, fasc. 10, 2011.

Stoufflet (J.), *J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse*, « Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau », fasc. 570, 2012.

Witz (C.), *J.-Cl. Banque - Crédit – Bourse*, « Fiducie. - Introduction et constitution », fasc. 785.

NOTES RÉAPPORTS RÉCONCLUSIONS

Avena-Robardet, note ss. Cass. com., 22 janv. 2002, n° 98-10.805, *D.* 2002, p. 954.

Aynès (A.), obs. ss. Cass.com., 26 mai 2010, n° 09-13.338, *RDC*, 1 octobre 2010, n°4, p.1338.

Aynès (L.), obs. ss. Cass. Com. 15 juin 1993, n° 91-19677, *D.* 1994, somm. p. 18.

- obs. ss. Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994, n° 91-21.646, *Bull. civ. I*, n° 4, *Defrénois* 1994, art. 35897.

Bandrac (M.), obs. ss. Cass. com., 8 janv. 1991, n° 89-13.711, *Bull. civ. IV*, n° 8, *RTD civ.* 1991, p. 368.

Bénabent (A.), note ss. Cass. com., 22 nov. 1988, n° 86-16400; *D.* 1989, jurispr. p. 212.

Bonhomme (R.) obs. ss.Cass. com., 1er mars 2005, n° 03-15862,, *Gaz. Pal.* 2005, 4, doct. p. 2296.

Bonneau (Th.), obs. ss. Cass. com., 22 janv. 2002, n° 98-10.805, *Banque et droit*, 2002, n° 83, p. 50.

- obs. ss. Cass. com., 26 novembre 2003, n° 01-03685, *Banque et droit*, mars-avril 2004, p. 58.

- obs. ss. Cass.com., 22, nov, 2005, n° 03-15669, *Banque et droit mars-avr.* 2006, p. 67.

- obs. ss. Cass.com., 4 juillet 2006, n° 05-11688, *Banque et Droit*, p.25.

- obs. ss. Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736, *Banque et Droit* 2008, n° 117, p. 23.

Bordenave (A.), obs, ss. CA Versailles, 13ème ch., 19 janvier 2012, n°11/03519, *Lexbase Hebdo édition affaires*, n°285 du 23 février 2012.

Cabrillac (M.), Cass. com., 8 nov. 1994, n° 93-10332, *RTD com.* 1995, p. 455.

- obs. ss. Cass. com., 7 mars 1995, n° 93-12257, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 66 ; *RTD com.* 1995, p. 632.

- obs. ss. Cass. com., 27 juin 1995, n° 92-21243, *RTD com.* 1995, p. 824.

- obs. ss. Cass. com., 11 juillet 2000, n° 97-22.452, *RTD com.* 2000, p. 992.

- obs. ss. Cass. com., 23 oct. 2001, n° 98-20.442; *RTD com.* 2002, p. 141.

- obs. ss.Cass. com., 22 janv. 2002, n° 98-10.805, *RTD com.* 2002, p. 357.

Cabrillac (M.) et Teyssié (B.), sous Cass.com, 9 janvier 1990, n°88-14966, *RTD Com.* 1990 p. 436,

- obs, ss. CA Strasbourg, 28 sept. 1993, *JCP E*, 1994, pan., n° 4, *RTD com.* 1994, p. 333.

Cabrillac (M.) et Pétel (Ph.) obs. ss. Cass. com., 20 juin 1989, n°88-15.261, *JCP* 1995. I. 3841.

Cerles (A.), obs. ss. Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-10.724, *RDBF*, 2004, n° 165, p. 250.

- obs. ss. Cass.com., n°03-15669, 22, nov, 2005, *RDBF*, 2006, n° 16.
- obs. ss. Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736, *RDBF* 2007, n° 6, p. 52.
- obs. ss. Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388 ; *RDBF*, n°4, juillet 2010, comm. 142.
- obs. ss. Cass. com., 1er févr. 2011, n°10-13. 595, *RDBF*, mai 2011, n°98.

Crédot et Gérard, obs. ss. Cass. com., 4 juillet 1995, n°93-12977, *RDBB*, 1995, p. 143.

- obs. ss. Cass. com., 30 janv. 2001, n° 19 FSP : *RDBF*, 2001, p. 76.
- obs. ss. Cass. com., 21 sept. 2004, CRCAM Réunion c/ Payet; *RDBF*, janv.-févr. 2005, p. 19.
- obs. ss. CA Paris, 3^è ch. C, 2 juin 1995, *RDBF*, janv.-févr.1996, p. 9.

Crédot (F.-J.) et Samin (Th.), obs. ss. Cass. com., 7 juin 2006, n°04-18.211, *RDBF*, 2006, comm. 187.

- obs. ss. Cass. com., 18 sept. 2007, n°06-13.736, *RDBF*, 2007, n° 6, p. 44 et s.
- obs. ss. Cass. com., 3 novembre 2010, n° 09-69.870, *BDBF*, n° 2, mars 2011.
- obs. ss. Cass. com., 1er févr. 2011, n° 09-73.000, *RDBF*, n° 4, juillet 2011, comm. 125.

Crocq (P.) obs. ss. Cass. com., 28 janv. 1997, n°94-20.554, *RTD civ.* 1998, p. 705.

Dammann (R.) et Podeur (G.), obs. ss. C.A Versailles, 13^è ch., 28 février 2013, n°12/06573, *D.* 2013, p. 829,

Delebecque (Ph.), obs. ss. Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994, n°91-21.646, *Bull. civ. I*, n° 4, *JCP G*, 1994, I, n° 3765, n° 18.

- obs. ss. Cass. com., 28 janv. 1997, *JCP G* 1997, I, 4033, n° 19.
- obs. ss. Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, n° 96-20.202, *Defrénois* 1999, p. 752.
- obs. ss. Cass. com., 23 janv. 2001, n° 98-10.974, *Bull. civ. IV*, n° 20, *JCP G* 2001, I, n° 315, n° 17 et n° 356, n° 15, p. 1941.
- obs. ss. Cass. Com. 26 janv. 2010, *JCP G*, 2010, 708, n° 18.

Delpech (X.), obs. ss. Cass.com., n°03-15669, 22, nov, 2005; *D.* 2005, act. jurispr. p. 3081.

- obs. ss. Cass. com., 12 juillet 2005, *D.* 2005, 2142.
- obs. ss. Cass.com., 4 juillet 2006, n° 05-11688, *D.* 2006 p. 2028.
- obs. ss. Cass. com., 11 juillet 2006, n° 04-15335; *D.* 2006, p. 2788.
- obs. ss. Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736, *D.* 2007, p. 2532.

Dekeuwer-Defosse (F.), obs. ss. Cass. com. 8 mars 1988, n°86-15.751, *RDBB*, 1988, n°9, p. 179.

Dubois (Ph.), note ss. Cass. com., 22 nov. 1988, n° 86-16400, *JCP E* 1989, II, 15574.

Dupichot (Ph.) obs. ss. C.com., 26 mai 2010, n° 09-13.338, *Dr. et Patr.* 2010, n°195, p.96.

Favier (Y.), note ss. Cass.com., 16 mai 2000, n° 96-20.070, *JCP G* 2001, II, n° 10517.

François (J.), note ss. Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, *Bull. civ. IV*, n° 165, *D.* 1998, jur., p. 61.

Fenouillet (D.), note ss. Cass. com., 8 janvier 1991, n°89-13711 *RJ com.* 1993, p.190.

Guillot (J.-L.), obs. ss. Cass. com., 4 juillet 1995, n° 93-12977, *Banque sept.* 1995, p. 91.

- obs. ss. Cass. com., 26 avr. 1994, n° 92-15032 ; *Banque* 1994, p. 92.
- note ss. Cass. com., 7 mars 1995, n° 93-13544, *Banque* 1995, p. 94.

Guillot et Boccara, obs. ss. Cass. 2e civ., 17 déc. 2009, n° 09-12.612, *Banque* 2010, n° 722, p. 78.

Houtcieff (D.), obs. ss. Cass., ch. mixte, 17 nov. 2006, *JCP E* 2006. 2775.

Larroumet (Ch.), note ss. Cass. com. n° 91-19677, 15 juin 1993 ; *D.* 1993, jurispr. P.495.

- note ss. Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-22033, *D.* 1994, jurispr. p. 269.
- note ss. Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 178, *D.* 1995, jur. p.124.
- note ss. Cass. com., 19 déc. 2006 : *Bull. civ. 2006, IV*, n° 250 ; *D.* 2007, p. 344.
- note ss. Cass. Ch. mixte, 22 novembre 2002, n°99-13935, *D.* 2003. 445.

Legeais (D.), obs, ss. Cass. com., 23 janv. 2001, n° 98-10.974, *RDBF* 2001, n°112, p. 161.

- obs. ss. Cass. com., 11 déc. 2001, n° 98-18.580, *Actualité proc. coll.* 2002, n°40.
- obs. ss. Cass. com., 26 mars 2008, n° 06-15.003, *RDBF*, 2008, n° 3, p. 36.
- obs. ss. Cass.com., 26 janvier 2010, *RDBF*, 2010, comm. 62.

Légier (G.), note ss. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1983 , *D.* 1984, p. 433.

Lienhard (A.), Cass.com., 11 juillet 2000, n° 97-22.452, *D.* 2000, act. jurispr. p. 339.

- obs. ss. Cass.com., 23 oct. 2001, n°98-20.442; *JCP E* 2001, IV, 2960 ; *D.* 2001, jurispr. p. 3430.

Landais, (A.), note ss. Cass.com., 5 juin 2012, n°11-18.210 ; *D.* 2012 p.1860.

Martin (L.), obs. ss. Cass.com., 19 déc. 1972 : *Bull. civ.* 1972, IV, n°340 ; *Banque* 1973, p. 401.

Martin (D.R.), note ss. Cass.com., 29 mars 1989, *D.* 1989, jur., p. 457.

- Martin (D.R.) et Synvet (H), ss. Cass.com., 4 juillet 1995, n° 93-12977, *D.* 1995, 489.
- Martin (L.), obs. ss. Cass. com., 19 déc. 1972 : *Bull. civ.* 1972, IV, n°340 ; *Banque* 1973.
- Mayaux, note ss. Cass.com., 12 juillet 2005, *RGDA* 2005, p.987.
- Menneteau (S.), obs. ss. CA Paris, 28 oct. 1993, *Banque* 1994, n° 547, p. 91.
- Mestre (J.), obs. ss. Cass.com., mai 1995, n° 93-117249, *RTD civ.* 1996, p. 164.
- Pérochon (F.), note, ss. Cass.com., 20 juin 1989, n° 88-15.261, *D.* 1989. 431.
- Rodriguez (K.) note, ss. Cass., com, 21 septembre 2010, *JCP E*, n° 50, 16 décembre 2010, 2099.
- Savaux (E.), note ss. Cass.com., 22, nov, 2005, n°03-15669, *Defrénois* 2006, p. 601.
- Simler (Ph) et Delebecque (Ph.), CA Paris, pôle 5, ch. 5, 20 déc. 2012, n°11/10182, *JCP E*, n° 22, 30 Mai 2013, chron., *Droit des sûretés*, n°14.
- CA. Colmar, 24 nov. 2011, n°11/02000 ; *JCP G*, n° 48, 26 novembre 2012, 1291, chron., *Droit des sûretés*.
- Stoufflet (J.), note ss. Cass. com., 28 octobre 1986, n°85-15612, *JCP.* 1987. II. 20735.
- note ss. Cass. com., 4 juillet 1995, n° 93-12977, *JCP E* 1995, II, 738.
 - note ss. Cass. com., 3 janvier 1996, n° 93-21675, *JCP G* 1996, II, 22682.
- Théry (Ph.), obs. ss. Cass. com., 23 janv. 2001, n°98-10.974, *Defrénois* 2001, art. 37390.
- note ss. Cass. Com, 19 déc, 2006, n°05-16395, *Defrénois*, 2008, n°4.
- Vasseur (M.), obs. ss. CA Metz, 23 juin 1976, *JCP N* 1977, II, 194. - Rappr. CA Aix-en-Provence, 4 juillet 1978, *D.* 1979, inf. rap. p. 361.
- obs. ss. Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-20.466, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 118, *D.*1990, somm.228.
 - obs. ss. CA Versailles, 13^e ch., 2 juin 1988, *D.* 1989, somm., p. 185.
 - obs. ss. CA Paris, 15^e ch. B, 16 nov. 1988 : *D.* 1990, somm. p. 227.
 - note ss. Cass. com., 28 octobre 1986, n° 85-15612, *D.* 1986. 592.
- Zénati (F.), obs. ss. Cass. com., 3 janv. 1995, *RTD. civ.* 1997. 166.

EN ANGLAIS :

MANUELS ROUVRAGES GÉNÉRAUX

Adams (D.), *Banking and Capital Markets*, College of Law Publishing, 2010.

Andrews (G.) and Milet (R.), *The Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, 5th edn, 2007.

Atiyah (P.), *An introduction to Contract Law*, 5th edn, Sweet & Maxwell, 1995.

Beale (H.), Bridge (M.), Gullifer (L.) and Lomnicka (E.), *The Law of Personal Property Security*, Oxford 2007.

Banking Volume, Encyclopaedia of Forms and Precedents, LexisNexis, 2010.

Calnan (R.), *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2nd edn, 2011; 3rd edn, 2013.

- *Proprietary Rights and Insolvency*, Oxford University Press, 2010.

Chitty on contracts, Sweet & Maxwell, 31st edn., (volume 1 - General Principles), 2013.

- 29th edn., 2004.

Clarke (A.) & Kohler (P.), *Property Law: Commentary and Materials*, Cambridge, 2005.

Derham (R.), *The law of set-off*, 4th edn, Oxford University Press, 2010.

Gough (W.J.), *Company charges*, Butterworths Law, 2nd revised edition (1996).

Gullifer (L.) (ed), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4th edn., 2008.

- 5th edn, 2013.

Halsbury's Laws of England, *Personal Property*, volume 80, 5th edn, 2013.

Halsbury's Laws of England, *Choses in action*, volume 13, 5th edn, 2009

Harpum (Ch.), Bridge (S.) and Dixon (M.), *Megarry & Wade: Law of Real Property*, Sweet & Maxwell, 7th edn, 2008.

Hill (GJS.), Blair (WJL.), Walker (GA.), Mckight (A.) and Kramer (A.), *Securities*, Encyclopaedia of Banking Law, LexisNexis, 2010.

Jowitt's Dictionary of English Law, Sweet & Maxwell, 3rd edn, 2010.

McCormack (G.), *Registration of Companies Charges*, Sweet & Maxwell, 1994.

- *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press 2004.

McKendrick (E.) (ed), *Goode on Commercial Law*, Penguin, 4th edn, 2010.

Moffat (G.), Bean (G.) and Probert (R.), *Trusts Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, 5th edn, 2009.

Oditah (F.), *Legal aspects of receivables financing*, Sweet & Maxwell, 1991.

Parsons (T-N.), *Lingard's Bank Security Documents*, 5th edn, 2011.

Philips (J.) and O' Donovan (J.), *The Modern Contract of Guarantee*, Sweet & Maxwell, 2004.

Goode (R.), *Commercial Law in the next millennium*, Sweet & Maxwell, 1998.

- *Legal Problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 1982.

- *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2nd edn, Sweet & Maxwell 2011.

Smith (L.), *The Law of Tracing*, Clarendon Press Oxford, 1997.

Smith (M.), *The Law of assignment, the creation and transfer of choses in action*, Oxford University Press, 2007.

Smith (M.) and Leslie (N.), *The law of assignment: The creation and transfer of choses in action*, Oxford University Press, 2nd edn (2013).

Johnston (W.), *Security over receivables: an international handbook*, Oxford, 2008.

Wood (Ph.), *English and International Set-off*, Sweet Maxwell, 1989.

- *Law and Practice of International Finance: Set-off and netting, derivatives, clearing system*, Sweet Maxwell, 2008.

ARTICLES RÉCHRONIQUES

Allcock (B.), "Restrictions on the Assignment of Contractual Rights", (1983) 42 *Cambridge Law Journal*, 328.

Ames (J. B.), "Novation", *Harvard Law Review*, vol. 6, issue 4, 1892-1893.

Anderson (R. G.) and Biemans (Jan W.A.), "Reform of assignation in security: lessons from the Netherlands", *Edinburgh Law Review*, 2012.

Bailey (J.) "Novation" (1999) 14 *Journal of Contract Law*.

Beale (H.), "Reform of security over moveable property: a view from England", *Edinburgh Law Review*, 2012.

Brown (Ch.), "Preserving priority in receivable financing: time to revisit Dearle v Hall", *International Company and Commercial Law Review*, 1994.

Burns (T.), "The transfer of future rights in securitisations: a comparative study of the law in England and Scotland", *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2009.

Calnan (R.), "Secured Transaction Reform", *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 1, January 2013.

- “What makes a good law of security”, Conference on personal property security law: local and global perspectives, Adelaide Law School, 20 & 21 February 2013.
- Capper (D.), “Spectrum Plus in the House of Lords: the victory of substance over form in personal property security law”, *Journal of Corporate Law Studies*, 2006, 6(2).
- Chatterjee (C.) and Lefcovitch (A.), “Step-in right: a right *sui generis*”, *Construction Law (Journal)*, issue 8, October 2000.
- Connor (R.) and Scarrott (A.), “Trust law rules and lending arrangements”, *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 6, June, 2010.
- Crothers (J. D.), Bonnet (M.) and Cuello (J. B.), “Assignment of receivables under the French “Dailly” law: legal and practical applications in PPP projects”, *International Business Law Journal*, 2011.
- Cuthbert (N.), “Security for projects”, part 2, *International Banking and Financial Law Journal*, 1998.
- Davies (I.), “The reform of English personal property security law: functionalism and Article 9 of the Uniform Commercial Code”, *Legal Studies*, vol 24, n^o3, June 2004.
- Denoncourt (J.), “Reform to the UK company registration of charges scheme”, *Nottingham Law Journal*, vol. 22, 2013.
- Evans (M.), Walsh (J.), Peel (D.) and Buckingham (S), “Company Charges III: Registration of Charges, Overseas Companies, and Scotland”, *Tolley's Company Law Service*, issue 130, August 2013.
- Finch (A.), “Securitisation” *Journal of Banking and Finance Law and Practice*, 1995.
- Friedman (D.-P.), “Set-off & Avoiding the confusion”, *Construction Law Journal*, 2011.
- Gibbons (C.), “Taking security in secured syndicated cross-border transactions”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 21, issue 11, December 2006.
- Hughes (M.), “Assignment of choses in action”, *Journal of International Banking and Financial Law* (2001) 3 103, March 2001.
- John de Lacy, “The priority rule of *Dearle v Hall* restated”, *Conveyancer and Property Lawyer*, 1999.

- “Reflections on the ambit of the rule in Dearle and Hall and the priority of personal property assignments: Part 2”, *Anglo-American Law Review*, vol. 28, issue 2 (April-June 1999).
 - “Constructive notice and company charge registration”, *Conveyancer and Property Lawyer*, 2001.
- Gibbons (C.), “Taking security in syndicated cross-border transactions”, *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 11, December 2006.
- Goode (R.), “The Right to Trace and Its Impact in Commercial Transactions” (1976) 92, *Law Quarterly Review* 360.
- “Charges over book debts: a missed opportunity”, *Law Quarterly Review*, 1994.
 - “Inalienable Rights” (1979), *The Modern Law Review*.
 - “Contractual Prohibitions Against Assignment”, Ch. In J. Armour and J. Payne eds, *Rationality in Company Law: Essays in Honour of DD Prentice* (Oxford : Hart Publishing, 2008).
- Griffin (S.), “The effect of a charge over book debts: the indivisible nature of the charge?”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol.46, n°2, 1995.
- Gullifer (L.), “The reform of the English law of secured transactions”, *Dr. et Patr.*2012, 213.
- “Personal property security law: where next? Part 1”, *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 8 September 2012.
- Lowe (R.) and Beale (S.), “The Spectrum decision: bad news for banks”, *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2005.
- McCormack (G.), “Personal Property Security Law Reform in England and Canada”, *Journal of Business Law*, 2002.
- “Security interests in deposit accounts: an Anglo-American perspective”, *Insolvency Lawyer*, 2002.
 - “Debts and non-assignment clauses”, *Journal of Business Law*, 2000.
- McLauchlan, “Priorities-Equitable Tracing Rights and Assignment of Book Debts”, (1980) 96, *Law Quarterly Review* 90.
- Milman (D.), “Security interests and quasi-security claims in UK corporate insolvency law: current issues”, *Company Law Newsletter*, 2011.
- Miles (J.), “How secure is your security”, *Construction Law (Journal)*, issue 7, September 2012.

Mujih (E.C), “Legitimising charge-back”, *Insolvency Lawyer*, 2001.

Pike (R.), “Collateral warranties and third party rights”, *Construction Newsletter*, March/April, 6-7, 2012.

Pollard (D.), “Credit balances as security: Part 1”, *Journal of Business Law*, 1987.

Porteous (J.), “Assignment and charges of contractual rights and receivables”, *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 9, October 2013.

Prime (T.), “Restrictions on the assignment of debts: a reply to an earlier article and the Law Commission”, *Journal of International Banking and Financial Law*, February 2008.

Quilliam (E.), “Taking security over choses in action – issues considered in a recent case”, *International Banking and Financial Law*, 1998.

Raines (M.) and Wong (G.), “Aspects of securitization of future cash flows under English and New York law”, (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law*.

Rawlings (P.), “Reinforcing collectivity: the liability of trustees and the power of investors in finance transactions”, *Trust Law International*, 2009.

Smith (M.), “The vindication of an owner’s rights to intangible property”, *Journal of International Banking and Financial Law*, volume 28, issue 7, August 2013.

Steven (A.), “Secured transactions reform”, *Edinburgh Law Review*, 2013.

Teichmann (K.), “Collateral warranties: your questions answered”, *Construction Law (Journal)*, issue 5, June 2012.

Tolhurst (G.), “Prohibitions on Assignment and Declaration of Trust”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2007.

Thai (L.), “Charges over book debts in the United Kingdom and Australia: the way forward”, *Macquarie Journal of Business Law*, vol. 4, 2007.

Turner (P.G.), “Trusts of debts of restricted assignability”, *Cambridge Law Journal*, 2008.

Vos (B.), “Secured lending under Dutch law: how to preserve security enforcement rights upon bankruptcy”, *Journal of International Banking and Financial Law*, Volume 26, issue 3, 1 Mars 2011.

Whittaker (S.), “The mortgagee's power of sale: new cases, old principles”, *Corporate Rescue and Insolvency*, June 2013.

Worthington (S.), “Fixed charges over book debts and other receivables”, (1997) 113, *Law Quarterly Review*, 562.

- “Floating charges: the current state of play”, *Journal of International Banking and Financial Law*, issue 9, 2008.

Zonneveld (P.), “The effectiveness of contractual restrictions on the assignment of contractual debts”, *Journal of International Banking and Financial Law*, 2007.

EN VIETNAMIEN :

Do Van Dai, *Droit des obligations civiles et des sûretés R Commentaires d’arrêts* (Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự R Bản án và bình luận bản án), Maison d’Edition de la Politique Nationale, 2012, tome 2.

Duong Dang Hue, Nguyen Thanh Tinh *et alii*, étude spécialisée consacrée au *Bilan de la mise en œuvre de la Loi sur les procédures collectives et le perfectionnement du cadre juridique des affaires au Vietnam* (Thực trạng pháp luật về phá sản và việc hoàn thiện môi trường pháp luật kinh doanh tại Việt Nam), Hanoi, 2008.

Ho Quang Huy, « Sûretés réelles R Quelques problématiques posées lors de la réforme du droit civil vietnamien » (Vật quyền bảo đảm R Những vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật dân sự ở nước ta), *Revue Démocratie et Droit* (Tạp chí Dân chủ và Pháp luật), numéro hors-série, 2011.

Le Thi Thu Thuy *et alii*, *Les sûretés du crédit grevant les biens* (Các biện pháp bảo đảm tiền vay bằng tài sản của các tổ chức tín dụng), Maison d’édition de la Justice, 2006.

Nguyen Ngoc Son, « Quelques réflexions sur le projet de loi portant amendements de la loi sur la gestion fiscale » (Góp ý về Luật sửa đổi, bổ sung một số điều Luật quản lý thuế), *Revue d’Études Législatives* (Tạp chí Nghiên cứu lập pháp), n°13 (221), juillet 2012.

Nguyen Quoc Vinh, « Sûretés : lacunes de la loi et risques afférents » (Giao dịch bảo đảm: những kẽ hở và rủi ro), The Saigon Times Online, le 7 juin 2009.

Nguyễn Viet Ty *et alii*, *Mémento de droit commercial* (Giáo trình luật thương mại) (deuxième volume), Maison d’édition de la Police Populaire, Hanoi, 2009.

Vu Thi Hong Yen, « Les sûretés conventionnelles du Code civil de 2005 : aspects théoriques et pratiques » (Chế định bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong Bộ luật dân sự 2005 dưới góc độ lý luận và thực tiễn), présentation donnée à la conférence sur la réforme du Code civil financée par l’Agence Japonaise de Coopération Internationale en avril 2012 tenue à Hanoi.

- « Les biens insusceptibles de constituer l'assiette d'une hypothèque » (Những tài sản không thể trở thành đối tượng của hợp đồng thế chấp), *Revue d'étude de droit* (Tập chí Luật học), juillet 2011.

- *Les biens hypothéqués et leur réalisation selon le droit civil vietnamien en vigueur* (Tài sản thế chấp và xử lý tài sản thế chấp theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam hiện hành), th. Université de droit de Hanoi, juin 2013.

Vu Thi Hong Yen et Bui Duc Giang, « Opposabilité des moyens de défense invoqués par le débiteur de la créance hypothéquée » (Tính đối kháng của các phương tiện phòng vệ của bên có nghĩa vụ trả nợ trong giao dịch thế chấp quyền đòi nợ), *Revue bancaire* (Tập chí Ngân hàng), n°15, août 2013.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

- Accessoires de la créance
 - droit français, 220 et s, 578, 658.
 - droit vietnamien, 144, **506 et s.**
- Administrator*,
 - désignation, 86 et s.
 - attributions, 88.
- Agent des sûretés,
 - droit français, 642.
 - distinction par rapport au *security trustee*, v. *Trust*.
- Appropriation (droit anglais), 81 et s.
- Assignment*,
 - distinction *legal assignment/equitable assignment*, 682.
 - mortgages par voie d'*assignment*, v. *Mortgage* sur créances par voie de cession.
- Attribution en propriété de la créance nantie
 - droit français, 420, **461 et s.**
 - droit anglais, **79 et s.**, 382, 712.

B

- Biens circulants (droit vietnamien), **147**, 151.
- Biens incorporels,
 - droits patrimoniaux (droit vietnamien), 170, 256.
 - *choses in action*, v. *Choses in action*.
 - *documentary intangibles*, 22, **28**, 676, 680.
- Book debts*
 - notion, 377.
 - distinction par rapport aux *receivables*, 674.
 - *fixed charges*, 376.
 - *floating charges*, v. *Floating charges* sur créances.

- *mortgages*, 676 et s.

C

- Cautionnement,
 - droit anglais, 46 et s.
 - droit vietnamien, 113 et s.
- Cession de créances professionnelles,
 - bordereau Dailly, 551 et s.
 - notification, 593 et s.
 - transfert de la propriété de la créance, 574 et s.
 - actions en paiement, 578.
 - retransfert de la créance, 588 et s.
 - garantie du paiement, 580 et s.
 - réalisation, 585.
 - priorité, 597, **611 et s.**
 - incidence des procédures collectives, 586 et s.
- Cession fiduciaire générale de créances,
 - patrimoine d'affectation, v. *Patrimoine d'affectation*, propriété fiduciaire, 655 et s.
 - enregistrement, 648.
 - opposabilité des exceptions, 659.
 - réalisation, 660 et s.
 - rétrocession de la créance cédée, 661.
- Cession innommée de créances,
 - droit français, 667 et s.
 - droit vietnamien, 753 et s.
- Charges*,
 - notion, 35.
 - distinction *floating charge/fixed charge*, 37.
 - *crystallisation*, 38.
 - *book debts*, v. *Book debts*.
- Choses in action*, 377, **675**, 726.
- Clauses d'incessibilité,
 - droit anglais, 693, **700 et s.**

- déclaration de *trust*, v. *Trust*,
- droit français, 545.
- droit vietnamien, 545.

Compensation (droit français),

- hors connexité, 445, 609.
- pour dettes connexes, 442 et s., 607.

Consideration, 50, 76, **100**, 727.

Consignation bancaire, 189 et s.

Convention de subordination,

- droit anglais, **95**, 104 et s., 731.
- droit vietnamien, 164.

Créances,

- nature juridique, 2, 204 et s.
- assiette d'une sûreté, 1 et s.
- *book debt*, v. *Book debt*.
- *receivables*, v. *Receivables*.

Créances futures,

- droit français, 212 et s., 238, 544, 577, 645, 669.
- droit vietnamien, 264 et s.
- droit anglais, 689, 690.

D

Deed, 76 et s., 83, 85, 292, 333, 695, 727, 745.

Debenture, 33.

Dépôt de garantie, 184 et s.

Droit de préférence,

- nantissement de créance, 420 et s.
- hypothèque de créance, v. *Hypothèque de créance*.

Droit de suite,

- hypothèque (droit vietnamien), 152, 167.
- droit français, 597, 636.
- distinction avec le *tracing right* (droit anglais), **720 et s.**, 741.

Droit de rétention,

- droit anglais, 39 et s.
- droit vietnamien, 109,
- sur créances (droit français), 423 et s.

Droit exclusif au paiement,

- consécration, 430 et s.
- nature juridique, 431.
- efficacité, 435 et s.

Droit néerlandais,

- procédures collectives, 431.
- sûretés sur les créances, 285, 436.

E

Enregistrement des sûretés,

- Droit anglais, 60 et s.
- Droit vietnamien, 112.

Equities,

- notion, 715.
- *subject to equities*, 713.

Equity of redemption, 32, 78 et s., 686, **707**, 736 et s.

Equitable assignment, 694 et s.

F

Fiducie,

- consécration, 630.
- fiducie-sûreté sur créances, v. *Cession fiduciaire générale de créances*.

Floating charges sur créances,

- nature, 376.
- enregistrement, 378.
- réalisation, 382.
- priorité, 383 et s., 726, 731 et s.
- *prescribed part*, 384.

G

Gage immobilier, 434.

Garanties financières,

- droit français, 574 et s.
- droit anglais, 707.

H

Hypothèque de créance,

- créances monétaires, 256 et s.
- conditions de validité, 274 et s.
- notification, 282 et s.
- opposabilité aux tiers, 280.
- opposabilité des exceptions, 469 et s.
- réalisation, 500 et s.
- priorité, 485 et s.

L

Legal assignment,

- *s.136* de la *Law of Property Act 1925*, 683.
- conditions, 684 et s.

M

Mise en vente, 76 et s.

Mortgage

- notion, 31.
- distinction *legal mortgage/equitable mortgage*, 32.

Mortgage sur créances par voie de cession,

- typologie, v. *Legal assignment* et *Equitable assignment*
- réalisation, 712, 718, 720.
- opposabilité des exceptions, 713 et s.
- priorité, v. Règle *Dearle v Hall*.
- incidence des procédures collectives, 719.

Mortgage sur créances par voie de *novation*, v. *Novation*.

N

Nantissement de créance,

- assiette, 205 et s.
- individualisation des créances, 215.
- double principe de spécialité, 238.
- notification, 248 et s., 430, 438, 445, 450 et s.
- droit au paiement, v. *Droit exclusif au paiement*,
- actions en paiement, 452.
- réalisation, 449 et s.
- opposabilité des exceptions, 442 et s.
- incidence des procédures collectives, 439.

Nantissement de créances professionnelles,

- mécanisme, 358 et s.
- utilité, 369 et s.

Negative pledges, 20, 62.

Nemo dat quod non habet, 713.

Notice,

- valeur juridique, 699, 711, 726.
- forme, 727.
- *constructive notice*, 292, 383, 726, 728.

- distinction constructive *notice/actual notice*, 728.
- articulation avec l'enregistrement des sûretés, 60 et s., 731.
- règle *Dearle v Hall*, v. Règle *Dearle v Hall*.

Novation,

- notion, 70, 677, 735.
- distinction par rapport à l'*assignment*, 677.
- *mortgage* sur créances, 735 et s.
- distinction par rapport au *step-in right*, 750.

O

Opérations sur créances (droit vietnamien), 260.

P

Patrimoine d'affectation, 635 et s.

Possession (droit anglais),

- statut juridique, 19.
- mode réalisation d'une sûreté, 74 et s.

Prior tempore potior jure, 611, 626.

Procédures collectives,

- droit anglais (types de procédures), 90 et s.
- transactions suspectes (droit anglais), 91.
- suspension des paiements (droit vietnamien), 161.
- suspension de la réalisation des sûretés (droit anglais), 92.

Proprietary right, 21, 29, 32, 35, 100, 693.

Publicité des sûretés (droit anglais), 58 et s.

Q

Quasi-security, 18 et s.

R

Receivables, 674.

Receiver,

- modes de désignation, 83.
- attributions, 84.
- *administrative receiver*, 85.

Règle *Dearle v Hall*,

- développement, 725.
- teneur, 726
- notification, v. *Notice*.
- résolution des conflits, 730 et s.

Réserve de propriété,

- conflit avec le cessionnaire, 625.
- droit anglais, 19.

S

Saisie-attribution sur créances,

- droit français, 437, 587, 620.
- droit anglais, 336.
- droit vietnamien, 493.

Set-off,

- typologie, 53 et s.
- *mortgage* sur créances, 717.

Step-in right, 745 et s.

Sûretés sur un compte-espèces,

- consécration, 326 et s.
- assiette, 331.
- *triple cocktail*, v. *Triple cocktail*.
- effets, 338 et s.

Sûretés sur un contrat d'assurance-vie,

- nantissement, 294 et s.
- *mortgage*, 292.
- droit vietnamien, 316 et s.

Sûretés sur créances de marchés publics,

- droit français, 398 et s.
- droit anglais, 396.
- droit vietnamien, 409 et s.

T

Tacking further advances, 105.

Title, 32.

Triple cocktail,

- mécanisme, 336.
- droit du banquier teneur de compte, 344.

Trust

- distinction par rapport à la fiducie, 632.
- déclaration de *trust*, 21, **693**.
- conservation des fonds reçus, 710, 718, 737.
- sûreté indépendante (non), 21.
- *security trustee*, 21, 632, 642, **695**.

V

Versement des arrhes, 175
et s.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	9
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	10
INTRODUCTION	13
TITRE PRÉLIMINAIRE : APERÇU GÉNÉRAL DES SÛRETÉS EN DROIT ANGLAIS ET VIETNAMIEN	22
CHAPITRE I : DROIT ANGLAIS	23
SECTION I : TYPES DE SÛRETÉS	26
§ I : LES SÛRETÉS	26
A. Le gage	27
B. La <i>mortgage</i>	28
C. La <i>charge</i>	30
D. Droit de rétention	32
§ II : LES ALTERNATIVES AUX SÛRETÉS	35
A. Cautionnement	35
B. Compensation	38
SECTION II : CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ	40
§ I : ENREGISTREMENT DES SÛRETÉS	40
A. Enregistrement selon la <i>Companies Act 2006</i>	41
B. Enregistrement selon les <i>Bills of Sale Acts</i>	43
C. Enregistrement auprès des registres spéciaux	44
§ II : AUTRES MESURES DE PUBLICITÉ	45
SECTION III : MISE EN ŒUVRE DES SÛRETÉS	46
§ I : MÉTHODES DE RÉALISATION DES SÛRETÉS	47
A. Prise de possession	47
B. Mise en vente	48

C. Attribution judiciaire en propriété	49
D. Appropriation	51
E. Désignation d'un <i>receiver</i>	51
F. Désignation d'un <i>administrator</i>	52
§ II : INCIDENCE DES PROCÉDURES COLLECTIVES	54
SECTION IV : PRIORITÉ DES CRÉANCIERS	56
§ I : DÉTERMINATION DE LA PRIORITÉ EN FONCTION DE LA NATURE DES BIENS GREVÉS	57
A. Biens fonciers enregistrés, navires et avions	57
B. Parts sociales et actions et biens meubles corporels autres que les navires et les avions	58
C. Biens incorporels autres que les parts sociales	60
§ II : EXCEPTIONS	60
CHAPITRE II : DROIT VIETNAMIEN	63
SECTION I RÔLE CAUTIONNEMENT	65
§ 1. CONSTITUTION	65
§ 2 - EFFETS	67
A. Mise en œuvre du cautionnement hors procédure collective	67
B. Mise en œuvre du cautionnement pendant une procédure collective	69
SECTION II RÔLE GAGE	70
§ 1. DROIT COMMUN DU GAGE	70
A. Constitution	70
B. Effets	72
1. Droits et obligations du créancier gagiste avant l'échéance de la créance garantie	72
2. Réalisation du gage	72
§ 2. GAGES SPÉCIAUX	74
SECTION III RÔLE HYPOTHÈQUE	75
§ 1. RÉGIME COMMUN DE L'HYPOTHÈQUE DE BIENS	75
A. Constitution	75
B. Effets	77
1. Rapports entre le constituant et le créancier hypothécaire	77
2. Rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers	82
3. Rapports entre le créancier hypothécaire et le tiers acquéreur	84

4. Extinction de l'hypothèque	85
§ 2. HYPOTHÈQUE DES BIENS INCORPORELS	85
A. À la recherche d'une sûreté applicable	85
B. Hypothèque des biens incorporels - un régime incomplet et inefficace	86
SECTION IV À AUTRES MESURES DE SÛRETÉS	87
§ 1. VERSEMENT D'ARRHES	87
A. Règles de constitution	88
B. Effets	89
§ 2. DÉPÔT DE GARANTIE	90
A. Constitution	90
B. Effets	91
§ 3. CONSIGNATION BANCAIRE	91
A. Constitution	91
B. Effets	92
§ 4. GARANTIE PAR PRESTIGE DES ORGANISATIONS SOCIOPOLITIQUES	93
PARTIE I : SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES SANS TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ	94
TITRE I : CONSTITUTION DES SÛRETÉS	94
CHAPITRE I : SÛRETÉS SUR CRÉANCE DE DROIT COMMUN	95
SECTION I : DROIT FRANÇAIS	95
SOUS-SECTION I : CONDITIONS DE FOND	95
§ I : ASSIETTE	96
A. Généralité des créances nanties	97
B. Ampleur du nantissement de créances	101
1. Quotité des créances	101
2. Accessoires des créances	102
§ II : CRÉANCES GARANTIES	104
A. Créances admissibles	104
B. Champ d'application du nantissement de créances	105
SOUS-SECTION II : CONDITIONS DE FORME	106
§ I : LES CONDITIONS DE VALIDITÉ	106

A. Exigence d'un écrit	106
1. Portée du principe	107
2. Date et durée	107
B. Désignation des créances garanties et nanties	109
1. Double principe de spécialité	109
2. Portée de la nullité	109
§ II : LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ	110
A. Droit antérieur à la réforme	110
B. Solution apportée par la réforme	111
1. Opposabilité aux tiers	112
2. Opposabilité au débiteur de la créance nantie	113
SECTION II : DROIT VIETNAMIEN	114
SOUS-SECTION I : CONDITIONS DE FOND	115
§ I : ASSIETTE	115
A. Notion de créance en droit vietnamien	115
B. Généralité et portée des créances nanties	117
1. Généralité des créances pouvant être hypothéquées	117
2. Ampleur de l'hypothèque de créance	119
§ II : OBLIGATION GARANTIE	120
SOUS-SECTION II : CONDITIONS DE FORME	121
§ I : LES CONDITIONS DE VALIDITÉ	121
A. Exigence d'un écrit	121
B. Désignation des créances	122
§ II : LES CONDITIONS D'OPPOSABILITÉ	123
A. Opposabilité aux tiers	123
B. Opposabilité au débiteur de la créance hypothéquée	123
CHAPITRE II : DISTINCTION AVEC DES SÛRETÉS SPÉCIFIQUES SUR CRÉANCES	127
SECTION I : SÛRETÉS SPÉCIALES SUR CRÉANCES RELEVANT À TITRE PRINCIPAL DU DROIT COMMUN	127
SOUS-SECTION I : SÛRETÉS GREVANT UN CONTRAT D'ASSURANCE-VIE	128
§ I R UNE INSTITUTION ASSEZ COMPLÈTE EN DROIT FRANÇAIS	130
A. Constitution	131

1. Spécificités attendues du contrat d'assurance-vie	131
2. Conditions de constitution	134
B. Mise en œuvre	137
1. Avant l'échéance de la créance garantie	137
2. À l'échéance de la créance garantie	139
§ II R UN VIDE JURIDIQUE À COMBLER EN DROIT VIETNAMIEN	141
A. Absence d'une consécration légale expresse	141
B. Vers l'instauration d'un régime de sûreté approprié	142
SOUS-SECTION II : SÛRETÉS GREVANT UN COMPTE R ESPÈCES	143
§ I R NATURE	143
A. Consécration légale et portée	143
1. Historique	144
2. Étendue de la sûreté	147
B. Conditions de forme	149
1. Conditions de validité et d'opposabilité	149
2. Montage contractuel	152
§ I I R EFFICACITÉ	153
A. Droits du créancier garanti	153
1. Approche française	153
2. Approche anglaise	155
3. Approche vietnamienne	156
B. Aspects procéduraux	157
1. Droit français	157
2. Droit vietnamien	158
SECTION II : SÛRETÉS SPÉCIALES RELEVANT À CERTAINS ÉGARDS DU DROIT COMMUN	159
SOUS-SECTION I : SÛRETÉS GREVANT LES CRÉANCES PROFESSIONNELLES	160
§ I R NANTISSEMENT DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES PAR BORDEREAU DAILY EN DROIT FRANÇAIS	160
A. Fonctionnement	161
1. Domaine	161
2. Régime	163
B. Application	164

1. Une sûreté d'un intérêt pratique controversé	164
2. Une sûreté théoriquement inspiratrice	165
§ II <i>CHARGE SUR LES BOOK DEBTS EN ANGLETERRE</i>	166
A. Une sûreté à part	167
1. Domaine	167
2. Régime	171
B. Une sûreté controversée	175
1. Divergences jurisprudentielles	175
2. Problématiques	178
SOUS-SECTION II : SÛRETÉS SUR CRÉANCES DE MARCHÉS PUBLICS	180
§ I <i>DROIT FRANÇAIS</i>	181
A. Domaine	181
1. Évolution	181
2. Constitution	182
B. Régime	185
§ II <i>DROIT VIETNAMIEN</i>	187
TITRE II : EFFETS DES SÛRETÉS	190
CHAPITRE I : EFFETS DU NANTISSEMENT DE CRÉANCE DE DROIT FRANÇAIS	191
SECTION I : DROIT AU PAIEMENT DU CRÉANCIER NANTI	191
§ I <i>IDENTIFICATION DU DROIT AU PAIEMENT DU CRÉANCIER NANTI</i>	191
A. Droit de préférence	192
1. Un droit auquel on peut penser à première vue	192
2. Un droit qui ne doit pas être retenu à la lumière de la réforme	193
B. Droit de rétention	194
1. Fondements	195
2. Problématiques	196
C. Droit exclusif	197
1. Fondements	198
2. Effets	201
§ II <i>DU RAPPORT ENTRE LE CRÉANCIER NANTI ET LE DÉBITEUR DE LA CRÉANCE NANTIE</i>	204

A. Exceptions inhérentes à la créance nantie	205
B. Exceptions extérieures à la créance nantie	205
SECTION II : RÉALISATION DU NANTISSEMENT DE CRÉANCE	207
§ I- PRINCIPES DIRECTEURS	207
§ II RÉPARTEMENT DU CRÉANCIER NANTI	209
A. La créance nantie vient à échéance avant la créance garantie	209
B. La créance nantie vient à échéance après la créance garantie	211
CHAPITRE II : EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE DE CRÉANCE DE DROIT VIETNAMIEN	214
SECTION I : LE CRÉANCIER HYPOTHÉCAIRE DANS SES RELATIONS AVEC LE DÉBITEUR DE LA CRÉANCE HYPOTHÉQUÉE ET LES CRÉANCIERS DU CONSTITUANT	214
§ I RÉ INVOCATION DES EXCEPTIONS	214
A. Tentative de classification des moyens de défense	215
1. Les exceptions inhérentes à la créance	215
2. Les exceptions extérieures à la créance	216
B. (In)Opposabilité des moyens de défense	217
1. Opposabilité des exceptions inhérentes à la créance	217
2. Invocation des exceptions extérieures à la créance	218
§ II RÉ CONFLITS SUR CRÉANCE	220
A. Droit de préférence du créancier hypothécaire	220
B. Conflits avec les créanciers du constituant	221
1. Conflit avec le cessionnaire de créance	221
2. Conflit avec le délégataire	222
3. Conflit avec les créanciers saisissants	223
4. Conflit entre les créanciers hypothécaires	224
5. Conflit avec les autres créanciers	224
SECTION II : RELATIONS ENTRE LES PARTIES CONCERNÉES	226
§ I RÉ LES PRINCIPES DIRECTEURS	226
A. Modes de réalisation de l'hypothèque de créance	227
B. Intérêts générés par la créance hypothéquée	228
§ II RÉ LA RÉALISATION DE L'HYPOTHÈQUE DE CRÉANCE	230
A. Échéance de la créance hypothéquée avant l'obligation garantie	230
B. Échéance de la créance hypothéquée après l'obligation garantie	232

PARTIE II : SÛRETÉS CONVENTIONNELLES SUR CRÉANCES AVEC TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ	238
TITRE I : DROIT FRANCAIS	239
CHAPITRE I : CESSION FIDUCIAIRE DE CRÉANCES PRÉVUE ET RÉGLEMENTÉE PAR LA LOI	240
SECTION I : CONSTITUTION	241
§ I - CONDITIONS DE FOND	241
A. Conditions concernant les parties	242
B. Conditions liées aux créances garanties et cédées	243
1. Crédit consenti au cédant	243
2. Créances transmissibles	244
§ II - CONDITIONS DE FORME ET D'OPPOSABILITÉ	247
A. Bordereau Dailly	248
1. Teneur du bordereau	248
2. Datation du bordereau	251
B. Conditions d'opposabilité	252
1. Opposabilité aux tiers	253
2. Opposabilité au débiteur cédé	254
SECTION II : EFFETS	255
§ I - EFFETS ENTRE LES PARTIES À LA CESSION	255
A. Transfert de la propriété de la créance cédée	255
1. Remise en propriété des créances cédées	256
2. Garantie solidaire du paiement par le débiteur cédé	260
B. Dénouement de la sûreté	262
1. Défaut de paiement du crédit garanti à l'échéance	263
2. Retransfert de la créance cédée	267
§ II - EFFETS À L'ÉGARD DU DÉBITEUR CÉDÉ	269
A. Paiement de la créance cédée	269
1. Pouvoir d'encaissement du cédant en l'absence de notification	270
2. Effets de la notification	272
B. Invocation des exceptions par le débiteur cédé	273
1. Acceptation de la cession de créances professionnelles par le débiteur cédé	274

2. Défaut d'acceptation de la cession de créances professionnelles par le débiteur cédé	275
§ III - EFFETS À L'ÉGARD DES TIERS	279
A. Les conflits avec les ayants cause à titre particulier du cédant	279
1. Conflit né de la double cession de la même créance réalisée par bordereau	280
2. Conflit avec un affactureur	281
3. Conflit avec le porteur d'une lettre de change	281
B. Les conflits avec les créanciers du cédant	282
1. Conflit avec un créancier saisissant	282
2. Conflit avec un sous-traitant et entrepreneur principal	283
3. Conflit avec un vendeur sous clause de réserve de propriété	284
CHAPITRE II : AUTRES CESSIONS FIDUCIAIRES DE CRÉANCE	287
SECTION I : CESSION FIDUCIAIRE GÉNÉRALE DE CRÉANCES	288
§ I RÉCONSTITUTION	289
A. Conditions de fond	291
1. Conditions concernant les parties	291
2. Conditions liées aux créances garanties et cédées	294
B. Conditions de forme et d'opposabilité	295
1. Conditions de forme	296
2. Conditions d'opposabilité	297
§ II RÉFFETS	297
A. Transfert de propriété des créances cédées	298
1. Mécanisme	298
2. Conséquences	300
B. Mise en œuvre de la cession fiduciaire générale de créances à titre de garantie	301
SECTION II : CESSION FIDUCIAIRE INNOMMÉE	305
TITRE II : AUTRES DROITS	309
CHAPITRE I : DROIT ANGLAIS	311
SECTION I : <i>MORTGAGES</i> SUR CRÉANCES PAR VOIE DE CESSION	313
§ I : CONSTITUTION	314
A. Méthodes de constitution	314
1. La cession de créances prévue et réglementée par la loi	315

2. Cessions en équité	320
B. Autres conditions	324
1. Perfection des sûretés	325
2. Clauses d'incessibilité de créances	326
§ II : EFFETS	332
A. Effets vis-à-vis du débiteur cédé	333
1. Libération du débiteur cédé	334
2. Principe de primauté des <i>equities</i> et des moyens de défense	335
B. Droits acquis par le cessionnaire	341
1. Droit de traçage	342
2. Droit de poursuite	343
C. Conflits sur créances	343
1. Règle <i>Dearle v Hall</i>	344
2. Résolution des conflits	351
SECTION II : <i>MORTGAGE</i> SUR CRÉANCES PAR VOIE DE <i>NOVATION</i>	354
§ I : MÉCANISME	354
A. Constitution	354
B. Effets	356
§ II : APPLICATION PRATIQUE	356
A. Contrats de location	357
B. Droit de substitution	357
1. Une création de la pratique	360
2. Qualification juridique	361
CHAPITRE II : DROIT VIETNAMIEN	364
CONCLUSION GÉNÉRALE	370
BIBLIOGRAPHIE	374
INDEX ALPHABÉTIQUE	392
TABLE DES MATIÈRES	396