



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

Master II Droit privé général

Mémoire de recherche

Promotion 2018

La généralisation de la cession de créance à titre de garantie

Hugo Nadjar

Sous la direction du Professeur Philippe Théry

Les opinions exprimées ci-après sont propres à leur auteur ; la Faculté ne saurait être considérée comme leur accordant une quelconque approbation.

À mes parents.

Mes remerciements vont au Professeur Philippe Théry pour sa disponibilité, sa souplesse et sa bienveillance, ainsi qu'à tous ceux qui ont contribué, d'une manière ou d'une autre, à l'aboutissement de ce travail.

Sommaire

Introduction

Partie I : La généralisation possible et opportune de la cession de créance de droit commun à titre de garantie

Chapitre I : Une généralisation possible

Chapitre II : Une généralisation opportune

Partie II : La construction d'un régime juridique propre à la cession de créance de droit commun à titre de garantie

Chapitre I : La formation

Chapitre II : Les effets

Conclusion

Introduction

1. Le droit de créance est un pouvoir juridique qui permet à une personne, créancière, d'exiger d'une autre, débitrice, une prestation déterminée¹. De cette définition, ressort l'idée que la créance est avant tout un lien juridique interpersonnel qui matérialise le côté actif d'un rapport d'obligation². Du fait de sa nature de lien, la créance a longtemps été considérée comme strictement personnelle et par conséquent, incessible.

2. À Rome, parce que l'obligation était perçue comme un lien personnel d'obligation, aucune créance n'était susceptible d'être transmise à quelque fin que ce soit³. La cession de créance, opération par laquelle un créancier, qualifié de cédant, transfère la créance qu'il détient contre son débiteur, appelé débiteur cédé, à un tiers, nommé cessionnaire, était donc impossible. Si les créanciers de l'époque ont su faire preuve d'imagination pour pallier les inconvénients inhérents à l'impossibilité de mobiliser leurs créances, aucun des mécanismes développés par la pratique n'apparut pleinement satisfaisant.

Les romains songèrent d'abord à la délégation de débiteur⁴. Pourtant, si ce procédé permet d'obtenir des résultats économiquement équivalents à une cession de créance (*cf. infra* n°67 et s.), il ne saurait être utilisé pour transférer juridiquement une créance préexistante puisqu'il éteint le lien d'obligation antérieur pour en faire naître un nouveau, qui ne pourra prendre vie sans le consentement préalable du délégué.

La pratique romaine se tourna alors vers un mandat particulier, dénommé « *procuratio in rem suam* ». Si par ce biais le consentement du débiteur cédé n'est pas exigé et que c'est bien la même créance qui est transférée, le procédé présente toutefois l'ensemble des inconvénients propres au mandat : celui-ci peut être révoqué à tout moment par le cédant, et le cédé pourra quant à lui toujours préférer payer son créancier originaire plutôt que son mandataire, soit qu'il refuse l'opération, soit qu'il l'ignore⁵.

3. L'absence de procédé permettant une mobilisation efficace des créances se révéla cependant fort préjudiciable pour le monde des affaires. En effet, si la délégation est parfois considérée comme la « *bonne à tout faire du droit des obligations*⁶ », la cession de créance n'en demeure pas moins la chambrière. Nul n'ignore que la cession de créance peut servir à réaliser les opérations les plus diverses. Donation, dation en paiement, vente, escompte, sûreté, ne sont que quelques-uns des multiples visages que la cession de créance est susceptible de revêtir. Lorsque « *la cession est consentie à titre gratuit elle constitue une donation ; si elle est faite à titre onéreux, elle peut permettre une dation en paiement, la créance étant cédée en paiement d'une autre ayant un objet différent ; elle peut encore constituer l'instrument d'une escompte en procurant immédiatement des fonds à un créancier à terme ; elle peut enfin être le moyen de*

¹ CARBONNIER J. : *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 19e éd., PUF, 2000, n°39.

² CORNU G. : *Vocabulaire juridique*, 11e éd., PUF, 2016.

³ LÉVY J.-Ph. et CASTALDO H. : *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010, n°706 ; GAUDEMET J. et CHEVREAU E. : *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, 2009, p.258.

⁴ LÉVY J.-Ph. et CASTALDO H. : *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°707.

⁵ LÉVY J.-Ph. et CASTALDO H. : *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n°708.

⁶ THÉRY Ph. : *Cours Magistral de Master II, Activité des Entreprises*, Paris II, 2017-2018.

*constituer une sûreté, la créance étant transférée à titre de gage ou de fiducie*⁷ ». Priver la pratique d'un tel outil devenait donc insoutenable.

4. Cela explique certainement pourquoi le monde juridique se mit peu à peu à appréhender la créance non plus seulement comme un **lien** mais également comme un **bien**. Parce que la créance représente indéniablement une richesse, il devenait indispensable que le droit ne la considère plus simplement comme le côté actif d'un rapport interpersonnel. « *Le caractère strictement personnel du rapport d'obligation dut s'incliner devant des considérations d'ordre économique*⁸ » et partant, l'aspect patrimonial de la créance se mélangea avec son aspect personnel. La créance *lien* devint aussi la créance *bien*. Il ne restait donc plus qu'à admettre pleinement sa mobilisation.

C'est ce que L'Empereur Gordien III, lors de la période dite d'anarchie militaire –et certainement afin d'éviter toute anarchie des affaires– n'hésita pas à faire. Par deux constitutions⁹, il supprima l'ensemble des inconvénients de la *procuratio in rem suam* (cf. *supra* n°2) et dota le mandataire, dès la conclusion de l'acte, d'un droit indépendant et exclusif sur la créance. La *procuratio* n'avait alors du mandat plus que le simple nom.

5. En consacrant un procédé similaire sous le nom de « *transport des créances* » aux articles 1689 et suivants, le code civil de 1804 ne fit rien de plus « *qu'abandonner l'idée de procuration pour lui substituer celle de cession*¹⁰ ». Ce faisant, le code civil admit l'autonomie conceptuelle de la notion de créance et la dota d'un régime particulier permettant sa mobilisation.

Parce que la créance est une valeur, l'émolument qu'elle représente peut circuler indépendamment du consentement, voire de la connaissance du débiteur cédé (cf. *infra* n°184 et s.).

Parce que la créance est un lien interpersonnel et que sa cession entraîne la modification unilatérale d'un rapport d'obligation, l'opération doit rester en tout point neutre pour le débiteur cédé. Sa situation juridique ne doit, en aucun cas, se trouver affectée par le transfert décidé par le seul créancier. Par conséquent, la cession de créance ne sera opposable au cédé que sous la double condition qu'il en soit informé et qu'il soit toujours possible pour lui d'opposer au cessionnaire l'ensemble des exceptions propres à la créance mobilisée. Si le code civil admet la cession, celle-ci ne saurait être faite à n'importe quel prix (cf. *infra* n°188 et s.).

Du fait de cette éclatante consécration, la double nature de la créance s'imposa rapidement en droit français. Quoique puissent en dire certains¹¹, le concept de « *propriété des créances* » est dorénavant reconnu aussi bien directement qu'indirectement. Indirectement d'abord, en affirmant que l'ensemble des biens d'une personne ont vocation à répondre de ses dettes¹² et en prévoyant que tout créancier peut saisir

⁷ MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ Ph. : *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, 2e éd., Sirey, 1989, n°354.

⁸ GAUDEMET J. et CHEVREAU E. : *Droit privé romain, op. cit.*, p.258.

⁹ L'une en l'année 240 (C., 8, 41, 3) l'autre en 243 (C., 4, 10, 1).

¹⁰ Propos de Planiol rapportés par LÉVY J.-Ph. et CASTALDO H. : *Histoire du droit civil, op. cit.*, n°710.

¹¹ THOMASSIN N. : *De la propriété*, thèse (dir.) R.-Martin (D.), Paris XI, 2009 n°43 et s.

¹² Art. 2284 du code civil.

les créances de son débiteur¹³, le législateur fait de la créance un bien, qui compose le patrimoine de son titulaire et qui est dès lors susceptible de répondre des dettes de celui-ci. Directement ensuite, puisque la loi n'hésite plus à parler de propriété des créances dans bon nombre de ses dispositions¹⁴.

6. Mais si la nature particulière de la créance est rapidement entrée dans les mœurs, le mécanisme permettant sa mobilisation s'avéra presque aussitôt inadapté aux attentes des praticiens. Son caractère lourd et son champ d'application limité firent de la cession de créance une institution totalement déconnectée du monde des affaires. Le formalisme posé par l'article 1690 du code civil, qui conditionnait l'opposabilité d'une cession de créance à sa signification par acte d'huissier ou à son acceptation par acte authentique, était en totale contradiction avec les attentes de la pratique qui cherchait avant tout à mobiliser massivement des créances via un mécanisme souple et peu coûteux. De la même façon, le code civil n'ayant admis le transport de créance qu'au sein de dispositions propres à la vente, tout semblait empêcher les praticiens d'utiliser le procédé à d'autres fins.

En d'autres termes, en niant la reconnaissance de l'ensemble des fonctions qu'il est possible d'attacher à la cession de créance et en privant l'institution de toute souplesse, le code civil de 1804 en programma inconsciemment l'obsolescence.

7. Le commerce florissant des créances et les utilités attachées à leur mobilisation appelaient donc à réformer leur transmission conventionnelle. C'est chose faite depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. De cette réforme, la cession de créance ressort « *transfigurée*¹⁵ ». A la lecture des articles 1321 et suivants du code civil, on peine en effet à reconnaître l'ancien procédé de mobilisation des créances. Alors que pendant plus de deux siècles la transmission des créances avait été, à tort, rattachée au droit de la vente, la réforme de 2016 la libère de ses chaînes et la fait figurer au sein du régime général des obligations en la dotant d'un régime bien plus souple. La cession devient opposable à tous dès sa conclusion par écrit¹⁶, exception faite du débiteur cédé, pour lequel une simple notification de la cession, sans formalité particulière, suffit¹⁷. Le recours à l'acte authentique n'est plus exigé. Ainsi, après avoir été ignorée dans sa lointaine enfance, avoir vécu une partie de sa jeunesse enfermée dans un moule bien trop strict, voilà que la cession de créance rénovée grandit à présent en sa juste demeure, celle du régime général des obligations.

8. Si la réforme avait fait preuve de cette même audace jusqu'au bout, il n'y aurait rien eu à ajouter. Pourtant, force est de constater que si l'article 1321 du code civil prévoit que la créance peut être mobilisée aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit, il garde un silence gênant dans l'hypothèse où celle-ci serait transférée à titre de garantie.

¹³ C'est ce que permet le mécanisme de saisie attribution sur créance de sommes d'argent prévu aux articles L.211-1 et s. du code des procédures civiles d'exécution.

¹⁴ Aussi bien dans le code civil (art. 2372) que dans le code monétaire et financier (art. L.313-24).

¹⁵ GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et patrimoine* n°260, juill. 2016, p.48.

¹⁶ Art. 1322 et 1323 du code civil.

¹⁷ Art. 1324 du code civil.

La cession de créance à titre de garantie, aussi appelée « cession fiduciaire de créance », repose pourtant sur une logique très proche de celle de la cession consentie à titre onéreux aux fins de paiement. Dans la cession-paiement, lorsque le créancier cédant transfère la créance, qu'il détient contre le cédé, à un cessionnaire, le transfert de la propriété est **pur et simple**. L'opération emporte transfert définitif de la qualité de créancier au cessionnaire et éteint, à titre principal, la dette du cédant à l'égard du cessionnaire. La cession à titre de garantie, si elle repose également sur un transfert de la qualité de créancier au cessionnaire, n'entraîne, elle, qu'un transfert **provisoire** de la créance, le cédant ayant vocation à en retrouver la titularité une fois sa dette à l'égard du cessionnaire remboursée. Dans cette hypothèse, le cédant demeure le débiteur principal du cessionnaire et la créance qu'il détient à l'encontre du tiers cédé n'est transférée que de façon précaire au cessionnaire fiduciaire. Ce transfert lui permettra seulement, en cas de défaillance de son débiteur principal, de pouvoir obtenir des mains du débiteur cédé ce qu'il n'a pu obtenir de celles du cédant. De ce fait, si la cession fiduciaire reste un procédé voisin des autres cessions, sa dimension essentiellement précaire la distingue cependant de celles-ci¹⁸.

9. Comment expliquer le mutisme de la loi face à un mécanisme si familier ? Serait-ce une certaine frilosité du droit français à l'égard des sûretés-propiétés qui justifierait, en droit commun, l'oubli malencontreux de son existence ?

Cette justification ne saurait tenir bien longtemps, tant les sûretés-propiétés sont nombreuses en droit positif. Un rapide tour d'horizon des sûretés reposant sur la propriété qui se sont vu consacrées par le législateur ces dernières années (clause de réserve de propriété¹⁹, cession Dailly²⁰, aval en pension²¹, fiducie-sûreté²²...) ainsi que de celles qui continuent à prospérer hors textes sous la bienveillance des juges (chèque de garantie²³, gage espèce²⁴) suffit pour s'en convaincre.

10. Serait-ce alors parce que les sûretés fiduciaires sur créance sont dépourvues d'utilité que le législateur a fait le choix de ne pas faire figurer le procédé au sein du code civil ? Après tout, la loi doit être faite pour la nation qu'elle a à régir, et ce n'est pas parce que les législations américaines²⁵, africaines²⁶, japonaises²⁷

¹⁸ Pour une analyse plus poussée de la distinction entre cession-paiement et cession fiduciaire, cf. *infra* n°36 et 39.

¹⁹ Si le procédé existait de longue date, l'efficacité de la clause de réserve de propriété face aux procédures collectives n'a été consacrée que tardivement, par la loi n° 80-335 du 12 mai 1980.

²⁰ Si la loi Dailly date du 2 janvier 1981, l'utilisation du procédé à des fins de garantie n'a été expressément reconnu que par la loi n°84-46 du 24 janvier 1984.

²¹ L'aval en pension, développée très tôt par la pratique bancaire, n'a reçu le sacre de la loi qu'en 1993 (loi n°93-1444 du 31 déc. 1993).

²² C'est la loi n°2007-211 du 19 février 2007 qui introduisit la fiducie-sûreté au sein du code civil. Par suite, pas moins de quatre textes sont venus retouchés le mécanisme : la loi n°2008-776 du 4 août 2008, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 et enfin, la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.

²³ La validité du chèque de garantie a été définitivement reconnue par un arrêt du 12 janvier 1993 (Cass. Com., 12 janv. 1993 n°90-17.015, *Bull. civ. IV* n°3, p.2). L'efficacité ainsi que la faveur que la jurisprudence témoigne à l'égard du procédé ne sont plus à démontrer (Voir en dernier lieu : Cass. Com., 22 sept 2015 n°14-17.901, *obs. JULIENNE M., RDC* n°4, déc. 2016, p.678).

²⁴ Dont l'intérêt a encore été rappelé récemment (Cass. Com. 6 fév. 2007 n°05-16.649, *Non publié*). Comme le souligne une partie de la doctrine, la validité du gage espèce et sa pleine efficacité témoigne de l'admission jurisprudentielle d'une cession fiduciaire hors texte (CROCQ P. : « La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte ! », *RTD Civ.* 2007, p.373).

²⁵ Art. 9-102 et s. du Code de commerce uniforme des États Unis.

²⁶ Art. 80 et s. de l'acte uniforme portant révision du droit OHADA.

²⁷ YAMANOME A. : « Rapport Japonais, les nouvelles fonctions de la propriété » in *La propriété, Journées vietnamiennes*, Tome LIII, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p.439 et s., *spéc.* n°B-11.

ou encore suisses²⁸ recourent à la cession fiduciaire sur créance qu'il est pour autant nécessaire de l'introduire au sein du droit français. Comme le soulignait si bien Jean Carbonnier « *pour savoir ce qu'il convient de planter ou de ne pas planter dans une terre, le mieux est de s'adresser aux paysans du cru*²⁹ ». En matière de droit des sûretés, ce sont les professionnels du crédit qu'il convient d'interroger.

11. Les établissements bancaires sont, aujourd'hui comme hier, les principaux dispensateurs de crédit. Acteurs dominant de la scène du crédit, ils représentèrent très tôt le premier moyen de refinancement des professionnels à court et moyen terme. Afin de permettre aux établissements de crédit de remplir au mieux ce rôle et de maximiser les chances de remboursement des crédits ainsi consentis, le législateur a rapidement élaboré des sûretés fiduciaires sur créances adaptées aux attentes du milieu bancaire.

C'est ainsi que dès 1967, l'ordonnance n°67-838 donna naissance à la facture protestable afin de garantir certains crédits accordés par les établissements bancaires aux commerçants (*cf. infra* n°95). Succédant à ce procédé, la loi n°78-13 du 4 janvier 1978 ouvrit, pour les petites et moyennes entreprises titulaires d'un marché public, la possibilité de se refinancer en mobilisant leur créance de marché à titre de garantie. Enfin, le champ d'application trop limité de cette loi poussa le législateur à généraliser le recours à l'institution fiduciaire dans les relations banques/professionnels. Ce fut chose faite par la loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises qui introduisit la cession par voie de bordereau, également appelée « cession Dailly », par référence au nom du sénateur à son origine. Si sur certains aspects, l'institution fiduciaire apparaît quelque peu vieillie (*cf. infra* n°99 et s.), ses intérêts eux, tant économiques que juridiques, demeurent toujours d'actualité.

12. Sur le plan économique, mobiliser des créances représente parfois le seul recours, pour bon nombre de petites et moyennes entreprises, pour garantir leurs emprunts. Faute de richesses matérielles, nombreuses sont les *start-up* qui, pour garantir leurs crédits, doivent trouver refuge dans l'immatériel et dans les créances qu'elles détiennent sur leurs clients.

Plus en avant, lorsque la mobilisation de créances à des fins de garantie n'est pas une nécessité mais une simple faculté, cette option demeure plus qu'appréciable économiquement parlant. Parce que les créances sont une richesse propre à toute entreprise, permettre leur mobilisation à titre de garantie revient aussi à éviter la constitution de sûretés avec dépossession qui, le plus souvent, portent sur les outils de production du constituant et handicapent fortement sa productivité future.

13. Sur le plan juridique, la mobilisation fiduciaire de créances est dotée de nombreux avantages qui ne se retrouvent pas, en principe³⁰, au sein des sûretés conférant un simple droit préférentiel à leur titulaire.

Opter pour une cession fiduciaire permettra d'une part au cessionnaire de réclamer le paiement de la créance cédée directement au débiteur cédé et de la réaliser sans formalité supplémentaire, il n'aura alors aucunement besoin de s'en faire attribuer la propriété par décision de justice.

²⁸ FOËX B. : « Rapport Suisse sur la propriété », in *La propriété, Journée vietnamiennes*, Tome LIII, Travaux de l'Association Henri Capitant, *préc.* p.461 et s., *spéc.* n°9.

²⁹ CARBONNIER J. : « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Essais sur les lois*, L.G.D.J, 2013, p.117.

³⁰ Sur l'épineuse question des effets du nantissement de créance de droit commun, *cf. infra* n°72 et s.

D'autre part, le cessionnaire fiduciaire n'aura pas à subir les affres de la procédure collective. Le mécanisme fiduciaire reposant sur le transfert momentané de la titularité de la créance cédée, si celle-ci se trouve transmise antérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés, le cessionnaire, alors situé hors procédure, sera à l'abri des tourments du droit de la faillite. Non concerné par la logique préférentielle des sûretés réelles « traditionnelles », le bénéficiaire de la cession n'aura donc pas à s'asseoir à table des créanciers face au gourmand privilège du Trésor public (*cf. infra* n°164).

14. Pourtant, face au silence pesant de la lettre de la loi, ces multiples avantages semblent pour l'heure réservés à de rares élus. La cession Dailly, principal outil de mobilisation des créances à titre de garantie, réserve en effet la qualité de cessionnaire aux seuls établissements de crédit ou assimilés³¹ et celle de cédant comme de débiteur cédé aux seuls professionnels³². Cet élitisme s'avère toutefois fort préjudiciable à plusieurs niveaux.

Dans un monde où le crédit extra-bancaire, notamment inter-entreprises, est en pleine expansion³³, cette rupture d'égalité d'accès aux sûretés fiduciaires sur créance est de nature à empêcher le développement de nouvelles sources de financement. En déniant la qualité de cessionnaire fiduciaire aux nouveaux acteurs extra-bancaires de la scène du crédit, c'est l'ensemble des modes de financement alternatifs que la loi pénalise. Sans sûreté adéquate, ces nouvelles formes de crédit demeureront résiduelles.

En outre, la logique de l'emprunt ayant aujourd'hui tendance à supplanter celle de l'épargne, il est de plus en plus courant que des professionnels consentent des crédits aux particuliers. Pourtant, ces créances ne sont pas mobilisables par le biais de la cession Dailly, ce que l'on a bien du mal à comprendre puisque, comme nous le verrons (*cf. infra* n°188 et s.), la cession fiduciaire ne peut en aucun cas s'avérer préjudiciable pour le débiteur cédé. Généraliser la cession fiduciaire en droit commun permettrait alors de lutter contre un droit du crédit à deux vitesses et raviverait ainsi la *vieille idole de l'égalité des créanciers*³⁴.

Enfin, en ouvrant le bénéfice de la cession fiduciaire à des investisseurs étrangers, la généralisation du procédé ne manquerait pas de rendre le droit français plus attractif sur la scène internationale³⁵.

³¹ Conformément à l'article L.313-23 du code monétaire et financier, seuls peuvent bénéficier d'une cession par voie de bordereau les établissements de crédit bénéficiant d'un agrément délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, les sociétés d'investissement et, depuis le 3 janvier 2018, les fonds d'investissement alternatif.

³² L'article L.313-23 du code monétaire et financier réserve encore une fois la qualité de cédant et de débiteur cédé aux personnes morales ou aux personnes physiques à condition cependant que ces dernières agissent dans le cadre de leur activité professionnelle.

³³ Voir, pour les dernières évolutions en matière de crédit inter-entreprises : art. 167 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³⁴ CABRILLAC M. : « Les sûretés réelles entre vin nouveau et vieilles outres » in *Études offertes à Pierre CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001, p.709 et s., *spéc.* p.710.

³⁵ GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *préc., spéc.* p.50.

15. Si cette démocratisation est souhaitée tant par les professionnels du crédit³⁶ que par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'association Henri Capitant³⁷, est-elle pour autant possible ? Les avis sur le sujet sont partagés. Pour certains, aucun canon du droit civil ne saurait s'opposer à cette généralisation³⁸. Pour d'autres, la question serait inutilement complexe tant il est possible d'arriver à un résultat identique en ayant recours à la cession-dation à terme (*cf. infra* n°30 et s.) ou à la cession conditionnelle (*cf. infra* n°38 et s.). Enfin, pour la jurisprudence (*cf. infra* n°45 et s.), cette démocratisation semble impossible, tout le moins sans l'intervention préalable de la loi.

16. Mais à supposer même que cette jurisprudence soit dénuée de tout fondement juridique³⁹ et que la généralisation demeure possible, l'utilité juridique de la cession fiduciaire est-elle aussi discutée en doctrine. Si on lui dénie parfois tout intérêt au motif que l'efficacité prétendue du nantissement parviendrait à pallier son absence⁴⁰, la plupart des auteurs semblent cependant considérer sa généralisation comme utile sur le plan de l'attractivité internationale du droit français⁴¹. Pourtant, il n'est pas certain que les nombreuses garanties sur créance existantes réussissent véritablement à remplir l'office, en droit commun, de la cession fiduciaire de créance. Le procédé pourrait donc être également utile sur le plan strictement national (*cf. infra* n°65 et s.).

17. Enfin, si déterminer la possibilité et l'utilité de généraliser la cession fiduciaire de créance est une chose, en arrêter le régime en est une autre. Si la cession fiduciaire voyait finalement le jour en droit commun, à quel régime conviendrait-il de la soumettre ? Faut-il introduire une pâle copie de la cession Dailly qui n'aurait de nouveau que le nom ? Au contraire, ne vaudrait-il pas mieux opter pour une sûreté plus souple, palliant les défauts contemporains de la cession Dailly⁴² mais en prenant le risque que celle-ci s'avère finalement dangereuse pour un constituant profane ou un débiteur cédé non averti ? Finalement, ne serait-il pas mieux de bâtir un régime équilibré évoluant en fonction de la finalité poursuivie par la sûreté ? Reste toutefois à déterminer comment procéder (*cf. infra* n°115 et s.).

18. Toutes ces problématiques reviennent finalement à poser la même question : faut-il plaider en faveur de l'introduction de la cession de créance de droit commun à titre de garantie ? Si répondre par l'affirmative s'impose tant la généralisation du procédé est possible et opportune (Partie I), l'introduction de cette sûreté ne saurait cependant se faire à n'importe quel prix. Sa généralisation devra dès lors être contrebalancée par l'élaboration d'un régime juridique propre conciliant les différents intérêts en présence (Partie II).

³⁶ Paris Europlace milite depuis 2015 pour son introduction en droit français (*Quelques propositions de modernisation et de simplification du droit des sûretés français*, Paris Europlace, Commission droit des sûretés, sept. 2015, p.27).

³⁷ Art 2373 à 2375 de l'avant-projet.

³⁸ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, L.G.D.J, 2017, n°75 et s.

³⁹ Plus qu'une simple supposition, nous verrons que le refus jurisprudentiel de l'admission de la cession fiduciaire en droit commun est contestable, tant sur le plan juridique (*cf. infra* n°46 et s.), que politique (*cf. infra* n°59 et s.).

⁴⁰ BORGA N. : « La concurrence des fiducies-sûretés », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, Actes du colloque de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, dir. BORGA N. et GOUT O., L.G.D.J, 2016, p.148, *spéc.* n°21.

⁴¹ Voir notamment, GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *préc., spéc.* p.50.

⁴² Sur ces défauts, *cf. infra* n°99 et s.

Partie I : L'admission possible et opportune de la cession de créance de droit commun à titre de garantie

19. Pour faire apparaître la nécessité de généraliser la cession fiduciaire de créance en droit commun et solliciter à cette fin l'assistance du législateur, il convient d'abord de démontrer que cette généralisation est en tout point possible (Chapitre I). Une fois cela établi, il restera à souligner que l'admission de ce procédé est juridiquement utile, tant l'ensemble des garanties sur créances sont, en droit positif, incapables de remplir le rôle d'ersatz de la cession fiduciaire de créance (Chapitre II).

Chapitre I : Une généralisation possible

20. Établir qu'il est possible, en droit commun, de généraliser l'utilisation de la cession de créance à titre de garantie requiert tout d'abord de mettre un terme à l'idée reçue selon laquelle la jurisprudence aurait, par le passé, reconnu la licéité du procédé. Une fois cette illusion doctrinale brisée (Section I), il conviendra de démontrer que la jurisprudence actuelle, qui requalifie systématiquement la cession fiduciaire en nantissement, n'est aucunement justifiée et que dès lors, rien ne s'oppose à la généralisation du procédé en droit commun (Section II).

Section I : L'illusion doctrinale passée

21. Démontrer que la généralisation de la cession fiduciaire de créance en droit commun est possible nécessite d'abord de mettre fin à l'illusion dans laquelle une partie de la doctrine a vécu au cours du XXème siècle. Pour ce faire, Il convient de revenir sur le mythe de l'admission jurisprudentielle de la cession fiduciaire de créance (§I). Une fois délivré de cette fable, il faudra s'attarder sur les créations doctrinales passées, basées sur la cession de créances à titre de paiement, et développées afin d'obtenir un procédé en tout point équivalent à la cession fiduciaire. Si ces cessions particulières sont le fruit d'esprits astucieux, on constatera malheureusement qu'elles s'avèrent, en réalité, toutes incapables de remplir efficacement le rôle d'une cession de créance à titre de garantie (§II). Le constat de leur inefficacité démontrera alors que l'interrogation relative à la possibilité de généraliser la cession fiduciaire de créance n'est pas inutilement complexe et conserve tout son intérêt.

Paragraphe I : Le mythe de l'admission jurisprudentielle de la cession fiduciaire en droit commun

22. La notion de mythe peut être définie comme une « *construction de l'esprit, fruit de l'imagination, (...) mais qui donne confiance et incite à l'action*⁴³ ». Cette définition correspond parfaitement à l'approche retenue par la doctrine en matière de cession fiduciaire de créance. Ce n'est rien d'autre qu'un mythe jurisprudentiel qui accrédita l'idée selon laquelle une cession fiduciaire hors texte serait parfaitement possible en droit commun et qui explique pourquoi, lorsque la jurisprudence requalifia finalement la cession fiduciaire en nantissement⁴⁴, la solution fut quasi-unanimement critiquée (*cf. infra* n°45 et s.). Mais comme tout mythe, si l'approche retenue n'est autre que le fruit de l'imagination de certains, elle entretient tout de même certains liens avec la réalité. Le mythe de l'admission jurisprudentielle de la cession fiduciaire n'est pas apparu *ex-nihilo*. **Il est le fruit à la fois d'une confusion entre deux notions, et d'une sollicitation excessive de certains arrêts.**

23. A l'origine de ce mythe existe d'abord une **confusion entre deux notions** : celle de cession de créance à titre de paiement avec celle de cession de créance à titre de garantie. En effet, nombreux sont les auteurs⁴⁵ qui, en se basant sur des arrêts de la fin du XIX^{ème} siècle, ont affirmé que la jurisprudence était pleinement favorable à la généralisation de la cession fiduciaire de créance en droit commun⁴⁶. Pour cette même doctrine, l'abandon du procédé au début du XX^{ème} siècle ne serait nullement dû aux incertitudes liées à sa licéité mais s'expliquerait plutôt par des considérations fiscales rendant l'utilisation du nantissement moins coûteuse pour le créancier⁴⁷.

Pourtant, leur démonstration est fondée sur une erreur, une confusion entre la cession fiduciaire et un mécanisme proche, mais néanmoins distinct, visant à utiliser la cession de créance comme moyen de paiement. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser les arrêts systématiquement cités par ces auteurs. Certaines solutions visent expressément la fonction de « *paiement* » de la cession de créance opérée et souligne qu'elle est dès lors soumise à l'interdiction des paiements pour dette contractée antérieurement à la date de cessation des paiements⁴⁸. D'autres, mélangent purement et simplement les qualifications. On peut ainsi lire, sous la plume de certains magistrats, que le créancier pourra « *exiger la créance cédée en nantissement*⁴⁹ ». Enfin, d'autres arrêts se contentent, après avoir écarté la qualification de nantissement,

⁴³ Dictionnaire Trésor de la langue française informatisé, site du Centre national des ressources textuelles et lexicales.

⁴⁴ Cass. Com., 16 déc. 2006 n°05-16.395, *Bull. civ.* IV n°250, p.275.

⁴⁵ VASSEUR M. : « La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger », *RTD Com.* 1977, p.1 et s., *spéc.* n°35 ; WITZ Cl. : *La fiducie en droit privé français*, thèse, Economica, 1981, n°202 ; CERLES A. : « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », in *Mélanges en l'honneur de M. VASSEUR*, Banque, 2000, p. 39.

⁴⁶ Parmi les arrêts les plus souvent citées : CA Grenoble, 13 mars 1858, D.1858, II, 176 ; CA Guadeloupe 21 mai 1855 confirmée par Cass. Civ., 17 mai 1858, D.1858, I, 212 ; Cass. Civ., 23 fév. 1869, DP.1869, I, 196 ; Cass. Civ., 30 déc. 1874, D.1876, I, 25 ; Cass. Civ., 12 août 1879, D.1879, I, 473.

⁴⁷ VASSEUR M. : « La cession de créance à titre de garantie (Loi n°78-13 du 4 janvier 1978) », *Revue Banque* n°372, avr. 1978, p.458 et s., *spéc.* n°9. L'auteur souligne que la cession fiduciaire aurait été, par le passé, fiscalement moins avantageuse que le nantissement de créance. Ce dernier était soumis à un droit fixe d'enregistrement, contrairement à la cession fiduciaire qui se voyait elle appliquer un droit d'enregistrement proportionnel au montant des créances données en garantie.

⁴⁸ Cass Civ., 30 déc. 1874, *préc.*

⁴⁹ CA Grenoble, 13 mars 1858, *préc.*

de retenir celle de transport de créance sans pour autant en définir la fonction de paiement ou de garantie⁵⁰. Aucun des arrêts mentionnés par la doctrine du XX^{ème} siècle n'admet donc expressément la validité de la cession fiduciaire de créance en droit commun⁵¹. A dire vrai, la seule solution reconnaissant sans équivoque la validité d'une cession de créance de droit commun à titre de garantie est rarement citée. Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 décembre 1907 mais qui s'explique, comme le relève un commentateur de l'époque, par des considérations de pure opportunité⁵².

Après analyse, on peut donc rester perplexe quant à la portée attribuée à ces arrêts, d'autant que cession à titre de paiement et cession à titre de garantie ne répondent pas à la même logique⁵³. Dans la cession à titre de paiement, le transfert de la créance est pur et simple, elle transmet définitivement la qualité de créancier au cessionnaire et éteint, à titre principal, la dette du cédant à l'égard du cessionnaire. La cession fiduciaire elle, n'entraîne qu'un transfert provisoire de la créance, le cédant ayant vocation à en retrouver la titularité une fois sa dette à l'égard du cessionnaire remboursée. Cette dimension précaire ne se retrouve pas dans la cession à titre de paiement qui a donc bien du mal, malgré certains aménagements envisageables, à remplir des fonctions équivalentes à la cession fiduciaire⁵⁴. Dès lors, la confusion⁵⁵ opérée entre ces deux mécanismes doit être corrigée. Le mythe de l'admission jurisprudentielle passée de la cession fiduciaire en droit commun doit disparaître.

24. Pour s'assurer de sa disparition totale, reste encore à dénoncer une autre cause à l'origine du mythe : **la sollicitation excessive de certains arrêts**. Il n'est plus ici question de confusion entre le procédé de la cession-paiement et celui de la cession-garantie mais plutôt d'une interprétation pour le moins ambitieuse de quelques arrêts de la Cour de cassation. Afin d'étudier ce que certains n'ont pas hésité à qualifier « *d'euphorie doctrinale*⁵⁶ », il faut centrer l'analyse sur trois arrêts du début des années 2000 à l'appui desquels certains ont contribué à entretenir le mythe de l'admission jurisprudentielle de la cession fiduciaire, avant de voir leurs illusions brisées par un arrêt en date du 16 décembre 2006 (*cf. infra* n°45 et s.).

⁵⁰ CA Guadeloupe, 21 mai 1855, *préc.*

⁵¹ La portée conférée à ces arrêts a d'ailleurs été critiquée par certains auteurs, minoritaires, qui n'ont pas manqué de souligner la confusion opérée entre cession-paiement et cession-garantie (En ce sens, LEGEAIS D. : *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, Economica, 1986, n°225 ; VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°316).

⁵² CA Paris, 7 déc. 1907, S.1908, II, 185, note Wahl.

⁵³ Si les mécanismes de paiement et de garantie ne répondent pas à la même logique, il arrive tout de même que les frontières se brouillent grandement et qu'une sûreté finisse par avoir également une fonction de paiement. L'exemple le plus parlant de ce phénomène est certainement le gage immobilier, anciennement dénommé antichrèse. La mécanique de cette sûreté est la suivante : le constituant perd possession de l'immeuble gagé au profit du créancier (art. 2387 du code civil) qui recevra, à titre de paiement, les éventuels loyers issus de cet immeuble (art. 2389 du code civil). Les deux fonctions de paiement et de garantie se trouvent ainsi mélangés au sein d'un même procédé.

⁵⁴ Pour un développement plus poussé sur la distinction entre cession de créance à titre de paiement et cession fiduciaire ainsi que ses conséquences pratiques, *cf. infra* n°36 et 39.

⁵⁵ Pour certains auteurs cependant, cette confusion était consciente. En effet, après avoir défendue l'idée selon laquelle la jurisprudence avait, par le passé, consacré de façon générale la licéité de la cession de créance à titre de garantie, le Professeur Michel Vasseur souligna que la notion de garantie devait être entendue « *au sens économique du terme* » et non au sens juridique (VASSEUR M. : « Les garanties indirectes du banquier », *Rev. Juris. Com.*, n° spé. fév. 1982, p.110 et s., *spéc.* n°28). Finalement, si la doctrine a laissé s'entretenir un mythe, on peut penser que ce n'est pas par manque de rigueur, mais plutôt afin d'inciter à la consécration jurisprudentielle de la cession de créance de droit commun à titre de garantie.

⁵⁶ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°318.

25. La première solution à avoir fait l'objet d'une sollicitation excessive de la part de la doctrine est un arrêt de la 1^{ère} Chambre civile du 20 mars 2001⁵⁷. Le contentieux à l'origine de l'affaire était pour le moins classique. À la suite d'un emprunt immobilier, le dispensateur de crédit s'était fait consentir par son débiteur une cession de créances de loyers futurs. L'emprunteur étant tombé sous le coup d'une procédure collective, le cessionnaire s'empressa de réclamer au preneur à bail le paiement des loyers échus et encore à échoir. Les juges du fond, estimant que les créances cédées étaient encore futures et nullement déterminables à la date de l'acte, choisirent de priver de tout effet l'opération. Statuant sur le pourvoi qui tentait de démontrer la réalité de la cession, la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel en relevant, d'une part, que les créances cédées étaient bien déterminables, et d'autre part, sous le visa de l'article 1689 du code civil, que des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'une cession, sous réserve de leur suffisante identification.

Pour la plupart des commentateurs, la jurisprudence se contentait ici de valider la possibilité de céder des créances encore futures sous la condition qu'elles soient, à la date de l'acte, suffisamment déterminables. Mais, pour une minorité d'entre eux, l'arrêt consacrait également, de façon implicite⁵⁸ ou expresse⁵⁹, la licéité de la cession de créance de droit commun à titre de garantie. Pourtant, force est de constater que l'arrêt de la Cour de cassation ne se réfère à aucun moment à la fonction de garantie de la cession litigieuse. Elle ne statue que sur la faculté de céder une créance future et déterminable. Comme le commande l'article 5 du code de procédure civile, la Chambre commerciale se contente ici de répondre aux moyens du pourvoi, ni plus, ni moins. Dès lors, il paraît fort hasardeux de déduire du silence gardé par la Cour de cassation – sur une question qui ne lui était pas posée – la licéité de la cession de créance de droit commun à titre de garantie⁶⁰.

26. Un deuxième arrêt, en date du 22 mai 2002⁶¹ contribua également à entretenir le mythe de l'admission généralisée de la cession fiduciaire de créance. Le litige portait cette fois sur la qualification d'une opération pour le moins ambiguë. Au terme du contrat signé entre un établissement bancaire et un emprunteur, une clause stipulait que le débiteur s'engageait à « céder, déléguer, transporter les loyers et indemnités d'occupation à percevoir sur les immeubles qu'elle envisageait de louer ». La cour d'appel déduisit de ces stipulations « contradictoires et ambiguës » que l'opération devait s'analyser comme une cession de créance. L'emprunteur, demandeur au pourvoi, s'opposa à cette analyse. Pour ce dernier, l'opération devait être qualifiée de délégation. Or, celle-ci ayant été réalisée sans l'accord du délégué, elle ne pouvait être considérée comme valable⁶². La Cour de cassation rejeta le pourvoi et approuva les juges du fond pour avoir déduit « après recherche de la commune intention des parties, que la convention litigieuse s'analysait non pas en une délégation de créance mais en une cession de créance ». L'opération était dès lors pleinement valable puisque la mise en œuvre d'une cession de créance ne nécessite pas de recueillir le consentement du cédé (cf. *infra* n°184 et s.).

⁵⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2001 n°99-14.982, *Bull. civ.* I n°76, p.48.

⁵⁸ AYNÈS L. : « Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », D.2001, p. 3110, *spéc.* n°14.

⁵⁹ GOAZIOU I. : « Validité conditionnelle des cessions de créances éventuelles consenties à titre de garantie », *JCP G*, n° 31, juill. 2002, p. 1462.

⁶⁰ En ce sens, CROCQ P. : « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et patrimoine* n°106, juill.-août 2002, p.80, note 1.

⁶¹ Cass. 2^{ème} Civ., 22 mai 2002 n°99-11.052, *Non publié*.

⁶² Pour une analyse du mécanisme de la délégation, cf. *infra* n°67 et s.

Certes, en se prononçant ainsi, la Cour de cassation n'a pas annulé une cession de créance de droit commun dont tout laissait croire qu'elle était consentie à titre de garantie⁶³. Mais ici, seule la qualification de l'acte était soumise à la *jurisdictio* des magistrats, les effets de l'acte, eux, ne se trouvaient pas contestés. En ne statuant que sur la nature de l'opération et non sur la validité de son utilisation à titre de garantie, il est douteux que la Cour de cassation ait voulu trancher plus de question que n'en posait le pourvoi. Encore une fois, déduire du mutisme de la Cour de cassation, qui plus est dans un arrêt non publié, l'admission implicite de la licéité de la cession fiduciaire de droit commun, apparait pour le moins osé.

27. Pour terminer, il faut encore analyser un arrêt en date du 4 octobre 2005⁶⁴ qui accrédita fortement la croyance de l'admission prétorienne de la licéité d'une cession fiduciaire de créance constituée hors texte. En l'espèce, les parties avaient déclaré recourir à une « *délégation de loyers à titre de garantie* ». La question posée au juge ne concernait nullement la validité intrinsèque du mécanisme mais plutôt de savoir si cette « *délégation* », convenue hors période suspecte mais « *signifiée* » au cours de celle-ci aux délégués, était soumise à la nullité de plein droit prévue à l'ancien article L.621-107, I, 4° du code de commerce (L.632-1, I, 4° nouveau). La cour d'appel, après avoir constaté que « *la signification* » de la délégation aux délégués était intervenue postérieurement à la date de cession des paiements, fit tomber l'opération sous le coup des nullités de la période suspecte. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel aux motifs que l'acte de délégation avait bien été conclu avant la date de cessation des paiements et que dès lors le paiement était valable, peu importe que l'exécution de la délégation soit postérieure à cette date. Dit autrement, la Cour affirme que, pour apprécier la validité de l'opération, il faut se situer à la date de l'acte de délégation et non à celle de sa « *signification* ». La date de l'acte étant antérieure à celle de cessation des paiements, l'opération ne pouvait être déclarée nulle.

L'enseignement de cet arrêt, aussi important soit-il en matière de délégation, parait l'être plus encore en matière de cession fiduciaire. En effet, à bien regarder les faits de l'espèce, une bizarrerie apparait : la délégation a été « *signifiée* » au délégué. Pourtant, comme nous le verrons, la délégation ne se forme qu'avec le triple consentement du délégué, du délégant, et du délégataire (*cf. infra* n°70). La Cour de cassation se serait donc ici contentée du consentement de deux parties pour conférer un plein effet à une délégation consentie à titre de garantie ?

Si certains commentateurs n'ont pas insisté sur l'étrangeté de la solution, d'autres n'ont pas manqué de le faire⁶⁵. Pour MM. les professeurs Pierre Crocq et Didier R. Martin, l'opération n'était rien d'autre qu'une cession de créance de droit commun à titre de garantie consentie par le canal détourné d'une délégation. Faute de consentement du délégué, la soi-disant délégation n'en était pas une et camouflait en réalité une cession fiduciaire de créance sans assise légale. Cela expliquerait d'ailleurs pourquoi la Cour de cassation ait pu se contenter d'une simple signification de la « *délégation* » au délégué qui finalement, n'était rien d'autre qu'un débiteur cédé. Faut-il pour autant déduire de cet arrêt la validité du procédé ? Trois remarques invitent à penser le contraire.

⁶³ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°320.

⁶⁴ Cass. Com., 7 oct. 2005 n°04-14.722, *Bull. civ.* IV n°198, p.214.

⁶⁵ MARTIN D.-R. et SYNVEH H. : « *Panorama droit bancaire, octobre 2005 – décembre 2006* », D.2007 p.753, *spéc.* p.757 ; CROCC P. : « *Panorama droit des sûretés, juillet 2005 – septembre 2006* », D.2006, p.2855, *spéc.* p.2862.

En premier lieu, force est de constater que l'arrêt a été rendu au visa de l'ancien article L. 621-107, I, 4°, du code de commerce qui se contente de viser l'hypothèse de paiement anormaux intervenu en période suspecte. Difficile donc d'en tirer des conséquences générales sur la licéité d'une cession fiduciaire droit commun⁶⁶. En deuxième lieu, on est en droit de penser que si la Cour de cassation avait souhaité raisonner sur le fondement de la cession fiduciaire de créance, elle aurait clairement requalifié l'opération, ce qu'elle se garda bien de faire. En troisième et dernier lieu, il faut prendre garde à ne pas extrapoler les décisions rendues en matière de délégation puisqu'il n'est pas rare que ce mécanisme soit confondu en jurisprudence avec le procédé de la cession de créance⁶⁷ ou de la cession de contrat⁶⁸. Par conséquent, cette décision, tout comme les deux précédentes, ne permet pas de certifier de la validité d'une cession fiduciaire de créance consentie sans assise légale, ce que la Chambre commerciale ne manquera d'ailleurs pas de rappeler l'année suivante (*cf. infra* n°45 et s.).

28. Finalement, l'ensemble de ces constatations force à conclure que l'admission prétorienne de la cession fiduciaire de créance innommée n'était qu'un mythe entretenu par une confusion entre deux notions et une sollicitation excessive de certains arrêts ambigus. Le fait d'y mettre un terme permettra de s'interroger, sans idées reçues, sur la véritable possibilité de généraliser la cession fiduciaire de créance en droit positif. Mais pour souligner que cette interrogation n'est pas sans intérêt, encore faut-il démontrer que les mécanismes cousins de la cession fiduciaire que sont la cession de créance conditionnelle et la cession opérée à titre de dation en paiement à terme, s'ils semblent *a priori* équivalents au procédé fiduciaire, s'avèrent finalement incapables de remplir son office.

Paragraphe II : L'élaboration de mécanismes *a priori* équivalents mais finalement inefficaces

29. Pendant fort longtemps, l'absence d'étude portant sur la possibilité de généraliser la cession fiduciaire s'expliquait par une raison simple : nombreux étaient les auteurs qui estimaient la question inutilement complexe. Pour ces derniers, la cession fiduciaire n'était qu'un mécanisme sans intérêt puisqu'il était parfaitement possible d'arriver à des résultats similaires en sollicitant les outils du régime général des obligations. En effet, quel intérêt y aurait-il à se questionner sur la validité d'une cession fiduciaire consentie hors du sentier de la loi si une cession opérée à titre de dation ou affectée d'une condition permettait d'obtenir des résultats équivalents ? Aucun.

Pourtant derrière l'équivalence apparente entre ces cessions particulières et le procédé fiduciaire, la cession de créance opérée à titre de dation en paiement à terme (A) comme la cession conditionnelle à titre de paiement (B) s'avèrent incapables de remplir efficacement le rôle de la cession de créance à titre de garantie. La question de sa généralisation s'en trouve dès lors renouvelée.

⁶⁶ En ce sens, CABRILLAC M. et PÉTEL Ph. : « Chronique procédures collectives – Redressement et liquidation judiciaire des entreprises », *JCP E* n°2, janv. 2006, p.1066, *spéc.* n°11.

⁶⁷ FRANÇOIS J. : *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations : régime général*, 4e éd., Economica, 2017, n°644 note 4.

⁶⁸ Cass. 3^{ème} Civ., 12 déc. 2001 n°00-15.627, *Bull. civ.* III n°1513, p.120.

A. La cession de créance opérée à titre de dation en paiement à terme

30. On le sait, la cession de créance peut servir à réaliser les opérations les plus diverses. Depuis longtemps déjà, La doctrine s'attache à souligner le vaste champ que peut couvrir la mobilisation d'une créance et les multiples visages qu'on est susceptible de lui prêter. Ainsi, lorsque « *la cession est consentie à titre gratuit elle constitue une donation ; si elle est faite à titre onéreux, elle peut permettre une dation en paiement, la créance étant cédée en paiement d'une autre ayant un objet différent ; elle peut encore constituer l'instrument d'une escompte en procurant immédiatement des fonds à un créancier à terme ; elle peut enfin être le moyen de constituer une sûreté, la créance étant transférée à titre de gage ou de fiducie*⁶⁹ ». Rien ne fait donc obstacle à ce qu'une cession de créance ait pour finalité l'extinction d'une dette. Dans ce schéma, un débiteur cède à son créancier, en guise de paiement, une créance qu'il détient contre une tierce personne⁷⁰. Partant de ce constat, certains auteurs ont considéré que la question de la généralisation de la cession fiduciaire en droit commun était dénuée de tout intérêt puisqu'il était parfaitement possible d'arriver à un résultat similaire en passant par une cession faite à titre de « *dation en paiement à terme*⁷¹ ».

31. Le procédé de la « cession-dation » proposée par un courant de la doctrine s'explique simplement. Le cédant cède une des créances qu'il détient à son créancier en guise de paiement de l'obligation qu'il a souscrite envers ce dernier. La transmission de la créance cédée éteindra alors l'obligation principale, créance originaire. Mais le procédé ne s'arrête pas là. En effet, le mécanisme postule également que la cession-dation ne produise d'effet extinctif que dans la seule hypothèse où, une fois effectuée, le débiteur cédé s'acquitte effectivement entre les mains du cessionnaire. La cession-dation est donc dite « à terme ». Partant, deux hypothèses sont susceptibles de se rencontrer.

32. La créance cédée peut d'abord arriver à échéance avant la créance originaire. Dans ce cas, le créancier cessionnaire n'aura qu'à notifier la cession et attendre le paiement du débiteur cédé. Si ce dernier paie, le paiement opérera dation et éteindra par voie de conséquence la créance du cessionnaire à l'encontre du débiteur-cédant. Si le paiement n'a pas lieu, le créancier cessionnaire n'aura qu'à se retourner contre le cédant puisque la jurisprudence considère, non sans une certaine faveur à l'égard du cessionnaire, que « *la cession de créances n'emporte pas par elle-même extinction de la dette du cédant envers le cessionnaire*⁷² ». On peut donc en déduire, comme d'autres avant nous⁷³, que sauf stipulations contraires, seul le paiement de la créance cédée emportera dation et extinction de la dette du cédant. Si le débiteur cédé défaille, le cessionnaire pourra donc toujours, sur le fondement de sa créance initiale, exercer un recours contre le cédant⁷⁴.

⁶⁹ MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ Ph. : *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, op. cit., n°354.

⁷⁰ TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y. : *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n°1275.

⁷¹ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, op. cit., n°45.

⁷² Cass. Com., 23 juin 1992 n°88-15.763, *Bull. civ.* IV n°245, p.170.

⁷³ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, op. cit., n°45.

⁷⁴ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, thèse, préc.*, n°523.

33. La créance cédée peut ensuite échoir après la créance garantie. Dans cette hypothèse, les quelques auteurs préconisant le recours à la cession dation sont divisés. Certains encouragent le cédant à attendre l'échéance de la créance cédée, « *quitte à encourir quelques pénalités ou intérêts de retard*⁷⁵ ». D'autres estiment au contraire que le cessionnaire ne devrait pas notifier la cession au débiteur cédé afin que ce dernier puisse continuer à se libérer entre les mains du cédant⁷⁶. La notification ne devrait alors avoir lieu qu'à la première défaillance du cédant afin de permettre au cessionnaire d'exiger paiement au cédé⁷⁷.

34. En outre, la cession à titre de dation en paiement à terme peut porter sur des créances présentes comme futures⁷⁸ et ne produira d'effet extinctifs qu'à la condition que le débiteur cédé paye le cessionnaire. À défaut le cédant demeurera tenu⁷⁹. Le mécanisme paraît donc, *a priori*, parfaitement apte à remplir le rôle d'une cession consentie à titre de garantie. Pourtant conclure ainsi, serait se fier trop vite à l'apparence trompeuse de la cession-dation.

35. D'abord, la terminologie utilisée pour qualifier le procédé est discutable. En effet, dans le mécanisme proposé, la dation serait stipulée dès la conclusion du contrat primitif entre cédant et cessionnaire. Or pour de nombreux auteurs, il ne saurait y avoir dation lorsque les parties déterminent, dès le départ, les modes de libération du débiteur⁸⁰. La dation supposant une convention par laquelle le créancier accepte de recevoir en paiement une prestation différente de celle prévue à l'origine⁸¹, elle ne saurait être prévue au sein de la convention initiale. Si tel est le cas, l'on se trouve non pas en présence d'une dation mais d'une obligation facultative⁸². Comme le soulignait Baudry-Lacantinerie, « *Ici, sans doute, la ressemblance avec la dation en paiement est beaucoup plus grande. Mais, quand l'obligation est facultative, c'est dans le contrat primitif que le débiteur a stipulé la faculté de se libérer en donnant une chose autre que l'objet de l'obligation. Au cas de dation en paiement, s'il se libère de cette façon, c'est en vertu d'un accord ultérieur*⁸³ ». La remarque n'est cependant pas déterminante : si l'obligation facultative n'est pas en elle-même une dation, sa réalisation en constitue toute de même une. Autrement dit, c'est l'extinction de l'obligation facultative, par l'exécution de la prestation in *facultate solutionis* qui constitue la dation⁸⁴. Cette discussion demeure donc avant tout doctrinale, rien ne s'opposant à l'utilisation de la cession de

⁷⁵ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n°45.

⁷⁶ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, thèse, préc.*, n°524.

⁷⁷ *Ibid.* L'auteur précise néanmoins que si, en dépit de l'accord le liant au cédant, le cessionnaire décidait de notifier la cession, il suffirait alors au cédant de cesser ses paiements, à condition toutefois que le cédant soit effectivement en mesure de connaître assez rapidement l'existence de la notification.

⁷⁸ La Cour de cassation a effectivement reconnu, en présence de choses futures, qu'une dation pouvait être à terme (Cass 3^{ème} Civ., 12 janv. 1988 n°86-14.562, *Bull. civ.* III n°5, p.3).

⁷⁹ Cass. Com., 23 juin 1992, *préc.*

⁸⁰ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L. : *Traité théorique et pratique de Droit civil, t.II, Des obligations*, 3e éd., Sirey, 1907, n°1684 ; FRANÇOIS J. : *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations : régime général, op. cit.*, n°139.

⁸¹ FRANÇOIS J. : *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations : régime général, op. cit.*, n°139.

⁸² FRANÇOIS J. : *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations : régime général, op. cit.*, n°144.

⁸³ BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L. : *Traité théorique et pratique de Droit civil, t.II, Des obligations, op. cit.*, n°164.

⁸⁴ BICHERON F. : *La dation en paiement, thèse, éd. Panthéon Assas, 2006, n°278.*

créance comme moyen de paiement à effet différé⁸⁵. Il faut simplement qualifier de façon adéquate le procédé et préférer les termes de *cession-paiement à effet différé*⁸⁶ à ceux de *dations en paiement à terme*.

36. Au-delà de ce débat essentiellement théorique, la cession-paiement à effet différé paraît incapable de remplir efficacement le rôle d'une cession fiduciaire de créances pour au moins deux séries de raisons.

D'abord, la cession n'étant pas faite à titre de garantie, elle ne réalise rien de plus qu'un paiement. De ce fait, et contrairement aux cessions de créance à titre de garantie, elle pourra tomber sous le coup de l'article L. 632-1, I, 3° du code de commerce qui frappe de nullité les paiements de dettes non échues effectués en période suspecte⁸⁷. Cette nullité s'avérera particulièrement menaçante lorsque la créance cédée arrivera à échéance avant la créance originaire. *A contrario*, lorsque la créance cédée échoit après la créance originaire, le cessionnaire n'est pas non plus à l'abri des effets d'une procédure collective affectant le cédant. Dans l'hypothèse où la créance cédée échoit après celle que la cession vise à éteindre, on l'a vu, certains auteurs estiment que le cessionnaire n'ayant aucun droit de notifier la cession au débiteur cédé. Celui-ci continuera donc à se libérer entre les mains du cédant⁸⁸. D'après ces mêmes auteurs, la notification de la cession ne devrait intervenir qu'à la première défaillance du cédant. Or cela n'est pas sans risque. En effet, si lorsqu'il défaille, le cédant est en procédure collective et qu'en l'absence de notification le débiteur cédé règle son dû entre ses mains, le cessionnaire ne pourra obtenir restitution immédiate des sommes ainsi recouvrées. Dans cette hypothèse, la jurisprudence relative au Dailly considère effectivement que le cessionnaire pourra seulement déclarer à la procédure sa créance de restitution du paiement ainsi perçu⁸⁹.

Ensuite, et contrairement au transfert fiduciaire qui est par essence provisoire puisqu'assorti d'une obligation de restitution à la charge du cessionnaire en cas de paiement du cédant, la cession de créance à titre de paiement entraîne un transfert définitif des créances cédées. Aucune rétrocession n'est possible. Le transfert des créances opéré est ici irrémédiable, ce qui n'est pas sans poser problème. Pour l'illustrer, il suffit d'envisager l'hypothèse dans laquelle il existerait une différence de montant entre la créance cédée et la créance originaire du créancier sur le cédant. La cession valant paiement, si les créances cédées s'avèrent d'un montant supérieur au montant dû au cessionnaire au titre de sa créance originaire, le procédé ne permettra pas au cédant de demander restitution du surplus au créancier. Le principe selon lequel la sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement⁹⁰ n'aura pas vocation à s'appliquer puisque, précisément, la cession n'est pas faite à titre de garantie. Pour les mêmes raisons, si les créances cédées s'avèrent d'un montant inférieur au crédit consenti, elles entraîneront, sauf stipulation contraire⁹¹,

⁸⁵ Cass. Com., 23 juin 1992, *préc.*

⁸⁶ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.* n°521 et s.

⁸⁷ La jurisprudence n'a d'ailleurs pas hésité à prononcer la nullité d'une cession de créance intervenue au cours de la période suspecte ayant pour objet d'éteindre une dette non échue, alors même que ladite cession était consentie en exécution d'une convention-cadre signée antérieurement à la date de cessation des paiements (Cass. Com., 19 mai 2015 n°14-11.215, *Bull. civ.* IV n°82).

⁸⁸ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°524.

⁸⁹ Cass. Com., 19 mai 2015 n°13-25.312 et 13-26.586, *Non publié*.

⁹⁰ Si l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant est adopté par le législateur, ce principe fera d'ailleurs son entrée au sein du Code civil à l'article 2286-3 nouveau.

⁹¹ On peut parfaitement envisager que la dation ne soit que partielle. Cela permettrait alors au cessionnaire d'agir, sur le fondement de sa créance originaire, pour le surplus (égal au montant de sa créance non désintéressée par la dation).

l'extinction totale de la créance originaire du cessionnaire, l'empêchant alors d'agir pour le surplus à l'encontre du cédant. La cession fiduciaire elle, n'emporte nullement cette série d'inconvénients⁹².

37. On le voit, si la « cession-dation à terme » constitue *a priori* un équivalent satisfaisant à la cession fiduciaire de créance, les multiples inconvénients relevés soulignent qu'elle se révèle finalement incapable d'en endosser pleinement le rôle. La cession conditionnelle de créance y arrive-t-elle de façon plus satisfaisante ? Loin de là.

B. La cession conditionnelle de créance à titre de paiement

38. Si la cession opérée à titre de dation en paiement à terme n'a pas su convaincre, une autre cession particulière permettrait d'obtenir des résultats équivalents à la cession fiduciaire, ôtant à la question de sa généralisation tout intérêt pratique. Pour ce faire, il suffirait de recourir à une modalité de l'obligation bien connue du droit français : la condition. D'après une partie de la doctrine, il serait effectivement possible d'introduire sans encombre une cession fiduciaire de créance en droit commun en affectant simplement la cession à titre de paiement d'une condition suspensive.

La thèse de Philippe Van Steenlandt résume parfaitement l'opération : « *un débiteur cède à son créancier une créance, sous la condition suspensive de la non-exécution de son obligation à l'échéance. Si la condition défaille à l'échéance, en raison du paiement de sa dette par le cédant auprès du cessionnaire, ce dernier a obtenu satisfaction et la cession de créance, devenue inutile, est anéantie. Si la condition se réalise à l'échéance, le créancier devient pleinement titulaire du droit d'agir contre le débiteur cédé*⁹³ ». Une fois la condition de non remboursement de la dette à l'échéance accomplie, le créancier devenu plein propriétaire de la créance transmise, pourra en poursuivre le recouvrement de son propre chef.

La proposition est indéniablement séduisante. Pour contourner la prohibition de la cession de créance à titre de garantie en droit commun et sa requalification systématique en nantissement (*cf. infra* n°45 et s.), il suffirait au créancier de passer par une cession-paiement conditionnelle. La cession fiduciaire de créances existerait donc *en germe* au sein du droit commun des obligations. Pourtant, aussi séduisante soit-elle, cette proposition ne saurait emporter notre conviction, tant sur le plan pratique que théorique.

⁹² C'est d'ailleurs pour cela que la loi n°78-13 du 4 janvier 1978, qui instaura la possibilité pour les PME titulaires d'un marché public de se refinancer en mobilisant leurs créances de marché auprès d'une Caisse nationale, préféra mettre en place une cession fiduciaire plutôt qu'une cession à titre de paiement. En faisant ce choix, le procédé mis en place permet de rectifier toute déconnexion entre la valeur de la créance transmise, souvent futur et difficilement déterminable, et l'avance consentie par la Caisse nationale. Ainsi, en cas de surévaluation de la créance qui aurait entraîné l'octroi d'une avance trop élevée, le dispensateur de crédit est titulaire d'un recours contre le bénéficiaire du marché pour lui réclamer la différence. Au contraire, en cas de sous-évaluation, c'est le titulaire de marché qui peut agir afin d'obtenir la rétrocession de la différence entre le montant de sa créance de marché et celui du crédit consenti par la Caisse nationale. (Pour une explication plus poussée du mécanisme, voir VASSEUR M. : « La cession de créance à titre de garantie (Loi n°78-13 du 4 janvier 1978) », *préc.*).

⁹³ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°528.

39. **Sur le plan pratique** d'abord, il est douteux que la jurisprudence reconnaisse la validité d'un tel procédé. Certes, par un arrêt ancien⁹⁴, la Cour de cassation a semblé admettre la licéité d'une cession de créance consentie sous condition suspensive du non remboursement d'un prêt. La doctrine, y compris celle militante pour la validité du procédé, refusa cependant de tirer toute conclusion générale de cet arrêt isolé. Ainsi, dès 1931, Mazin affirmait qu'« *on ne peut, en pratique, considérer la question comme entièrement résolue*⁹⁵ ». En 2018, la conclusion est identique. Aucun arrêt n'a, depuis lors, expressément admis la validité d'un tel procédé⁹⁶. Les praticiens ayant l'incertitude en horreur, le doute concernant la validité de l'opération explique certainement pourquoi nombreuses sont les organisations qui militent encore pour la généralisation de la cession fiduciaire de créance⁹⁷.

En tout état de cause, et même si l'on finissait par admettre la validité du mécanisme –ce que la jurisprudence contemporaine n'a jamais fait– la cession conditionnelle de créance ne saurait être considérée comme l'exact équivalent d'une cession fiduciaire. En effet, la cession étant faite sous condition suspensive, l'opération n'entraîne pas, contrairement au procédé fiduciaire, transfert immédiat de la créance. Jusqu'à l'exigibilité de la dette principale et le défaut de remboursement, la créance cédée sous condition demeure dans le patrimoine du cédant, seul à pouvoir l'encaisser. Le cessionnaire conditionnel ne peut donc pas notifier ladite cession au débiteur cédé avant cette date⁹⁸. Cette remarque n'est pas sans conséquence en présence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant. Dans cette hypothèse, si la procédure collective est ouverte antérieurement à la réalisation de la condition, il y a fort à parier qu'elle neutralisera le transfert de la créance cédée⁹⁹.

Plus en avant, la cession de créance sous condition suspensive étant opérée à titre de paiement, cela posera encore une fois, comme en matière de cession-dation, des difficultés en cas de différence entre le montant des créances cédées et le montant dû au titre du crédit consenti au cédant par le cessionnaire¹⁰⁰. En pratique, la cession conditionnelle paraît donc comporter bien plus d'inconvénients que le procédé fiduciaire.

⁹⁴ Cass Civ. 29 août 1849, D.1849, I, 273 : « *Attendu qu'en cet état des conventions produites, lesquelles n'avaient rien de contraire aux lois, la cour d'appel, appréciant l'intention des parties, a pu (...) lui donner la qualification ainsi que les effets légaux d'une cession ou vente sous condition* ».

⁹⁵ MAZIN Ch. : « Remise d'une créance en garantie d'une dette, nantissement, transport et délégation en garantie », *Rép. Def. 1931*, p.221, *spéc.* n°9.

⁹⁶ Deux arrêts sont parfois cités comme ayant admis le procédé de la cession conditionnelle (Cass Com. 16 janv. 2001, n°98-15.573, *Non publié* ; Cass Com. 3 mai 2006 n°04-17.283, *Bull. civ. IV* n°104, p.103). Certes, dans les faits des deux espèces, une cession conditionnelle de créances avait été effectuée. Les litiges portaient cependant sur une toute autre question : celle du bénéfice de subrogation des cautions. La jurisprudence contemporaine n'a donc jamais expressément reconnu la validité d'une cession de créance sous condition suspensive du non remboursement à l'échéance.

⁹⁷ Tel que Paris Europlace (*Quelques propositions de modernisation et de simplification du droit des sûretés français, préc.*, p.27).

⁹⁸ WITZ Cl. : *La fiducie en droit privé français*, thèse, *préc.*, n°202, note 2.

⁹⁹ Encore qu'il soit possible de distinguer entre une cession sous condition suspensive qui, par principe (art. 1304-6 du code civil), n'est pas rétroactive, et celle qui, par exception, le serait du fait de la volonté des parties. Si les conditions non rétroactives seront, *de jure*, neutralisées par l'ouverture d'une procédure collective, il y a également fort à parier que, *de facto*, il en soit de même en présence d'une condition suspensive rétroactive. La Cour de cassation n'a cependant jamais eu à trancher la question.

¹⁰⁰ Comme détaillé à propos de la cession dation (*cf. infra* n°36), l'opération étant effectuée à titre de paiement, si les créances cédées s'avèrent d'un montant supérieur au montant dû au cessionnaire, le procédé ne permettra pas au cédant de demander au cessionnaire la restitution du surplus. De même, si les créances cédées s'avèrent d'un montant inférieur au solde du prêt consenti, elles entraîneront, en principe, l'extinction totale de la créance du cessionnaire à l'encontre du cédant.

40. **Sur le plan théorique ensuite**, admettre la validité d'une cession de créance conditionnée par le non-remboursement à l'échéance du crédit consenti au cédant pose également problème à différents niveaux.

41. A un niveau général, permettre l'utilisation du mécanisme de la condition afin de lui faire jouer un rôle identique à celui d'une sûreté reviendrait à sérieusement bouleverser l'équilibre général du droit du crédit. Ce risque systémique n'est pas à prendre à la légère. Tâchons de l'illustrer en partant de la proposition avancée dans la thèse de Monsieur Philippe Van Steenlandt pour ensuite la généraliser. Selon cet auteur, la loi autorisant les parties à affecter leurs obligations d'une modalité, les contractants sont, en toute hypothèse, libres de conclure le contrat qui correspond au mieux à leurs attentes et à recourir, s'ils le souhaitent, à une cession conditionnelle de créance¹⁰¹ plutôt qu'à une cession de créance à titre de garantie. Pourtant, à trop s'embarquer l'esprit avec un tel raisonnement, on arrive bien vite à la conclusion suivante : puisque les parties sont libres d'affecter le transfert d'une obligation d'une modalité suspensive, toute sûreté qui aurait, d'une façon ou d'une autre, recours à la propriété, pourrait être remplacée par une cession sous condition suspensive de non remboursement. Pour en prendre conscience, il suffit de comparer les effets d'un gage sur un bien corporel assorti d'un pacte commissaire avec ceux d'une cession d'un bien sous condition suspensive de non remboursement d'un prêt à l'échéance. Si l'opération est distincte et que les régimes juridiques diffèrent, il reste que, dans les deux hypothèses, en cas de défaut de remboursement, le résultat est le même : la propriété du bien est transmise au créancier bénéficiaire du pacte commissaire ou de la cession conditionnelle. Exit donc le gage avec pacte commissaire et son régime équilibré, bienvenue à la cession de meuble sous condition suspensive de non remboursement. Adieu la fiducie sûreté sur immeuble et ses dispositions protectrices, accueillons la cession conditionnelle d'immeuble. On le voit, admettre la cession de créance sous condition suspensive de non remboursement du crédit consenti au cédant paraît bien être le premier pas vers le grand saut. Un saut bien périlleux menant à une libéralisation des garanties qui ne se verrait nullement contrebalancée par une protection adéquate des constituants et des débiteurs cédés. Si cette remarque générale ne suffisait à convaincre, il reste qu'à une autre échelle, plus basse, un autre obstacle théorique se dresse contre l'admission générale de la cession conditionnelle. Il est lié à l'inadéquation du mécanisme de la condition avec celui de la garantie.

42. Lorsque l'on présente le régime juridique de la condition, un point est souvent oublié, il est pourtant primordial : la condition ne peut porter sur un élément nécessaire à la formation de l'obligation et plus largement à celle du contrat. Si un acte est subordonné à la survenance à un tel élément essentiel, il n'y a ni contrat ni condition¹⁰². Ainsi, la condition qui porterait sur l'existence d'un consentement, sur l'objet du contrat, la cause ou la capacité à contracter n'est pas une véritable condition. La jurisprudence l'a encore rappelé récemment, « *la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite*¹⁰³ ». Dans le même ordre d'idée, la condition ne saurait être inhérente à l'économie même d'un contrat. On le comprend aisément, lors de la constitution d'une sûreté, on ne peut ériger la défaillance du débiteur en condition suspensive sans contredire l'économie

¹⁰¹ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, préc., n°529.

¹⁰² MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph. : *Les obligations*, 8e éd., L.G.D.J., 2017, n°1306.

¹⁰³ Cass. 3^{ème} Civ., 22 oct. 2015 n°14-20.096, *Bull.* 2016, n° 838.

même du contrat et son caractère subsidiaire. Ainsi, « *la défaillance du débiteur principal n'est pas une condition de l'obligation de la caution de payer le créancier, car il s'agit là d'un préalable qui découle de la subsidiarité du cautionnement*¹⁰⁴ ». Dit autrement, l'efficacité du contrat dont on suspend les effets ne doit pas dépendre *naturellement* d'un événement mais *artificiellement*¹⁰⁵. Dès lors, en présence d'une sûreté, une condition ne saurait porter sur le défaut de paiement du débiteur principal sans contredire la substance même du contrat.

Quid en présence d'une cession de créance conditionnelle ? En apparence, la cession de créance sous condition suspensive du non remboursement à l'échéance ne porte pas directement sur l'objet même du contrat qui n'est autre qu'une cession effectuée à titre de paiement. L'événement paraît extrinsèque au rapport contractuel. Cependant, la condition cache mal son jeu. A bien y regarder, l'on constate que la modalité fait plus que conditionner la cession à un fait extérieur accidentel (le défaut de paiement à l'échéance du crédit consenti au cédant), mais devient l'objet même du rapport contractuel puisque le contrat ne poursuit qu'un seul but : garantir le crédit précédemment consenti au cédant. Si elle paraît extrinsèque au contrat de cession, la condition suspensive devient ici, du fait de sa fonction inavouée de garantie, son élément essentiel. Le juge étant tenu de restituer l'exacte qualification aux actes litigieux qui lui sont soumis¹⁰⁶, il y a fort à parier qu'il verra dans ce procédé une véritable cession à titre de garantie et partant, requalifiera injustement l'opération en nantissement¹⁰⁷. La cession conditionnelle de créances ne constitue donc pas un mécanisme équivalent à la cession fiduciaire de créance, l'illusion doctrinale doit cesser.

43. Toutefois, si par le plus grand des paradoxes, le juge choisissait de passer sous silence l'adage pluriséculaire « *da mihi factum tibi dabo jus* » et admettait la qualification de cession conditionnelle, il n'est pas certain que le mécanisme soit aussi fonctionnel que ce que laisse entendre une partie de la doctrine¹⁰⁸.

En effet, même à admettre la qualification de cession conditionnelle, la condition suspensive de non remboursement à l'échéance ne constitue-t-elle pas une condition purement potestative qui dépend de la seule volonté du cédant ? Pour le Professeur Dominique Legeais, cela ne fait aucun doute : le cédant pouvant librement choisir de rembourser ou non le crédit consenti, la condition ne peut être que potestative puisqu' « *il dépend de la seule volonté du débiteur de faire naître un droit d'agir contre un tiers au profit du créancier*¹⁰⁹ ». Dès lors, si l'événement dépend seulement du bon plaisir du débiteur, l'obligation devrait être annulée sur le fondement de l'article 1304-2 du code civil qui invalide toute condition potestative.

Reste qu'il n'est pas certain que l'on soit en présence d'une condition absolument potestative. En effet, la doctrine contemporaine s'est attachée à différencier la condition *purement* potestative (« si je le veux ») de celle *simplement* potestative qui porte sur un fait dépendant de la volonté du débiteur mais

¹⁰⁴ FRANÇOIS J. : *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations : régime général*, *op. cit.*, n°227.

¹⁰⁵ LATINA M. : *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse, L.G.D.J, 2009, n°133.

¹⁰⁶ Art 12 du code de procédure civile.

¹⁰⁷ LEGEAIS D. : *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, *préc.*, n°244.

¹⁰⁸ MAZIN Ch. : « Remise d'une créance en garantie d'une dette, nantissement, transport et délégation en garantie », *préc.* ; VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°528 et s.

¹⁰⁹ LEGEAIS D. : *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, *préc.*, n°243.

également de circonstances particulières. Si de nombreux critères de distinction ont été dégagés par les auteurs¹¹⁰, la jurisprudence semble considérer que lorsque la condition est fonction d'événements économiques irrésistibles¹¹¹, elle est simplement potestative et n'entraîne pas, *de jure*, la nullité de l'obligation. En présence d'une condition simplement potestative, seule la mise en œuvre de la condition fait l'objet d'un contrôle judiciaire qui ne vise qu'à sanctionner l'éventuel abus du débiteur. En cas d'abus dans la mise en œuvre de la condition par le débiteur, la condition sera alors réputée accomplie¹¹², ce qui rendra alors le contrat pur et simple. Plutôt que sanctionner *a priori* une condition dont l'événement est aux mains du débiteur, l'article 1304-3 du code civil préfère interdire cette manipulation *a posteriori*, en réputant la condition accomplie. Si l'on transpose ces remarques à l'hypothèse qui nous intéresse, deux remarques s'imposent.

D'abord, la condition suspendant la cession de créances au non remboursement à l'échéance paraît n'être qu'une condition simplement potestative puisqu'elle peut parfaitement dépendre d'événements extérieurs à la volonté du débiteur. Si le débiteur n'a pas remboursé à l'échéance c'est rarement parce qu'il est malhonnête, mais bien souvent parce qu'il se trouve confronté à des événements économiques irrésistibles tels que l'ouverture d'une procédure collective.

Ensuite, si la condition s'avère être simplement potestative alors de deux choses l'une : soit le débiteur ne rembourse pas à l'échéance et la cession de créance conditionnelle a finalement lieu, soit le débiteur rembourse le crédit et anéantit la cession en empêchant la condition de s'accomplir. Dans ce dernier cas, si la condition ne s'est pas réalisée c'est bien du seul fait du débiteur qui, ayant remboursé son emprunt, avait logiquement intérêt à ce que la cession n'ait plus lieu. Mais puisque le débiteur a, dans son seul intérêt, empêché la réalisation de la condition, ne devrait-on pas considérer la condition suspensive comme accomplie en vertu de l'article 1304-3 du code civil ? La solution à laquelle on arrive est pour le moins déroutante. Parce que le débiteur cédant a réglé à temps ce qu'il devait à son créancier, la condition suspensive de non remboursement à l'échéance se trouve défaillie par son seul fait, ce que sanctionne l'article 1304-3 en réputant la condition accomplie. En la réputant accomplie, la cession de créance deviendrait pure et simple et l'on aboutirait alors à un résultat des plus absurdes : alors que le débiteur a remboursé le crédit consenti, il verrait tout de même ses créances cédées. Le créancier aurait par conséquent, et contrairement au proverbe bourbonnais, la mainmise aussi bien sur le lard que sur le cochon¹¹³. La conclusion insensée à laquelle on aboutit démontre une fois encore que la condition suspensive ne saurait être considérée comme un équivalent efficace à la cession fiduciaire de créance.

44. Finalement, les cessions particulières que sont la cession-dation à terme et la cession conditionnelle de créance s'avèrent incapables de remplir, en droit commun, l'office de la cession fiduciaire de créance. Face à ce constat, la question de sa généralisation garde tout son intérêt. Si nous avons d'ores et déjà démontré que l'admission passée d'une cession fiduciaire constituée hors texte relevait bien plus du mythe

¹¹⁰ Voir notamment le double critère dégagé par un éminent auteur, GHESTIN J. : « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », D.1973, p.293, *spéc.* n°22 et 23.

¹¹¹ Cass. 1^{ère} Civ., 16 oct. 2001, n° 00-10.020, *Bull. civ.* I n° 257, p.162 ; *JCP G* 2002, I, 134, n° 4, *obs.* ROCHFELD J.

¹¹² Art. 1304-3 du Code civil.

¹¹³ On peut toutefois tempérer cette affirmation : la défaillance de la condition ne provenant pas en tant que tel de la déloyauté du débiteur, la *ratio legis* de l'article 1304-3 empêchera certainement la jurisprudence d'arriver à un tel résultat.

que de la réalité (*cf. supra* n°22 et s.), reste à déterminer ce qu'il en est en droit positif. Fort malheureusement, la jurisprudence contemporaine refuse fermement de libéraliser l'accès à la cession fiduciaire. Pourtant, ce refus est en tout point contestable, ce qui devrait permettre au plus vite de généraliser le procédé.

Section II : Le refus contestable de la jurisprudence actuelle

45. Par un arrêt de 2006¹¹⁴, confirmé en 2010¹¹⁵, la Cour de cassation s'est opposée à l'utilisation de la cession de créance de droit commun à des fins de garantie. En énonçant qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède à titre de garantie ses droits sur des créances, s'analysait en un nantissement de créance, ces arrêts firent l'effet d'une douche froide. L'*homo juridicus*, bercé par l'illusion doctrinale passée, vit le mythe de l'admission générale de la cession fiduciaire de créance s'écrouler. La solution retenue est cependant fort contestable. Pour la majorité des auteurs d'ailleurs, la généralisation de la cession fiduciaire de créance demeure, à l'heure actuelle, parfaitement envisageable. Rien ne justifie qu'on en doute : les fondements juridiques apparents (§I), comme l'argumentaire politique sous-jacent (§II) des arrêts précités ne sauraient justifier la prise de position de la Haute juridiction.

Paragraphe I : Les fondements juridiques apparents

46. Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 19 décembre 2006 et le 26 mai 2010 concernaient des faits quasiment identiques. Étaient au cœur du litige des cessions de loyers effectuées à titre de garantie dont l'efficacité était contestée face à l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du créancier cédant. Si les deux arrêts donnèrent lieu à une solution identique, à savoir la requalification de la cession fiduciaire en nantissement de créances, les solutions furent rendues au visa de dispositions variées¹¹⁶. Si l'on s'efforce de synthétiser l'ensemble des arguments développés par la Cour pour dénier la possibilité d'effectuer une cession fiduciaire de créance hors texte, deux fondements juridiques apparaissent : l'ancienne prohibition du pacte comissoire (A) et l'existence d'un *numerus clausus* en matière de sûretés réelles (B). Pourtant, après un examen approfondi de ces fondements, aucun ne saurait finalement convaincre.

¹¹⁴ Cass. Com., 19 déc. 2006, *préc.*

¹¹⁵ Cass. Com., 26 mai 2010 n°09-13.388, *Bull. civ. IV* n°94.

¹¹⁶ Alors que l'arrêt du 19 décembre 2006 visait uniquement les articles 2075 et 2078 dans leur rédaction antérieure au 23 mars 2006, l'arrêt du 26 mai 2010 a été rendu au visa des 1690, 2071, 2073 et 2075 du code civil dans leur rédaction antérieure à 2006.

A. L'ancienne prohibition du pacte comissoire

47. Pour s'opposer à la possibilité d'utiliser, en dehors d'un texte spécial, la cession de créance de droit commun à des fins de garantie, l'arrêt du 19 décembre 2006 pris pour appui l'ancien article 2078 du code civil. Avant la réforme du 23 mars 2006, ce texte interdisait à tout créancier le droit de s'attribuer librement la propriété du bien gagé en cas de défaillance du débiteur. Toute clause permettant de s'attribuer conventionnellement la propriété du bien objet de la sûreté, appelée pacte comissoire, était tout autant prohibée. La prohibition du pacte comissoire est, depuis toujours, fondée sur l'idée selon laquelle la réalisation d'une sûreté, quelle qu'elle soit, ne doit jamais être source d'enrichissement pour le créancier. En cas de défaillance du débiteur, le créancier n'a droit qu'à ce qui lui est dû, ni plus, ni moins. Pour reprendre les termes de Pothier, l'interdiction s'avère nécessaire « *pour empêcher les fraudes des usuriers, lesquels trouveraient dans cette clause un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteraient, en prêtant de l'argent sous des gages de valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyaient ne devoir pas être en état de rendre la somme au temps convenu*¹¹⁷ ». Par conséquent, ce n'est pas le fait que le créancier puisse devenir propriétaire du bien objet de la garantie qui fonde la *ratio legis* de cette règle mais plutôt qu'il puisse s'enrichir au détriment de son débiteur. Par cette prohibition on ne cherche finalement qu'à éviter l'exploitation de la misère par la cupidité¹¹⁸.

48. Si cette prohibition n'existe plus en droit positif, la libéralisation de la clause comissoire s'est cependant traduite par la mise en place d'un régime protecteur pour le constituant¹¹⁹. Il reste qu'à l'époque des faits que la Cour de cassation eu à connaître dans ces arrêts de 2006 et 2010, la prohibition du pacte comissoire était encore en vigueur. Dès lors, pour refuser la généralisation de la cession fiduciaire de créance, l'arrêt de 2006 se fonda partiellement sur l'ancien article 2078, siège de l'interdiction. Était-ce justifié ? On peut en douter et ce, pour au moins deux raisons.

49. La première tient à la qualification de l'opération litigieuse. Les faits dont la Cour de cassation avait à connaître portaient sur une opération qualifiée par les parties elle-même de cession de loyer « *à titre de garantie* ». Pourtant, si la loi confère effectivement au juge, par le biais de l'article 12 alinéa 2 du code de procédure civile, le pouvoir de restituer aux faits qu'il a connaître leur exacte qualification, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à tordre l'intention véritable des parties. Or ici, il était certain que les parties avaient entendu conclure non pas un simple nantissement de créance conférant un droit préférentiel mais une véritable cession fiduciaire entraînant attribution de la créance au cessionnaire¹²⁰. Il est dès lors difficile de comprendre en quoi l'ancien article 2078 du code civil, propre au gage, avait vocation à s'application à une sûreté qui était, du fait de la volonté des contractants, d'une nature différente. Dans le gage avec pacte comissoire, le transfert de propriété prohibé par l'ancien article 2078

¹¹⁷ POTHIER R.-J. : *Les traités du droit français*, t.V, H. Tarlier, 1831, n°18.

¹¹⁸ Selon la formule de Berlier rapportée par BAUDRY-LACANTINERIE G. et DE LOYNES P. : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Du nantissement, des privilèges, et hypothèques, et de l'exploitation forcée*, 3e éd., Sirey, 1906, n°124.

¹¹⁹ Ainsi, le code civil actuel précise en son article 2348 que le créancier titulaire d'un pacte comissoire ne peut se voir attribuer le bien qu'après détermination de sa valeur par expert. Il ajoute que lorsque la valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est rendue au débiteur. Par cette exigence, la loi éradique encore une fois tout risque d'enrichissement indu du créancier.

¹²⁰ AYNÈS L. : « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », D.2006, p.961, *spéc.* n°4.

est postérieur à la défaillance du constituant, dans la cession fiduciaire, la transmission de la créance s'opère *ab initio*. La cession de créance n'étant pas un gage assorti d'un pacte commissaire, la jurisprudence n'était donc pas fondée à lui en appliquer le régime. Les fondements de la solution de 2006 se trouvent donc d'ores et déjà ébranlés. Mais il y a plus grave encore.

50. En effet, même à considérer que, par « *un coup de baguette magique*¹²¹ », le carrosse (la cession) se soit transformé en citrouille (en gage) l'ancienne prohibition du pacte commissaire ne saurait justifier la solution retenue par la jurisprudence.

On le sait, la *ratio legis* de cette règle vise à lutter contre la spoliation du constituant et neutralise tout enrichissement indu du créancier. Mais lorsque la nature du bien nanti écarte tout risque d'enrichissement, rien ne justifie plus le maintien de la prohibition. Ainsi, lorsque l'assiette de la sûreté porte sur un bien dont la valeur est déjà déterminée, le débiteur est, d'une certaine façon, d'ores et déjà protégé par cette détermination. La prohibition du pacte commissaire n'a alors plus vocation à s'appliquer. Lorsque la valeur du bien est déterminé, l'ajustement s'opère automatiquement entre ce qui est dû au créancier et ce que le pacte commissaire lui permet de recevoir¹²², la prohibition du pacte n'a plus lieu d'être. En d'autres termes, il faut voir dans l'ancienne interdiction du pacte commissaire une prohibition à double vitesse, fonction de la possibilité ou non de déterminer l'assiette de la sûreté. Lorsque l'évaluation des biens pose problème, la prohibition prend tout sens et permet de contrer l'hypothétique malhonnêteté du créancier. *A contrario*, lorsque la détermination des biens est chose aisée, le débiteur ne risque aucune spoliation et l'interdiction ne se justifie plus¹²³.

La jurisprudence l'a d'ailleurs parfaitement compris puisque, à de nombreuses reprises, les juges décidèrent d'écarter la prohibition en présence d'un pacte commissaire portant sur un bien dont la valeur était parfaitement déterminée. Il en a été ainsi pour des gages sur somme d'argent¹²⁴. Pourquoi devrait-il alors en être autrement en présence d'une créance monétaire ? Rien ne le justifie.

51. Par conséquent l'ancienne prohibition du pacte commissaire ne saurait fonder, en droit, la solution retenue par la Chambre commerciale le 19 décembre 2006¹²⁵. Ce fondement saurait d'autant moins être réutilisé aujourd'hui, l'ancien article 2078 n'ayant pas survécu à l'ordonnance du 23 mars 2006. Pour s'opposer à la généralisation de la cession fiduciaire, l'argument suivant lequel il existerait un *numerus clausus* des sûretés réelles s'avère-t-il plus convaincant ? Il est permis d'en douter.

¹²¹ MARRAUD DES GROTTES G. : « La qualification de nantissement de créance passée par pertes et fracas ! », *obs. sous* Cass Com. 26 mai 2010, *RLDC juill.-août 2007*, p. 34 et s., *spéc.* p. 39.

¹²² THÉRY Ph. : « Droit des sûretés et voies d'exécution », *obs. sous* Cass. Com., 19 déc. 2006, *Rép. Def.* n°4, 2008, p. 414.

¹²³ CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, L.G.D.J, 1995, n°504 ; WIEDERKEHR G. : « Pacte commissaire et sûretés conventionnelles » in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit d'Aix Marseille, 1974, p.661 et s., *spéc.* p.668.

¹²⁴ T. Com. Paris, 8 oct. 1990, *RDB* 1991 n°25 p.96 *obs.* CREDOT F.J. et GERARD Y. ; CA Paris, 4 mai 1993, *RTD Com.* 1993 p.554 *obs.* CABRILLAC M. et TESSYÉ B. ; Cass. Com., 9 avril 1996 n°93-17.370, *Bull. civ.* IV n°116, p.99.

¹²⁵ La Cour de cassation en a d'ailleurs parfaitement pris conscience puisque l'ancien article 2078 du code civil n'est pas apparu dans le visa de l'arrêt du 26 mai 2010.

B. L'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles

52. Le second fondement sur lequel prend principalement appui l'arrêt du 19 décembre 2006 paraît être l'existence d'un *numerus clausus* en matière de sûreté réelle. En effet, en affirmant « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède (...) à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance », la Cour de cassation soutient que seule la loi est en mesure d'avantager les intérêts d'un créancier au détriment des autres. En dehors des sûretés créées par la loi, le créancier ne peut se voir attribuer un droit préférentiel. La cession fiduciaire de créance de droit commun n'étant consacrée par aucun texte, le créancier ne pouvait se voir reconnaître la qualité de cessionnaire. L'idée n'est pas nouvelle, reste à voir si elle est justifiée.

53. Très tôt, l'idée selon laquelle il existerait un *numerus clausus* en matière de sûreté réelle a été affirmée par la doctrine¹²⁶. D'après certains auteurs, la sûreté n'étant pas un instrument contractuel comme les autres, elle ne peut être constituée en dehors du cadre tracé par la loi.

Par définition, la planète contractuelle est dominée par un principe d'autonomie de la volonté et de liberté. Cette liberté trouve son explication au sein de l'actuel article 1999 du code civil¹²⁷ qui pose le principe d'effet relatif du contrat. Suivant ce principe, Le contrat ne nuit pas aux tiers ou ne le fait que *par incident*. De ce fait, les contractants sont titulaires de la liberté d'action la plus large possible, celle-ci ne se trouvant limitée que par exception.

Au contraire, les sûretés conventionnelles évoluent sur une planète bien distincte. Sur celle-ci, le principe et l'exception sont renversés. Ici, le contrat nuit *par nature* aux intérêts des tiers. En accordant un droit préférentiel à un créancier, la sûreté aggrave la situation des autres. L'attribution d'une sûreté à l'un des créanciers se fait au détriment des autres et brise alors le principe de répartition égalitaire des actifs du débiteur entre ses différents créanciers posé par l'article 2285 du code civil. Pour éviter une remise en cause systématique de cette égalité, la liberté contractuelle se trouve, *de jure*, neutralisée. Ce n'est que par exception, lorsque la loi l'admet et reconnaît expressément l'existence de « *causes légitime de préférence*¹²⁸ », qu'un créancier peut se trouver favorisé aux dépens des autres. À elle seule, la liberté des parties ne peut porter atteinte à la règle d'ordre public d'égalité des créanciers¹²⁹. La sûreté n'est valable qu'après avoir reçu la bénédiction de la loi.

54. Transposée à notre hypothèse, la reconnaissance d'un *numerus clausus* en matière de sûretés réelles paraît constituer un fondement suffisant pour justifier la solution retenue par la Cour de cassation depuis 2006. L'existence d'un *numerus clausus* empêcherait, légitimement, la jurisprudence de reconnaître la validité d'une cession fiduciaire « hors texte ». Conclure ainsi, reviendrait pourtant à oublier la spécificité de la cession fiduciaire de créance. Comme son nom l'indique, la cession fiduciaire est un mécanisme translatif. Or, pour certains auteurs, le *numerus clausus* n'a pas vocation à s'appliquer en présence d'une sûreté-propriété. Deux séries d'arguments viennent au soutien de cette analyse.

¹²⁶ Voir notamment BAUDRY-LACANTINERIE G. et DE LOYNES P. : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Du nantissement, des privilèges, et hypothèques, et de l'exploitation forcée*, op. cit., n°256 ; THÉRY Ph : *Sûretés et publicité foncière*, 2e éd., PUF, 1998, n°117 bis.

¹²⁷ Art. 1165 ancien du code civil.

¹²⁸ Art. 2285 du code civil.

¹²⁹ Cass. Req., 18 mai 1931, GAJC, n°283 ; Cass. Soc., 30 nov. 1951, D.1952, 121, note VOIRIN P.

55. La première série d'arguments a été développée par le Professeur Pierre Crocq dans sa thèse. D'après cet éminent Professeur, le *numerus clausus* des sûretés réelles ne saurait s'appliquer à la propriété-garantie puisque l'article 2285 ne réglemente que la création de droits préférentiels et n'a vocation à s'appliquer qu'en présence de concours entre différents créanciers. Or, les propriétés-sûretés et notamment la cession fiduciaire de créance, n'entraînent aucun concours entre les créanciers. Une fois le transfert opéré, la créance ne figure plus dans le patrimoine du débiteur. Le bien objet de la garantie étant sorti de son patrimoine, il ne saurait y avoir concours. Autrement dit, en présence de sûretés-propriété, aucun droit préférentiel n'est créé, seule une situation d'exclusivité naît. Par conséquent, en l'absence de création d'un droit préférentiel, l'ensemble des sûretés-propriétés ne saurait tomber sous le joug du *numerus clausus* des sûretés réelles¹³⁰.

Si ce développement est séduisant, on a toutefois du mal à comprendre pourquoi la prohibition des droits préférentiels innommés ne trouverait pas à s'appliquer en présence d'un droit exclusif. Après tout, un droit exclusif ne semble être rien d'autre que le droit de préférence le plus absolu qui soit. Le droit de propriété n'est-il pas une *cause exclusive de préférence* ? Comme d'autres l'ont souligné avant nous, « *il n'y a rien de plus préférentiel que de dispenser totalement un créancier de la loi du concours*¹³¹ ». Cet argumentaire ne paraît donc pas de nature à exclure le jeu du *numerus clausus* pour fonder la prohibition de la cession fiduciaire de créance.

56. Une autre série d'arguments fonde l'exclusion du jeu du *numerus clausus* sur la définition même du droit de propriété. À suivre le principe de liberté contractuelle et l'article 544 du code civil, le propriétaire a la faculté de disposer de ses biens comme il l'entend. Le propriétaire disposant des prérogatives les plus absolues sur sa chose, rien ne saurait s'opposer à ce qu'il puisse l'utiliser à des fins de sûreté. Ce faisant, le propriétaire n'utiliserait que de l'un des nombreux pouvoirs qu'il détient. Utiliser le bien à titre de garantie reviendrait simplement, non pas à créer une nouvelle sûreté, mais à solliciter un mécanisme préexistant à une fin différente. Après tout « *si la propriété est la somme des utilités que peut présenter un bien, au nom de quel principe contesterait-on son usage à des fins de garantie ?*¹³² ». Le *numerus clausus* ne trouverait donc pas à s'appliquer aux propriétés garanties. Pourtant, là encore, ce raisonnement peut être discuté.

Si, en théorie, la planète contractuelle est dominée par un principe de liberté contrebalancé par l'effet relatif des conventions, il en est tout autrement en présence de sûretés conventionnelles. Dans cette hypothèse, *la liberté nuisant par nature aux tiers* (cf. *supra* n°53), seule la loi est apte à porter atteinte à l'égalité de principe des créanciers. Or, lorsque la propriété est utilisée à des fins de garantie, elle fait sortir un élément du patrimoine du débiteur et n'a d'autre but que d'avantager un créancier au détriment des autres¹³³. Le résultat étant économiquement similaire à celui obtenu en cas de création conventionnelle d'une cause de préférence, tout semble justifier l'application du *numerus clausus* en présence d'une sûreté propriété sans assise légale. Par conséquent, à la question « au nom de quel principe l'utilisation de la

¹³⁰ CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, *préc.*, n°252 et s.

¹³¹ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°157.

¹³² THÉRY Ph. : *Sûretés et publicité foncière*, *op. cit.*, n°326.

¹³³ GIJSBERS Ch. : *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, Economica, 2015, n°362.

propriété à des fins de garantie peut être contestée ? », il peut être répondu « la raison d'être de l'article 2285 du code civil ».

Force est donc de constater que, théoriquement du moins, l'existence d'un *numerus clausus* peut être de nature à justifier la prise de position jurisprudentielle à l'égard de la cession fiduciaire de créance¹³⁴.

57. En pratique cependant, l'argument ne tient pas. En effet, la jurisprudence n'ayant eu de cesse de réduire le principe de *numerus clausus* à une peau de chagrin, brandir ce même principe pour refuser la généralisation de la cession fiduciaire paraît pour le moins hypocrite. En effet, si ce principe était véritablement respecté, comment expliquer le développement hors du cadre légal des dépôts de garanties, des transferts de propriété opérés par le biais des gages espèces¹³⁵, des sûretés fiduciaires sauvages en matière bancaire¹³⁶, ou encore l'admission jurisprudentielle du chèque de garantie¹³⁷? Après toutes ces brèches ouvertes par la jurisprudence, le *numerus clausus* n'apparaît plus que comme une sorte de tonneau des Danaïdes. En pratique, ce principe ne justifie donc en rien le refus jurisprudentiel quant à la possibilité de généraliser la cession fiduciaire de créance.

58. Finalement, l'ancienne prohibition du pacte commissoire, comme l'existence d'un *numerus clausus* en matière de sûretés réelles, sont impuissants à fonder juridiquement la solution retenue le 19 décembre 2006 et réaffirmée le 26 mai 2010. On est dès lors obligé de conclure, qu'en droit, rien ne s'oppose à la généralisation de la cession fiduciaire en droit commun. Il reste toutefois à rechercher si, derrière ses fondements juridiques apparents et bancaires, il n'est pas possible de trouver un fondement politique sous-jacent à cette prise de position jurisprudentielle.

Paragraphe II : Le fondement politique sous-jacent

59. Certains auteurs¹³⁸, se montrèrent plus compréhensifs que d'autres envers la solution retenue par la Cour de cassation. Celle-ci serait en vérité motivée par des raisons d'ordre politique. Il convient de le vérifier.

¹³⁴ En ce sens, voir également GISBERS Ch. : *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, *préc.*, n°364.

¹³⁵ Dont l'intérêt a encore été rappelé récemment (Cass. Com. 6 fév. 2007 *préc.*). Comme le souligne une partie de la doctrine, la validité du gage espèce et sa pleine efficacité témoigne de l'admission jurisprudentielle d'une cession fiduciaire hors texte (CROCQ P. : « La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte ! », *préc.*).

¹³⁶ On ne compte plus le nombre de garanties fiduciaires sur créance qui sont le fruit de la pratique bancaire. On peut citer, à titre d'exemple, l'endossement translatif d'effet de commerce à des fins de sûretés, qui vise à combler les inconvénients liés à l'endossement pignoratif (VASSEUR M. : « La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger », *préc.*) et l'aval en pension, opération générale par laquelle une banque consent un crédit à court terme un second établissement de crédit qui, pour le garantir, lui remet en pleine propriété des valeurs, des effets de commerce ou des titres financiers (WITZ Cl. : *La fiducie en droit privé français*, thèse, *préc.*, n°188 et 189 ; CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, *préc.*, n°40). L'aval en pension a par suite reçu le sacre de la loi (loi n°93-1444 du 31 déc. 1993) et est aujourd'hui réglementé aux articles L.211-27 et s. du code monétaire et financier.

¹³⁷ La validité du chèque de garantie a été définitivement reconnue par un arrêt du 12 janvier 1993 (Cass. Com., 12 janv. 1993 n°90-17.015, *Bull. civ. IV* n°3, p.2). Son efficacité ainsi que la faveur que la jurisprudence témoigne à son égard ne sont plus à démontrer (Voir en dernier lieu : Cass. Com., 22 sept 2015 n°14-17.901, *obs.* JULIENNE M., *RDC* n°4, déc. 2016, p.678).

¹³⁸ Voir notamment LEGEAIS D. : « La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance », *obs. sous* Cass. Com., 19 déc. 2006, *JCP G*, 2007, II, 10 067.

60. D'après un premier courant de pensée, en prohibant le recours à la cession fiduciaire « hors texte », les juges n'auraient eu d'autre but que de protéger la pérennité des sûretés traditionnelles. Le nantissement de créance ayant été toiletté par le législateur six mois avant l'arrêt du 19 décembre 2006, reconnaître la validité de la cession de créance de droit commun à titre de garantie aurait eu pour conséquence de tuer dans l'œuf ce nouveau nantissement. Afin de ne pas faire de cette sûreté un procédé « mort-né » la Cour de cassation aurait alors sacrifié l'efficacité de la cession fiduciaire.

On peut cependant rester sceptique face à cette première explication extra-juridique. En effet, le législateur ne semble pas s'être embarrassé de ce genre de considérations lorsqu'il consacra, aux côtés du nantissement Dailly (qui resta quasiment lettre morte), la possibilité d'opérer une cession fiduciaire de créances professionnelles. Il n'a pas non plus paru se soucier de l'avenir des sûretés traditionnelles lorsqu'il introduisit, en 2007, la fiducie-sûreté au sein du code civil.

61. Est-ce alors la séparation des pouvoirs entre juge et législateur qui fonde la solution retenue ? D'après cette analyse, les magistrats auraient tout bonnement refusé de reconnaître la possibilité de réaliser une cession fiduciaire en droit commun afin de ne pas empiéter sur les prérogatives du législateur qui, au même moment, travaillait sur l'introduction de la fiducie en droit commun.

Là encore, on peut douter qu'un tel argument soit à même de justifier la position retenue. La Cour de cassation n'a en effet pas hésité à réitérer sa solution de 2006 dans un arrêt rendu le 26 mai 2010, soit bien après l'entrée en vigueur de la fiducie en droit commun¹³⁹. Le travail du législateur achevé à cette date, rien ne justifiait plus la frilosité de la jurisprudence quant à la possibilité de généraliser la cession fiduciaire de créance. Pourquoi alors continuer à refuser sa validité ?

62. Pour trouver une justification acceptable, il semble nécessaire d'analyser le raisonnement sous l'angle des procédures collectives et des finalités qu'elles poursuivent. Au cours de ce dernier demi-siècle, celles-ci ont subi de profondes mutations.

La logique antérieure à la loi du 25 janvier 1985¹⁴⁰ visait avant tout à satisfaire les dispensateurs de crédits. À l'origine, la procédure n'était qu'un outil d'apurement du passif. Elle visait à privilégier les intérêts des créanciers et à sanctionner le débiteur, premier responsable de ses maux.

Postérieurement, le législateur n'eut de cesse de faire du sauvetage de l'entreprise l'objectif essentiel des procédures collectives. Dès 1985, la procédure vise donc d'abord à redresser l'entreprise, à traiter les difficultés et à sauvegarder l'emploi, puis dans un second temps et dans un second temps seulement, à en apurer le passif¹⁴¹. Depuis lors, le législateur semble être parti à la recherche du Graal : le précieux équilibre entre les différents intérêts représentés. Or, qui dit équilibre dit protection du débiteur et donc,

¹³⁹ Cass. Com., 26 mai 2010 n°09-13.388, *préc.* Dans cet arrêt la Cour de cassation avait toutefois à connaître de faits antérieurs à l'introduction de la fiducie. Pour autant, elle aurait parfaitement pu opérer un revirement en prenant en compte, par anticipation, le changement de législation. Elle s'est d'ailleurs adonnée à ce genre de pirouette juridique dans plusieurs arrêts récents (Cass. Ch. Mixte., 24 fév. 2017 n°15-20.411, *À paraître* ; Cass. 1^{ère} Civ., 20 sept. 2017 n°16-12.906, *À paraître*).

¹⁴⁰ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

¹⁴¹ La hiérarchisation des priorités énumérées par l'article 1^{er} de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 témoigne parfaitement de cette évolution : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ».*

nécessité de se montrer sévère à l'égard de créanciers qui tenteraient de s'extirper des sentiers de la loi. Il est cependant bien difficile pour le législateur de neutraliser, en amont, l'ensemble des ingénieux montages que la pratique ne manque pas de créer.

Pour l'épauler dans cette lourde tâche, La Cour de cassation fut donc contrainte de changer de paradigme. S'il est exact que, par le passé, elle n'hésita pas à faire preuve d'indulgence à l'égard de créanciers qui ne tenaient pas directement leur droit de la loi, en consacrant par exemple l'existence d'un droit de rétention général à partir de textes épars¹⁴², cela s'expliquait par la finalité de la procédure collective qui, dans les années 1960, ne visait qu'à apurer le passif. Au contraire, lorsque le sauvetage de l'entreprise est devenu le principal objectif du législateur, la Cour de cassation se montra bien moins indulgente envers les créanciers ignorés par la loi. Le sort des créanciers bénéficiant d'une réserve de propriété en témoigne parfaitement : si les magistrats n'ont jamais contesté la validité des clauses de réserve de propriété, ils en neutralisèrent toutefois l'efficacité en présence d'une procédure collective et il fallut attendre l'intervention de la loi du 12 mai 1980¹⁴³ pour rendre cette pratique opposable à la masse des créanciers.

Cette même idée semble pouvoir expliquer la solution jurisprudentielle retenue en matière de cession fiduciaire de créance. L'élémentaire besoin de cohérence entre la finalité de protection du débiteur en faillite poursuivie par le législateur et les mesures concrètes d'application expliquerait pourquoi la jurisprudence refuse de consacrer une cession fiduciaire hors texte. Malgré l'absence de fondements juridiques satisfaisants (*cf. supra* n°46 et s.) le refus de généralisation s'expliquerait donc à la lumière de l'esprit qui guide aujourd'hui le droit de la faillite. Pour sauvegarder l'équilibre voulu par la loi, la Cour de cassation dénie donc toute validité à la cession fiduciaire de créance et la requalifie systématiquement en nantissement afin d'en neutraliser les effets¹⁴⁴.

63. Pour autant, si cette solution jurisprudentielle n'est pas dénuée de tout fondement politique sous-jacent, on a bien du mal à en comprendre les conséquences pratiques. On l'a dit, lorsque la clause de réserve de propriété n'était pas reconnue par la loi, la Cour de cassation n'en contesta pas la validité, elle en neutralisa simplement les effets. Pourquoi avoir raisonné différemment face à une cession de créance fiduciaire ? En neutraliser les effets en présence d'une procédure collective suffisait amplement, nul besoin d'aller jusqu'à en nier la validité même. Si la Cour de cassation était politiquement –plus que juridiquement– fondée à priver d'effets une cession fiduciaire constituée en dehors de toute disposition spéciale, elle n'avait aucun droit de tordre la volonté des parties en qualifiant le cessionnaire de simple créancier nanti. Autrement dit, seule la neutralisation de l'opération en présence d'une procédure collective se justifiait politiquement, non sa prohibition totale. Ainsi et comme l'avait parfaitement pressenti le Professeur Laurent Aynès cinq années avant le désastre jurisprudentiel de 2006 : « *En réalité, ce n'est pas la validité même de la cession fiduciaire de créances en droit commun mais sa mise en œuvre qui pourrait nécessiter l'intervention de la loi : afin de simplifier les formalités d'opposabilité de la cession*

¹⁴² Cass. Com., 19 fév. 1958, *Bull. civ.* IV n° 82 ; Cass. 1^{ère} Civ., 17 juin 1969, *Bull. civ.* I, n°233.

¹⁴³ Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente.

¹⁴⁴ Pour l'analyse des effets du nantissement, *cf. infra* n°72 et s.

et d'en définir le régime, dans la procédure collective du cédant¹⁴⁵ ». Le fondement politique des arrêts fait donc finalement défaut lui aussi.

64. Finalement, si les prétendus fondements, tant juridiques que politiques, des arrêts du 19 décembre 2006 et du 26 mai 2010 s'avèrent contestables, force est de conclure que la généralisation de la cession fiduciaire de créance en droit commun reste en tout point possible. Avant d'inciter le législateur à corriger cette jurisprudence, encore faut-il démontrer que cette généralisation, en plus d'être possible, est également opportune.

Chapitre II : Une généralisation opportune

65. Pour démontrer qu'en plus d'être possible, la généralisation de la cession fiduciaire de créance en droit commun est utile sur le plan juridique, nous tâcherons de souligner les faiblesses de l'ensemble des garanties sur créance qui tentent, en droit positif, de remplir le rôle d'ersatz de la cession de créance fiduciaire. Pour ce faire, il faudra s'attarder d'abord sur les faiblesses des garanties sur créance non translatives de propriété (Section I) avant d'examiner ensuite celles des garanties translatives (Section II).

Section I : Les faiblesses des garanties sur créance non translatives de propriété

66. Avant d'examiner les garanties sur créance translatives de propriété, il convient de souligner les forces mais surtout les faiblesses de celles qui n'entraînent pas le transfert de la qualité de créancier au bénéficiaire de la sûreté. Nous tâcherons donc de démontrer que si la délégation de débiteur est d'une efficacité redoutable, ses conditions de formations sont trop handicapantes (§I) et qu'après une analyse poussée du nantissement de créance, il est possible de douter de l'efficacité réelle du mécanisme (§II).

Paragraphe I : La délégation de débiteur

67. La délégation se définit comme une opération juridique par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur¹⁴⁶. Véritable « *bonne à tout faire du droit des obligations*¹⁴⁷ », les praticiens se saisirent très vite de ce mécanisme afin d'éviter les inconvénients liés au gage immobilier¹⁴⁸ tout en s'attribuant, à titre de garantie, les loyers d'immeubles détenus par leurs débiteurs. Ce procédé, couramment appelé « délégation

¹⁴⁵ AYNÈS L. : « Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », *préc.*, n°14.

¹⁴⁶ Art. 1336 du code civil.

¹⁴⁷ THÉRY Ph. : *Cours Magistral de Master II, Activité des Entreprises*, Université Panthéon Assas, 2017-2018.

¹⁴⁸ En vertu de l'article 2389 du code civil, le créancier bénéficiaire du gage est tenu, à peine de déchéance de sa sûreté, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble. Ces lourdes obligations sont évidemment de nature à détourner de cette sûreté bon nombres de dispensateurs de crédit.

de loyer » ne dissimule rien d'autre qu'une délégation de débiteur qui, **économiquement**, remplit un rôle identique à celui d'une cession de droit de créance à titre de garantie, ce qui justifie donc son étude dans le présent paragraphe.

Le mécanisme est le suivant : au lieu de céder à titre de garantie l'une de ses créances de loyer, le cédant, alors appelé délégant, délègue à son créancier, délégataire, son débiteur locataire, appelé délégué. On parle alors de délégation de débiteur. Néanmoins, toute délégation de débiteur ne remplit pas nécessairement le rôle de garantie et encore moins de sûreté¹⁴⁹. Pour qu'il en soit ainsi, il faut d'abord que la délégation soit imparfaite¹⁵⁰, autrement dit qu'elle laisse subsister le lien d'obligation qui unit le délégant au délégataire, de sorte que ce dernier dispose de deux débiteurs, comme en présence d'une cession fiduciaire de créance.

68. Le mécanisme de la cession de créance et celui de la délégation reposent toutefois sur une logiquement fondamentalement différente. La délégation, contrairement à la cession fiduciaire, n'est pas un mécanisme translatif. Elle ne fait que créer une obligation nouvelle à la charge d'un second débiteur¹⁵¹. Si l'opération intellectuelle n'est pas la même au sein des deux opérations, il est indéniable qu'elles reviennent toutes deux à un résultat économiquement identique : une valeur est transmise du patrimoine du délégant vers celui du délégataire et, comme en matière de cession fiduciaire, le délégant perd temporairement ses droits sur sa créance, tandis que le délégataire profite seul de la valeur qu'elle représente¹⁵².

69. Sur certains aspects, la délégation de débiteur s'avère même être plus efficace qu'une cession fiduciaire de créance. En effet, la délégation est tout d'abord opposable aux tiers dès sa constitution¹⁵³ et ce sans aucune formalité légale particulière, contrairement à la cession fiduciaire qui n'est opposable au débiteur cédé qu'une fois celle-ci notifiée ou actée¹⁵⁴. Ensuite, parce que la délégation fait naître un engagement indépendant de celui liant déléguant et délégataire, le principe est celui de l'inopposabilité des exceptions, sauf dispositions contraires¹⁵⁵, ce qui a de quoi rendre jaloux tout créancier cessionnaire¹⁵⁶.

70. Pour autant, recourir à la délégation n'est pas sans inconvénients. Toute délégation supposant l'accord du délégué¹⁵⁷, recourir à des délégations de « masse » pour mobiliser des flux importants de créances est inenvisageable. De surcroît, les créanciers étant de plus en plus prévoyants, ils exigent bien

¹⁴⁹ Sur la distinction des différentes délégations envisageables et la distinction entre délégation garantie et délégation sûreté, voir notamment : AYNES L. et CROCCO P. *Les sûretés, la publicité foncière*, 11^e éd., L.G.D.J., 2017, n°323 et s.

¹⁵⁰ Encore appelée « délégation simple » par certains auteurs qui préfèrent les qualificatifs de délégation simple et novatoire à ceux de délégation imparfaite et parfaite (SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph. : *Les sûretés, la publicité foncière*, 7^e éd., Dalloz, 2016, n°356).

¹⁵¹ Art. 1336 du code civil.

¹⁵² Cass. Com., 16 avr. 1996 n°94-14.618, *Bull. civ. IV* n°120, p.102 : « ni le délégant ni ses créanciers ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger paiement ». Cette solution est aujourd'hui codifiée à l'article 1339 du code civil.

¹⁵³ Cass. Com., 29 avr. 2002 n°99-15.072, *Bull. civ. IV* n° 72, p.77.

¹⁵⁴ Art. 1324 du code civil.

¹⁵⁵ Art. 1336 al.2 du code civil.

¹⁵⁶ Ou du moins ceux bénéficiaires d'une cession non acceptée par le débiteur cédé (cf. *infra* n°193 et s.).

¹⁵⁷ Contrairement à ce qu'a pu laisser penser un arrêt du 7 octobre 2005 (cf. *supra* n°27), l'article 1336 alinéa 1 du code civil conditionne la validité de la délégation à l'existence du triple consentement du déléguant, de délégataire et du délégué.

souvent la constitution de sûreté sur des biens à venir. Or, si la validité de la délégation n'est pas conditionnée à l'existence actuelle d'une créance du délégué contre le délégant¹⁵⁸, en pratique, il est difficilement concevable de recourir à ce mécanisme en présence de créances éventuelles. En effet, pouvoir mettre en place une telle délégation supposerait d'abord que le délégant soit en mesure de connaître l'identité exacte de ses futurs débiteurs¹⁵⁹ mais également qu'il réussisse à convaincre ces derniers de s'engager pour des dettes... qu'ils n'ont pas encore contractées. Enfin, parce que la délégation crée un rapport de droit nouveau, elle ne permet pas, contrairement à la cession fiduciaire d'une créance de loyer, de transmettre les accessoires attachés à cette créance et notamment les sûretés qui en assurent le règlement.

On le voit, il est bien difficile pour un mécanisme qui naît presque systématiquement de rapports de droit antérieurs et qui repose sur le consentement de tous, de remplir les fonctions de la cession fiduciaire de créance, institution au sein de laquelle les parties à la cession raisonnent bien souvent à huis clos, en se penchant plus sur l'avenir que sur le passé.

71. Dès lors, malgré les avantages indéniables dont la délégation de débiteur est dotée, le procédé s'avère incapable de répondre aux besoins actuels des dispensateurs de crédit (souplesse des procédés recherchés, mobilisation facilitée de flux de créances, possible constitution de sûretés portant sur des créances dont les débiteurs ne sont pas encore identifiés...) alors que la cession fiduciaire de créance, s'il elle était généralisée, pourrait parfaitement satisfaire ces mêmes besoins. Généraliser le procédé paraît donc fort opportun, sauf à considérer que le nantissement de créance de droit commun remplit d'ores et déjà le rôle de la cession fiduciaire, ce dont on peut légitimement douter.

Paragraphe II : Le nantissement de créance

72. A l'heure actuelle, la quasi-totalité de la doctrine voit le nantissement comme une sûreté palliant efficacement l'illicéité de la cession fiduciaire hors texte. À suivre ce courant de pensée, consacrer en droit commun la cession de créance à titre de garantie n'aurait, à l'heure actuelle, aucun intérêt¹⁶⁰. Pourtant, si en apparence le nantissement paraît parfaitement remplir le rôle d'ersatz de la cession fiduciaire de créance (A), l'examen approfondi des propositions doctrinales et jurisprudentielles fait naître un véritable doute quant à l'efficacité réelle du mécanisme (B).

¹⁵⁸ Cass. Com., 21 juin 1994 n°91-19.281, *Bull. civ.* IV n°225, p.176.

¹⁵⁹ Ce qui est rare mais parfois possible, notamment dans l'hypothèse d'un immeuble destiné à la location où l'emprunteur s'engage à faire souscrire une délégation, au profit de son créancier, à tous les preneurs se présentant à lui (JULIENNE M. : « Le nantissement de créance, un outil efficace ? » in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, *op. cit.*, p.134 et s., n°17). Il faudra encore que ces derniers acceptent cette délégation, ce que l'emprunteur ne pourra garantir.

¹⁶⁰ Voir notamment, BORGAN : « La concurrence des fiducies-sûretés », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, *op. cit.*, *spéc.* n°21.

A. L'efficacité apparente

73. Le législateur est très longtemps resté frileux à l'idée de construire un régime véritablement propre au nantissement de créance. Ainsi, jusqu'à la réforme du 23 mars 2006, le régime du nantissement était largement assimilé à celui du gage de meuble corporel, le législateur n'ayant jamais vraiment pris en considération les modalités spécifiques attachées à la réalisation d'une telle sûreté. Par conséquent, la sûreté était bien souvent présentée comme **lourde et inefficace**¹⁶¹.

Lourde, parce que pour être valable, la sûreté devait d'abord faire l'objet d'une signification par acte d'huissier au débiteur nanti ou être acceptée par ce dernier via un acte authentique¹⁶². Ensuite, parce qu'un gage n'était valable qu'une fois le débiteur dépossédé du bien donné en garantie, le constituant du nantissement devait également remettre à son créancier le titre constatant la créance nantie¹⁶³. Cette dernière exigence, en ce qu'elle effectuait une confusion critiquable entre *instrumentum* et *negotium*¹⁶⁴ fut par suite tempérée¹⁶⁵ : lorsque la *traditio* était impossible, notamment en présence de créances futures, la dépossession n'était pas exigée *ad validitatem*. Mais même avec cet assouplissement, la sûreté demeurait bien plus lourde que le procédé prévu en matière Dailly (*cf. infra* n°95 et s.).

La sûreté s'avérait également **inefficace** du fait de sa soumission aux dispositions du gage de droit commun¹⁶⁶. En effet, avant l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, le pacte commissaire était prohibé en matière de gage¹⁶⁷. Le bénéficiaire d'un nantissement devait donc nécessairement se faire attribuer en justice la créance nantie et se voyait par conséquent primé, en présence de titulaire de droits concurrents, par les nombreux autres créanciers privilégiés¹⁶⁸. Dès lors, nombreux étaient les auteurs pour qui le nantissement n'était qu'une « *médiocre sûreté ; son efficacité n'est ni certaine, ni totale, spécialement face aux prétentions du fisc et des autres créanciers privilégiés*¹⁶⁹ ».

74. Conscient de ces défauts, les rédacteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006 se saisirent de l'occasion pour donner au nantissement l'efficacité qu'il n'avait jamais reçue, la jeunesse qu'il n'avait jamais eue. Pourtant, à la lecture des textes, le nantissement paraît avoir fait sa crise d'adolescence bien avant l'heure. En effet, si le code civil prévoit dorénavant le sort de la créance nantie quelle que soit son échéance¹⁷⁰, rien n'est dit sur la teneur exacte du droit que le nantissement confère au créancier nanti. Est-il titulaire

¹⁶¹ MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F. : *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par PICOD Y., 7e éd., Montchrestien, 1999, n°91-2.

¹⁶² Art. 2075 anc. du Code civil. Cette exigence était d'ailleurs posée *ad validitatem* puisque la jurisprudence n'appréciait la validité du nantissement qu'au jour de sa signification (Cass. Com., 28 janv. 1997 n°94-20.554, *Bull. civ.* IV n°35, p.31).

¹⁶³ Cass. Req., 11 juin 1846, DP. 1846, I, p.252.

¹⁶⁴ CROCQ P. : *Rép. Nantissement de créance*, Lamy Droit des sûretés, 2017, n°261-21.

¹⁶⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 10 mai 1983, n°81-11.705 et 81-12.410, *Bull. civ.* I n°141, p.122.

¹⁶⁶ AYNÈS L. : « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie » ; *Dr. et patrimoine*, sept. 2007, n°162, p.66.

¹⁶⁷ Art. 2078 anc. du code civil.

¹⁶⁸ Certains auteurs considéraient cependant que le créancier pouvait être analysé le comme titulaire d'un mandat de recouvrement lui permettant de conserver les sommes ainsi recouvrées en cas de défaillance du constituant (AYNÈS L. : « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *préc.*, p.66).

¹⁶⁹ VASSEUR M. : « La cession de créance à titre de garantie (Loi n°78-13 du 4 janvier 1978) », *préc., spéc.* n°3.

¹⁷⁰ Art. 2364 et 2365 du code civil.

d'un simple droit de préférence ? D'un droit exclusif au paiement ? De la titularité de la créance ? La loi est muette sur ce point : l'article 2355 du Code civil se contente simplement de définir le nantissement comme « *l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel...* », sans faire la moindre allusion à un quelconque droit de préférence. Ce silence s'explique certainement par la crainte des rédacteurs, qui redoutaient, non sans une certaine légitimité, la neutralisation d'un nantissement de créance qui aurait été jugé trop efficace en présence d'une procédure collective¹⁷¹.

75. C'est donc à la doctrine qu'est revenue, *a posteriori*, la tâche de déterminer les effets exacts du nantissement. Pour ce faire, les commentateurs de la réforme se basèrent principalement sur les termes de l'article 2363 alinéa 1^{er} du Code civil. Cette disposition prévoit qu'après notification du nantissement au débiteur nanti, « *seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance* ». De cette expression, une doctrine autorisée déduisit que le nantissement conférait au créancier nanti un droit exclusif au paiement, parfois analysé comme un droit de rétention¹⁷². En d'autres termes, pour la majorité des auteurs, le bénéficiaire d'un nantissement aurait reçu de la loi des droits analogues à ceux d'un cessionnaire fiduciaire¹⁷³. Dans les deux cas, une fois le nantissement ou la cession opérée, seul le créancier, nanti ou fiduciaire, a droit au paiement.

76. La jurisprudence, loin de donner tort à ces auteurs, semble même avoir consacré leur analyse par un arrêt du 26 mai 2010¹⁷⁴. Si l'arrêt a déjà été analysé en ce qu'il s'opposait à la généralisation de la cession fiduciaire en droit commun (*cf. supra* n°45 et s.), il convient toutefois de revenir sur celui-ci afin de saisir sa portée exacte. En l'espèce, une cession fiduciaire de créance avait été constituée au profit d'un dispensateur de crédit qui, par suite, notifia l'opération au débiteur cédé. Le débiteur, pourtant informé de la cession, continua tout de même à se libérer entre les mains de son créancier originaire, le cédant. Ce dernier étant tombé sous le joug d'une procédure collective et le liquidateur refusant de reverser les sommes issues de la cession, le créancier cessionnaire forma un recours afin d'obtenir la restitution loyers ainsi perçus. Les juges du fond analysèrent la cession de créance comme une simple modalité de remboursement du crédit. Celle-ci n'était donc ni constitutive d'une sûreté, ni assimilable à une saisie-attribution ; partant, les juges refusèrent de faire droit à la demande du créancier. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel aux motifs qu'« *en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la cession des loyers faite (...) en garantie du remboursement du prêt consenti a été signifiée au locataire conformément aux dispositions de l'article 1690 du code civil, de sorte que la société GOBTP avait la qualité de créancier nanti, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés* ». En d'autres termes, la Cour de cassation, requalifia ici l'opération en nantissement, conféra la qualité de créancier nanti à la société cessionnaire et par voie de conséquence, invalida le

¹⁷¹ Pour se persuader de la clairvoyance des rédacteurs de l'ordonnance, il suffit d'examiner le sort que réserva la loi du 24 mars 2006 au pacte commissaire. À peine admis en droit commun par l'ordonnance du 23 mars 2006, l'article L.622-7 du code de commerce en paralysa les effets en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le pacte commissaire a donc été privé, une journée seulement après son admission en droit français, d'un de ses principaux intérêts. On peut donc comprendre le silence gardé quant aux effets exacts du nantissement.

¹⁷² AYNES L. et CROCQ P. : *Les sûretés, la publicité foncière, op. cit.*, n°536.

¹⁷³ SYNVEH H. : « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patrimoine* n°140, sept. 2005, p. 64 et s., *spéc.* p. 68 ; LARROUMET Ch. : « La cession de créance de droit commun à titre de garantie » D.2007, p. 344, n°7.

¹⁷⁴ Cass. Com., 26 mai 2010, n° 09-13.388, *préc.*

raisonnement des juges du fond qui avaient, à tort, analysé le mécanisme comme une simple modalité de remboursement du crédit accordé.

Pour de nombreux auteurs, l'enseignement à tirer de cet arrêt ne fait aucun doute : le créancier bénéficiaire d'un nantissement est titulaire d'un droit exclusif au paiement une fois l'opération notifiée¹⁷⁵. Le titrage de l'arrêt au Bulletin est d'ailleurs formel : l'arrêt consacre l'existence d'un « *droit de rétention* » au profit du créancier nanti, ce qui donne donc un appui sérieux au développement doctrinal précité.

À suivre ce raisonnement, le créancier nanti bénéficierait donc d'un véritable monopole de paiement, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant. Dès lors que l'acte constitutif du nantissement est antérieur à l'ouverture d'une procédure collective et que le nantissement a été notifié, le créancier nanti a seul droit au paiement. Dit autrement, là « *où le créancier gagiste est, par définition légale, en concours éventuel, le créancier nanti d'une créance est, par configuration légale, hors concours*¹⁷⁶ ».

77. Face aux prétendus effets du nantissement qui semblent équivalents à ceux d'un mécanisme fiduciaire, on peut légitimement douter de l'utilité d'introduire la cession fiduciaire sur créance en droit commun. Pourtant après un examen plus approfondi du régime légal du nantissement et de la jurisprudence précitée, un doute apparaît. L'efficacité du nantissement devient de plus en plus incertaine à tel point que le mécanisme semble, *in fine*, incapable de combler l'absence de la cession fiduciaire en droit commun.

B. Une efficacité douteuse

78. Après analyse, et faute de disposition expresse en ce sens, le droit exclusif conféré par le nantissement ne semble être le fruit que d'interprétation assez libre aussi bien de l'article 2363 du code civil que de l'arrêt du 26 mai 2010. Pourtant, une autre interprétation de la loi (1) comme de la jurisprudence (2) est possible. Via cette nouvelle approche, force est de constater que l'efficacité du nantissement apparaît fort douteuse.

¹⁷⁵ En ce sens, ANSALONI G. : « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », *RDBF* n° 5, sept. 2013, prat.5 ; BORGA N. : « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée » D.2010, p.2201 ; CROCQ P. : « 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 ; MATHIEU M-E. : « Le nantissement de créance notifié : une sûreté devenue absolue ? », *RDBF* n°5, sept. 2010, étude 22.

¹⁷⁶ AGBAYISSAH S. & MARTIN D.-R. : « Éléments critiques de droit des sûretés » in *Droit bancaire et Financier, Mélanges AEDBF-France IV, Banque*, 2004, p.17, spéc. n°14.

1. La lettre de la loi

79. Pour de nombreux auteurs, le droit exclusif au paiement conféré par le nantissement trouverait sa source dans l'article 2363 du code civil qui dispose qu'« *après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement*¹⁷⁷ ». Pourtant, le rapprochement de cet article avec l'ensemble des dispositions propre au nantissement « *permet une toute autre lecture*¹⁷⁸ ».

En effet, les articles 2362 et 2363 du code civil semblent former un ensemble. Un ensemble qui permet simplement de déterminer, comme en matière de cession Dailly¹⁷⁹, auprès de qui le débiteur de la créance nanti est en droit de se libérer une fois le nantissement constitué. Si, depuis 2006, le nantissement est opposable aux tiers sans formalités à la date de sa constitution, reste encore à déterminer auprès de qui le débiteur de la créance nanti est en droit de se libérer. C'est à cette simple question que paraissent répondre les articles 2362 et 2363.

En l'absence de notification, comme le dispose l'article 2362 alinéa 2, « *seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance* ». Cette solution est naturelle. Sans notification le débiteur nanti n'est pas informé de l'opération, il ignore jusqu'à l'existence même du créancier nanti et ne pourra donc se libérer qu'entre les mains de son créancier initial. En revanche, « *après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance*¹⁸⁰ ». On le voit, l'article 2363 n'est que le reflet, après notification, de l'article 2362¹⁸¹. Une fois le débiteur nanti informé de l'opération, celle-ci lui est opposable. Par conséquent, il ne pourra se libérer valablement qu'entre les mains du créancier nanti.

Ces articles se contentent donc de régler le sort du paiement du débiteur nanti. Ils se font l'écho de la règle énoncée à l'article 1342-3 du code civil : *le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent libère le débiteur*. Autrement dit, ces textes ne sont que les deux faces d'une même pièce : ils déterminent, en fonction de l'existence ou non d'une notification, auprès de qui le débiteur nanti pourra valablement se libérer. Ils ne préjugent en rien d'un prétendu droit exclusif au paiement mais se contentent simplement de régir l'opposabilité de la sûreté au débiteur nanti. L'adverbe *valablement*, utilisé au sein des articles 2362 et 2363, ne se rapporte donc qu'au caractère libératoire du paiement effectué par le débiteur¹⁸².

80. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant souhaite corriger ce fâcheux détail. L'article 2363 du code civil en sortirait ainsi modifié : « *Après notification, le créancier nanti a seul le droit au paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts* ». Pour autant, cette correction paraît vaine, d'abord parce qu'elle modifie un article propre à l'opposabilité du nantissement au débiteur nanti au lieu de consacrer un article relatif aux effets du nantissement, ensuite parce que des incohérences demeurent.

81. En effet, si le texte actuel du code civil consacre bien un droit exclusif au paiement, pourquoi prévoir alors, au sein des mêmes dispositions, la possibilité de stipuler un pacte commissaire ou de demander

¹⁷⁷ Voir notamment CROCQ P. : *Rép. Nantissement de créance, préc.*, n°261-61.

¹⁷⁸ THÉRY Ph. : « Droit des sûretés et voies d'exécution » *obs. sous Cass. Com.*, 19 déc. 2006, *préc.*

¹⁷⁹ Art. L.313-27 et L.313-28 du code monétaire et financier.

¹⁸⁰ Art. 2363 al. 1 du code civil.

¹⁸¹ THÉRY Ph. : « Droit des sûretés et voies d'exécution » *obs. sous Cass. com.*, 19 déc. 2006 *préc.*

¹⁸² *Ibid.*

l'attribution judiciaire de la créance¹⁸³ ? Quel serait donc l'intérêt pour un créancier de demander en justice l'attribution d'une créance dont il peut d'ores et déjà recevoir exclusivement le paiement ? Le professeur Maxime Julienne explique cette bizarrerie en énonçant que l'attribution judiciaire, même en présence d'un droit exclusif, n'est pas dénuée d'intérêt puisqu'elle emporte réalisation immédiate de la sûreté sans avoir à attendre l'échéance de la créance nantie¹⁸⁴. Cette explication n'est pas satisfaisante pour autant. Agir en justice s'avérera toujours plus coûteux pour le créancier nanti, mais aussi bien plus long lorsque l'on connaît la durée moyenne d'un contentieux devant les tribunaux judiciaires.

82. Si cette nouvelle approche de l'article 2363 du code civil laisse à penser que l'efficacité du nantissement de créance n'est pas aussi avérée que ce que certains affirment, un examen renouvelé de la jurisprudence tend également à remettre sérieusement en cause l'existence d'un droit exclusif au profit du créancier nanti.

2. L'examen renouvelé de la jurisprudence

83. Ici, tout le problème est de faire « *la différence entre ce que dit véritablement l'arrêt* [du 26 mai 2010] *et ce que l'on veut lui faire dire* »¹⁸⁵. A lire les nombreux commentaires de l'arrêt, la quasi-totalité des auteurs y voient la reconnaissance d'un droit exclusif¹⁸⁶ au profit du créancier nanti, prérogative que certains n'hésitent pas à qualifier de droit de rétention¹⁸⁷, ce que le titrage de l'arrêt laisse également présumer¹⁸⁸. Pourtant, après un examen plus approfondi, la portée de l'arrêt doit être grandement relativisée.

84. D'abord, force est de constater que la Cour de cassation n'a jamais expressément affirmé l'existence d'un droit exclusif ou d'un droit de rétention. Les termes n'apparaissent à aucun moment dans la solution retenue. L'arrêt du 26 mai 2010 se contente seulement de casser pour violation de la loi la décision de la cour d'appel qui avait vu dans l'opération litigieuse une simple modalité de remboursement d'un prêt alors même que l'opération aurait dû être analysée par les juges comme un nantissement de créance. Les juges du Quai de l'Horloge n'indiquent pas les effets de ce nantissement¹⁸⁹, ils réaffirment simplement la solution malheureusement retenue en 2006¹⁹⁰ et la nécessaire requalification de toute cession fiduciaire

¹⁸³ Art. 2365 du code civil.

¹⁸⁴ JULIENNE M. : « Le nantissement de créance : un outil efficace ? » *préc.*, *spéc.* p.143.

¹⁸⁵ DUPONT-LEGRAND B. : « Droit de rétention fictif et nantissement de créances : l'exclusivité au paiement ? » *RRJ* 2012-4, p.1826, *spéc.* p.1829.

¹⁸⁶ Voir notamment CROCQ P. : « Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à exécution successive ! », *préc.* ; BORGAN N. : « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », *préc.*

¹⁸⁷ Voir notamment MATHIEU M-E. : « Le nantissement de créance notifié : une sûreté devenue absolue ? », *préc.*, n°9 et s.

¹⁸⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022279601&fastReqId=333096426&fastPos=1>

¹⁸⁹ MARRAUD DES GROTTES G. : « La qualification de nantissement de créance passée par pertes et fracas ! », *obs. sous* Cass Com. 26 mai 2010, *RLDC* juill.-août 2007, p.34 et s., *spéc.* p.39 ; VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.* n°508 et s.

¹⁹⁰ Cass. Com., 19 déc. 2006, *préc.*

consentie en dehors du sentier de la loi. L'arrêt ne dit rien de plus et s'il avait voulu le faire, il l'aurait certainement fait aussi expressément qu'en matière de cession Dailly où, très récemment encore, la Cour de cassation a affirmé, dans une hypothèse comparable à celle ayant donné lieu à l'arrêt du 26 mai 2010, qu'après notification de la cession « *le liquidateur [doit être condamné] à restituer les sommes qu'il a indûment perçues postérieurement au jugement d'ouverture*¹⁹¹ ». L'arrêt du 26 mai 2010 ne consacre donc aucun droit exclusif ou de rétention¹⁹².

85. Que dire alors du communiqué et du titrage de l'arrêt qui mentionnent l'existence d'un droit de rétention ? Pour certains auteurs, le doute n'est pas permis, la controverse est tranchée : un droit de rétention peut porter sur un bien incorporel. Pourtant, l'affirmation ne convainc pas totalement.

86. En premier lieu, la consécration d'un droit de rétention par voie de communiqué n'a aucune valeur juridique¹⁹³. « *Les communiqués du service de documentation et d'études, relatifs à la portée des arrêts, constituent des documents à l'usage du public qui n'engagent pas la Cour de cassation*¹⁹⁴ ».

87. En second lieu, donner une telle portée au titrage reviendrait également à reconnaître que l'arrêt consacre la cession de créance à titre de garantie puisque le Bulletin contient également les mentions « *cession de créance - effet translatif* ». Le moins que l'on puisse dire, c'est que « *la ficelle est un peu grosse*¹⁹⁵ ». Plus qu'empâtée, la ficelle semble même artificielle, tant sur le plan pratique que théorique.

Sur le plan pratique, on a bien du mal à comprendre l'intérêt qu'aurait pu trouver la Cour de cassation à requalifier une cession en nantissement, si elle comptait ensuite doter ce nantissement d'effets quasi-équivalents à ceux issus du procédé fiduciaire.

Sur le plan théorique, doter le créancier nanti d'un véritable droit de rétention est contestable, certains spécialistes de la question refusent d'ailleurs de retenir cette qualification au motif qu'elle serait plus descriptive qu'explicative¹⁹⁶. L'existence d'un droit de rétention au profit du créancier nanti faisait d'ailleurs débat par le passé¹⁹⁷. Qu'en est-il aujourd'hui ? L'argument traditionnellement avancé pour refuser l'existence d'un droit de rétention sur une créance, serait que le droit de rétention, sauf disposition légale particulière¹⁹⁸, ne peut porter que sur une chose, autrement dit, sur un bien matériel¹⁹⁹. Pour autant, cet argument ne nous paraît pas décisif pour exclure l'existence d'un droit de rétention sur une créance puisque, dès 1804, le code civil a assimilé créance et chose au moins en matière de retrait litigieux²⁰⁰. Dès

¹⁹¹ Cass. Com., 22 mars 2017, n° 15-15.361, FS-P+B+I, *Sté SMJ c/ Sté Crédit industriel et commercial*.

¹⁹² En ce sens également : JULIENNE M. : *Le nantissement de créance*, thèse, Economica, 2012, n°133, note 1.

¹⁹³ DEUMIER P. : « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation » *RTD Civ.* 2006, p.510 et s., *spéc.* p.514.

¹⁹⁴ Citation reprise du site de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/mentions_legales_9247.html

¹⁹⁵ PÉROCHON F. : « Une cession de loyers en garantie du remboursement d'un prêt conférant au prêteur la qualité de créancier nanti, les organes de la procédure collective de l'emprunteur ne peuvent pas encaisser et conserver les loyers échus postérieurement à l'ouverture de la procédure », *obs. sous Cass. Com.* 26 mai 2010, *Rev. proc. coll.* n°5, 2010, comm. n° 176.

¹⁹⁶ Voir notamment : JULIENNE M. : *Le nantissement de créance*, thèse, *préc.*, n°119 et s.

¹⁹⁷ CABRILLAC M. & MOULY Ch. : *Droit des sûretés*, 7e éd., Litec, 2004, n° 677.

¹⁹⁸ Tel que celle existant en matière de nantissement de compte titre (art. L.211-20 IV du code monétaire et financier).

¹⁹⁹ CORNU G. : *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²⁰⁰ L'article 1700 du code civil assimile clairement créance et chose : « *La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit* ».

lors, on voit mal pourquoi celui qui pourrait retirer ne pourrait retenir. Un autre argument est cependant bien plus difficile à surmonter. Depuis la réforme de 2006, on l'a vu, la loi ne fait plus du nantissement une sûreté avec dépossession ; or, pour retenir, encore faut-il tenir. Comment un créancier nanti pourrait-il se prévaloir d'un droit de rétention sur une créance alors même que celle-ci ne lui a pas été remise jusqu'au paiement de sa créance ? A défaut de dépossession effective par le créancier nanti, seul un droit de rétention fictif pourrait lui être reconnu. Pourtant, ce droit de rétention fictif, en plus d'être maltraité par les procédures collectives²⁰¹, est réservé par l'article 2286 4° du code civil au seul gage sans dépossession, excluant *de facto* le mécanisme du nantissement. *In fine*, le prétendu droit de rétention du créancier nanti ne paraît être qu'un mirage²⁰².

88. Finalement, si la délégation de débiteur ne saurait pallier l'absence d'une cession fiduciaire de créance en droit commun du fait de son manque de flexibilité (*cf. supra* n°70) le nantissement de créance paraît en être tout autant incapable. Si, en apparence, le créancier nanti semble titulaire d'un droit exclusif au paiement parfois analysé comme un droit de rétention, après examen, son existence effective paraît plus que douteuse. Les propos tenus par Michel Vasseur à la fin des années 1970 paraissent donc toujours d'actualité : « *l'efficacité [du nantissement] n'est ni certaine, ni totale, spécialement face aux prétentions du fisc et des autres créanciers privilégiés*²⁰³ ». Faute de palliatif satisfaisant en droit positif, la généralisation de la cession fiduciaire de créance apparaît donc plus qu'opportune. Reste cependant à déterminer si les garanties reposant sur la propriété, « *arme absolue de sécurité*²⁰⁴ », ne sont pas déjà de nature à remplir le rôle de la cession de créance à titre de garantie.

Section II : Les faiblesses des garanties sur créance translatives de propriété

89. Si les faiblesses des garanties sur créance non translatives de propriété susceptibles de jouer le rôle d'ersatz de la cession fiduciaire ont déjà été soulignées, il faut maintenant s'atteler à l'étude des garanties fiduciaires sur créance qui semblent capable de remplir ce rôle. Dans ce paragraphe, feront donc l'objet d'une étude les forces et faiblesses de la fiducie-sûreté du code civil (§1) et celles de la cession par voie de bordereau Dailly (§2).

²⁰¹ L'article L.622-7, I, alinéa 2 du code de commerce dispose en effet que le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention prévu au 4° de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation de la sauvegarde ou du redressement et même au-delà, durant l'exécution du plan.

²⁰² Voir notamment JULIENNE M. : *Le nantissement de créance*, thèse, *préc.*, n°129 et s.

²⁰³ VASSEUR M. : « La cession de créance à titre de garantie (Loi n°78-13 du 4 janvier 1978) », *préc., spéc.* n°3.

²⁰⁴ *Ibid.*

Paragraphe I : La fiducie sûreté du code civil

90. La fiducie, consacrée par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 a fait son entrée dans le code civil via trois corps de règles distincts²⁰⁵. Il semble inutile de revenir ici sur l'allergie injustifiée du droit français face au mécanisme fiduciaire ou sur les multiples réformes dont l'institution a fait l'objet depuis son introduction en droit français²⁰⁶ puisqu'à l'heure actuelle, cette sûreté est bien souvent décrite comme la plus efficace du droit français²⁰⁷.

91. La fiducie est définie par l'article 2011 du code civil comme l'opération par laquelle « *un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Cette sûreté, dorénavant ouverte à tout constituant et à tout créancier, semble n'avoir aucun défaut²⁰⁸ : elle peut porter sur les biens les plus divers²⁰⁹, comporter une faculté de rechargement évitant tout gaspillage de crédit²¹⁰, transférer la propriété des biens donnés en garantie et même créer un patrimoine d'affectation qui permet aussi bien de mettre à l'abri les parties des créanciers du fiduciaire²¹¹ que de ceux du constituant²¹². Les textes encadrent même l'hypothèse d'une cession de créance réalisée par le biais d'une fiducie²¹³ en instaurant un régime en tout point similaire avec celui du nantissement de créance et du bordereau Dailly.

Par la consécration de la fiducie en droit français, le problème soulevé par l'arrêt du 19 décembre 2006 (*cf. supra* n°45) semble donc bel et bien résolu : généraliser la cession fiduciaire de créance n'a aucun intérêt, le recours à la fiducie sûreté s'y substitue parfaitement et permet d'ores et déjà d'aboutir au même résultat.

92. Pourtant, assez paradoxalement, lorsque l'on se tourne du côté de la pratique, « *la reine des sûretés, ne paraît pour l'heure réservée, à de rares exceptions près, qu'à des opérations d'envergure aux enjeux dépassant plusieurs millions d'euros*²¹⁴ ». Pour certains auteurs, ce phénomène s'expliquerait par des considérations psychologiques ou par l'absence de judiciarisation du mécanisme²¹⁵. Mais il y a plus que

²⁰⁵ Les articles 2011 à 2030 du code civil portent sur le régime général, les articles 2372-1 à 2372-5 sur la fiducie en tant que sûreté réelle mobilière et, enfin, les articles 2488-1 à 2488-5 sur la fiducie comme sûreté réelle immobilière.

²⁰⁶ Pas moins de quatre textes sont venus retouchés les dispositions de 2007 : la loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 réformant les procédures collectives, l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et enfin, la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, dite de simplification du droit.

²⁰⁷ Pour un tour d'horizon des avantages de la fiducie sûreté sur les sûretés réelles traditionnelles, voir notamment CROCQ P. : « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles ; Constitution de la sûreté » in *La fiducie sûreté*, Actes du colloque de l'Association française des fiduciaires, L.G.D.J., 2015, p.25 ; LUCAS F.-X. : « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles ; Efficacité de la sûreté » in *La fiducie-sûreté, préc.*, p.30.

²⁰⁸ Tout du moins lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'une convention de mise à disposition au profit du constituant, qui, en cas de procédure collective, neutralise toute possibilité de réaliser la sûreté (art. L.622-13 VI et L.622-23-1 du code de commerce).

²⁰⁹ Mobilier comme immobilier, présent comme futur, corporels comme incorporels.

²¹⁰ Art. 2372-5 du code civil.

²¹¹ Art. 2024 du code civil.

²¹² Sous les limites mentionnées à l'article 2025 du code civil.

²¹³ Art. 2018-2 du code civil.

²¹⁴ ANDREANI M. et RAVET Y.-M. : « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? » *Dr. et patrimoine* n° 228, sept. 2013, p.38.

²¹⁵ *Ibid.*

cela. À y regarder de plus près, la fiducie, telle que consacrée par le code civil, n'est absolument pas adaptée aux opérations sur créances.

En premier lieu, elle ne l'est pas du fait des lourdes formalités attachées à sa constitution²¹⁶, qui imposent, pêle-mêle : la création un patrimoine d'affectation²¹⁷, l'obligation de recourir à un intermédiaire²¹⁸ ou encore l'enregistrement obligatoire des contrats auprès des services fiscaux²¹⁹.

En second lieu, c'est le régime même de la fiducie qui s'articule difficilement avec les attentes découlant d'une cession fiduciaire de créance. Alors que les parties à la cession cherchent généralement un procédé souple au coût minime, la fiducie, elle, apparaît comme coûteuse et contraignante. Le fiduciaire se trouve assujéti à de nombreuses obligations : souscription d'une assurance, établissement d'une comptabilité séparée de la sienne propre, assujétissement à l'ensemble des dispositions existantes en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux²²⁰. Or, ces multiples contraintes se voient nécessairement contrebalancées par l'augmentation des coûts de gestion mis à la charge du créancier bénéficiaire ou de son débiteur. Ensuite, alors que les dispensateurs de crédits cherchent de plus en plus souvent à s'accaparer les créances futures et éventuelles de leur débiteur, la fiducie parait incapable de répondre à leurs attentes. En effet, en exigeant, à peine de nullité, la mention dans l'acte constitutif de la valeur exacte des biens données en garantie²²¹, les dispositions légales sont un obstacle à la constitution de fiducie sur créances futures.

93. Ainsi, derrière ses aires de sûreté idéale, la fiducie se révèle être une sûreté lourde, contraignante et élitiste en ce qu'elle est réservée à des opérations d'envergure²²². Dès lors, même si le code civil permet la constitution d'une fiducie sur créance²²³, la lourdeur de ses modalités de constitution et les difficultés liées à la possibilité de grever des créances futures empêche ce procédé d'être, en toute circonstance, l'outil adéquat pour pallier l'absence de la cession de créance de droit commun à titre de garantie. La cession Dailly peut-elle combler cette absence dans l'hypothèse où son champ d'application serait élargi ? Rien n'est moins sûr.

²¹⁶ GIJSBERS Ch. : « Requiem pour l'hypothèque rechargeable » *RLDC* n°113, mars 2014, p.28 et s., n°21.

²¹⁷ Art. 2011 du code civil.

²¹⁸ L'article 2015 du code civil réserve d'ailleurs cette qualité aux seuls établissements de crédit, entreprises d'investissement, sociétés de gestion de portefeuille, entreprises d'assurance et avocats. Or, ces protagonistes travaillent rarement à titre gracieux.

²¹⁹ Art. 2019 du code civil.

²²⁰ Pour une illustration des obligations auxquels sont soumis les avocats fiduciaires, voir not. le décret n°91-1197 tel que modifié par le décret n°2009-1627 du 23 déc. 2009.

²²¹ Art. 2372-2 du code civil.

²²² ANDREANI M. et RAVET Y.-M. : « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? » *préc.*

²²³ Art. 2018-2 du code civil.

Paragraphe II : La cession Dailly

94. Si au moment de sa création la cession par voie de bordereau a été perçue, à juste titre, comme une institution modèle (A), force est de constater que, 37 ans plus tard, la cession Dailly est une institution vieillissante dotées de nombreux défauts (B). Étendre son champ d'application afin de consacrer une cession fiduciaire par ce biais apparaît donc dénué d'intérêt. Par conséquent, l'utilité d'introduire en droit commun la cession fiduciaire de créance en ressort fortement grandi.

A. Une institution modèle

95. Les établissements bancaires sont, aujourd'hui comme hier, les principaux dispensateurs de crédits. Acteurs dominant de la scène du crédit, ils représentèrent très tôt le premier moyen de refinancement des professionnels à court et moyen terme. Afin de permettre aux établissements de crédit de remplir au mieux ce rôle, le législateur a rapidement doté les professionnels d'outils facilitant la mobilisation de créances à leur profit. Conscient du souci d'efficacité qui guide les relations interprofessionnelles et alors même qu'aucun mécanisme de droit commun ne permettait de mobiliser une créance à titre de garantie, la loi conçut des sûretés fiduciaire sur créance adaptées aux attentes du milieu bancaire.

Dès le 28 septembre 1967, l'ordonnance n°67-838 introduisit en droit français la facture protestable qui vise à garantir les crédits de mobilisation des créances commerciales (« CMCC ») accordées par les établissements bancaires aux commerçants. Le procédé est assez simple : le CMCC est un crédit qui s'analyse comme un prêt. Il est représenté par un billet à ordre souscrit par le commerçant et qui permettra au banquier de recouvrer sa créance. Le crédit consenti peut être stipulé avec ou sans garantie. Lorsqu'il est stipulé avec, la loi ouvrait la possibilité au commerçant d'émettre des factures protestables, qui ne représentaient rien de plus que des créances-clients, au profit du dispensateur de crédit. Cette sûreté fiduciaire, aussi avantageuse soit-elle²²⁴, n'a pas séduit le domaine bancaire du fait de son lourd formalisme²²⁵.

Lui succédant, la loi n°78-13 du 4 janvier 1978 ouvrit la possibilité pour les petites et moyennes entreprises, titulaires d'un marché public, de se refinancer en mobilisant leur créance de marché à titre de garantie²²⁶. Le champ d'application trop restreint du procédé incita le législateur à généraliser le procédé dans les relations entre banques et professionnels. Ce fut chose faite avec l'entrée en vigueur de la loi n°81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.

96. Cette loi, aussi appelée loi *Dailly* par référence au nom du sénateur à son origine, a constitué une véritable révolution en matière de mobilisation des créances. Alors qu'auparavant les créances étaient le plus souvent mobilisées au travers de l'escompte, procédé dont on ne présente plus les inconvénients²²⁷,

²²⁴ BECQUÉ J., CABRILLAC M. et RIVES-LANGE J.L. : « Les factures protestables », *JCP G* 1968, I, 2131, n°5 et 6.

²²⁵ En ce sens, VASSEUR M. *obs. sous* Cass. 2^{ème} Civ., 1^{er} juill. 1976, D. 1977, p.415.

²²⁶ Pour une étude générale du mécanisme qui se rapproche finalement bien plus d'une cession de créance simplifiée que d'une cession fiduciaire de créance, voir VASSEUR M. : « La cession de créance à titre de garantie (Loi n°78-13 du 4 janvier 1978) », *préc.*

²²⁷ Pour la liste de ces derniers, CROCQ P. : *Rép. Cession de créance à titre de garantie*, Lamy Droit des sûretés, 2017, n°262-3.

la loi du 2 janvier 1981 devint « *l'instrument de la promotion du crédit bancaire et notamment du crédit global d'exploitation*²²⁸ ». Initialement présenté comme un simple outil de mobilisation des créances à des fins de refinancement, la pratique bancaire n'a pas hésité longtemps avant de solliciter l'utilisation du procédé à des fins de sûreté. L'incertitude étant l'ennemi du professionnel, la loi vint briser toute interrogation dès 1984 en reconnaissant expressément la possibilité de recourir à une cession par voie de bordereau aux fins de garantir un crédit bancaire²²⁹. Dorénavant, cette cession fiduciaire de créances professionnelles peut être définie comme « *l'écrit par lequel une personne, appelée le cédant, transfère à un établissement de crédit, appelé le cessionnaire, la propriété de créances professionnelles déterminées afin de garantir un crédit consenti au cédant par le cessionnaire*²³⁰ ».

97. Les avantages liés à cette sûreté sont innombrables : elle assure la permanence de liquidités des entreprises en permettant le transfert global de flux de créances dans un titre unique, elle diminue drastiquement le coût de la mobilisation²³¹, permet le transport de tous types de créances professionnelles (délictuelles comme contractuelles, présentes comme futures, échues ou à échoir), entraîne un transfert immédiat de leur propriété et devient opposable à tous à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise²³². La loi, comme la jurisprudence, tiennent d'ailleurs grandement à préserver les avantages de cette sûreté puisque si le législateur fit de la loi Dailly une véritable loi de police²³³, la Cour de Cassation, elle, n'hésite pas à en réaffirmer l'efficacité en présence d'une procédure collective affectant le cédant²³⁴.

98. La solution à l'épineuse question de la généralisation de la cession fiduciaire en droit commun ne résiderait-elle pas dans l'extension du champ d'application de la loi Dailly, aujourd'hui réservée aux créanciers répondant à l'une des qualités listées par l'article L.313-23 du code monétaire et financier²³⁵ ? On peut-être tenter de répondre par l'affirmative et solliciter la levée de l'« *embargo sur le bordereau*²³⁶ » afin d'ouvrir la sûreté à des créanciers n'ayant pas la qualité d'établissement de crédit ou assimilé. Pourtant, la sûreté vedette du secteur bancaire, qui fête cette année son 37^{ème} anniversaire apparaît, à de nombreux égards, comme une institution dépassée. Étendre son champ d'application afin de consacrer une cession fiduciaire par ce biais apparaît donc dénué d'intérêt.

²²⁸ LE CANNU P., GRANIER Th. et ROUTIER R. : *Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, 9e éd., Dalloz, 2016, n°590.

²²⁹ Loi n°84-46 du 24 janvier 1984.

²³⁰ BONHOMME R. : *Instrument de crédit et de paiement*, 12e éd., L.G.D.J, 2017, n°258.

²³¹ BONNEAU Th. : *Droit bancaire*, 12e éd., L.G.D.J, 2017, n°770.

²³² Art. L.313-27 al.1 du code monétaire et financier.

²³³ En ce sens SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph. : *Les sûretés, la publicité foncière, op. cit.*, n°683.

²³⁴ Voir, encore récemment : Cass. Com., 22 mars 2017, *Sté SMJ c/ Sté Crédit industriel et commercial, préc.*

²³⁵ Conformément à cet article, seuls peuvent bénéficier d'une cession par voie de bordereau : les établissements de crédit bénéficiant d'un agrément délivré par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, les sociétés d'investissement et, depuis le 3 janvier 2018, les fonds d'investissement alternatif.

²³⁶ MARTIN D.-R. : « Embargo sur le bordereau ! » ; *RDBF* n°2, mars-avril 2003, p.149.

B. Une institution vieillissante

99. On l'a d'ores et déjà souligné, la cession Dailly a été, dès l'origine, réservée à de rares privilégiés. Mais au-delà du fait que cette sûreté d'élite ne soit ouverte qu'aux établissements de crédits et assimilés que le droit du crédit a toujours avantage, elle apparaît aujourd'hui comme une institution vieillissante à différents niveaux.

100. Avant tout, il convient de souligner que l'article L.313-23 du code monétaire et financier, en plus de réserver la cession à certains cessionnaires privilégiés, exige également que les créances données en garantie soient d'origine professionnelle. Ainsi, cédants comme débiteurs cédés doivent être des personnes morales (de droit public ou de droit privé) ou des personnes physiques à la condition cependant d'agir dans le cadre de leurs activités professionnelles. Se trouve alors exclue toute cession fiduciaire de créance détenue à l'encontre de membres d'une profession libérale ou de consommateurs²³⁷, sauf rares exceptions²³⁸.

Il est pourtant difficile d'expliquer juridiquement cette exclusion lorsque l'on sait qu'il est aujourd'hui possible, en droit commun, de céder et nantir n'importe quelle créance sans que la situation juridique du débiteur cédé s'en trouve pour autant affectée (*cf. infra* n°188 et s.). Cette réserve à l'égard des créances susceptibles d'être données en garantie apparaît donc en totale inadéquation avec les attentes de la pratique. Fort heureusement, cette carence de la loi Dailly pourrait être comblée par l'admission, en droit commun, d'une cession fiduciaire de créances dotée d'un régime équilibré.

101. Les lacunes du bordereau Dailly ne s'arrêtent cependant pas ici. Le mécanisme n'ayant fait l'objet que de rares réformes, il est aujourd'hui déconnecté des besoins du milieu économique sur deux autres aspects.

D'abord, l'article L.313-23 du code monétaire et financier exige que le cédant de la créance soit « *le bénéficiaire du crédit* » octroyé par l'établissement financier cessionnaire. Il semble dès lors impossible d'avoir recours à une sûreté réelle pour autrui dans le cadre d'une cession Dailly²³⁹. On a cependant bien du mal à comprendre pourquoi, pour ne prendre qu'un exemple, une société mère ne pourrait pas garantir, en cédant ses créances, le crédit consenti à l'une de ses sociétés filles. Encore une fois, la généralisation de la cession fiduciaire résoudrait sans conteste ce manque de flexibilité.

Ensuite, cet article soumet également la validité de la cession à la présence, sur le bordereau, de la dénomination exacte « *d'acte de cession de créances professionnelles* ». Cette exigence ne se justifiait pourtant que par le caractère peu connu du mécanisme lors de son entrée en vigueur²⁴⁰. Or, aujourd'hui, il est indéniable que cette mention n'a plus de véritable raison d'être tant la sûreté est usuelle dans le

²³⁷ BONNEAU Th. : *Droit bancaire, op. cit.*, n°775.

²³⁸ L'article L.513-2 II du code monétaire et financier permet par exemple aux sociétés de crédit foncier de mobiliser tout ou partie de certaines des créances qu'elles détiennent par voie de bordereau et ce, que ces créances aient ou non un caractère professionnel.

²³⁹ Dans le même sens, CROCQ P : « Le droit OHADA : avenir du droit français des sûretés ? » in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme, préc.*, p.48 et s., n°4.

²⁴⁰ BONHOMME R. : *Instrument de crédit et de paiement, op. cit.*, n°266.

milieu des affaires. Paradoxalement, la Chambre commerciale continue tout de même d'en exiger la présence sur l'ensemble des actes et ce, avec une rigueur excessive²⁴¹.

102. Enfin, force et de constater que la jurisprudence refuse systématiquement d'user de son pouvoir prétorien pour satisfaire les nouvelles attentes de la pratique. Si l'on en croit la tendance actuelle, aucun aménagement conventionnel du régime posé par la loi ne semble possible. Dans un arrêt extrêmement récent, la Cour de cassation a en effet neutralisé le jeu d'une clause qui conditionnait l'efficacité d'une cession aux respects de conditions fixées par le contrat générateur de la créance mais non issues de la loi Dailly²⁴². Dans un autre, la Cour priva de toute portée l'acceptation anticipée d'une cession par voie de bordereau²⁴³. Là encore, généraliser la cession fiduciaire de créance en droit commun en la dotant d'un régime équilibré permettra vraisemblablement de répondre à certaines des attentes des praticiens.

103. Finalement, en plus d'être parfaitement possible (*cf. supra* n°20 et s.) l'introduction de la cession fiduciaire de créance en droit commun apparaît également opportune puisqu'en l'état du droit positif, aussi bien les garanties sur créances non translatives de créance que celles translatives s'avèrent incapables de remplir efficacement son office. Ainsi, et contrairement à ce qui est parfois affirmé, la généralisation de la cession fiduciaire de créance ne présente pas qu'un intérêt politique²⁴⁴.

104. Le caractère *intuitu personae* de la délégation de débiteur (*cf. supra* n°70), l'efficacité douteuse du nantissement de créance (*cf. supra* n°78 et s.), le caractère élitiste de la fiducie-sûreté (*cf. supra* n°92) et le manque de souplesse de la cession par voie de bordereau (*cf. supra* n°99 et s.) sont autant d'arguments qui devraient inciter le législateur à briser au plus vite la jurisprudence contestable du 19 décembre 2006 afin de généraliser le recours à la cession de créance à titre de garantie. Mais pour inciter le législateur à agir, encore reste-t-il à proposer un régime juridique équilibré propre à la future cession fiduciaire de droit commun.

²⁴¹ Voir, en dernier lieu : Cass. Com., 13 sept 2017 n°16-11.408, *Non publié*. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que le bordereau intitulé « *bordereau de cession de créances* », dans lequel l'adjectif « *professionnelles* » avait été omis, ne valait pas comme cession Dailly alors même que le contrat de cession comportait la référence à la fois aux termes « *Bordereaux Dailly* » et « *actes de cessions de créances professionnelles* ».

²⁴² Cass. Com., 11 oct. 2017 n°15-18.372, *À paraître* : « *une cession de créance professionnelle (...) produit ses effets et est opposable aux tiers ainsi qu'au débiteur cédé dans les conditions prévues par ces dispositions légales, auxquelles aucune autre condition ne peut être ajoutée dans le contrat générateur de la créance* ».

²⁴³ Cass. Com., 3 nov. 2015 n° 14-14.373, *Bull.* 2016, n° 839, Com., n° 418.

²⁴⁴ GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *préc., spéc.* p.50.

Partie II : La construction d'un régime juridique propre à la cession de créance de droit commun à titre de garantie

105. Si la validité même de la cession fiduciaire de créance en droit commun n'exige pas l'intervention de la loi puisqu'aucun canon du droit civil ne saurait s'opposer à sa généralisation, il reviendra cependant au législateur d'en déterminer le régime. Lors de l'introduction du procédé en droit commun, un choix devra être fait entre les différentes conceptions que l'on peut avoir de cette future sûreté. On peut d'abord la concevoir comme une pâle copie de la cession Dailly, dont on ne fera finalement que réviser le domaine d'application. Pour les raisons précédemment énoncées (*cf. supra* n°99 et s.), ce ne sera pas l'analyse retenue. Il est également possible d'introduire une sûreté avec un régime épuré et c'est d'ailleurs la direction prise par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés qui se contente de régir –c'est peu et c'est beaucoup à la fois– les aspects spécifiques de l'opération de garantie (respect du principe de spécialité, obligation de restitution du cessionnaire après paiement) sans introduire de réelles nouveautés²⁴⁵. Enfin, il est possible de penser la future cession fiduciaire comme un mécanisme singulier, alliant efficacité et protection des intérêts en présence, dont le régime évoluerait en fonction des finalités poursuivies par le constituant. Parce que cette dernière approche semble plus équilibrée et en phase avec les attentes des praticiens, les développements qui vont suivre proposeront diverses innovations, non pas tant pour jouer aux apprentis sorciers mais plutôt afin d'élaborer un guide législatif axé sur les conditions de formation du futur procédé (Chapitre I) et sur ses effets (Chapitre II).

Chapitre I : La formation

106. De façon à examiner au mieux les conditions relatives à la formation de la future cession fiduciaire de créance du code civil, seront étudiées les conditions de fond (Section I) et de forme (Section II) de la sûreté qu'il est ici proposé d'introduire.

Section I : Les conditions de fond

107. Afin d'étudier de façon approfondi les conditions de fond susceptibles d'être attachées à la future cession fiduciaire de droit commun, seront analysées tant les conditions tenant aux personnes (§I) que celles propres aux créances (§II).

²⁴⁵ Art. 2373 à 2375 de l'Avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant.

Paragraphe I : Les conditions tenant aux personnes

108. Introduire en droit commun la cession de créance à titre de garantie implique d'en faire une sûreté ouverte à tous. Mais, si cette démocratisation de la cession fiduciaire est souhaitable (A), elle n'est pas sans risque. Le libre accès à la cession fiduciaire devra donc se voir contrebalancée par une variation de son régime juridique selon la qualité du constituant et la finalité qu'il poursuit (B).

A. Une sûreté démocratisée

109. Les sûretés fiduciaires innommées ont toujours été accordées, du fait de la loi ou de la pratique, à certains créanciers privilégiés. Cette inégalité de traitement, qui innerve encore le droit des sûretés contemporain, en fait un droit à deux vitesses. Facture protestable, aval en pension, cession par voie de bordereau Dailly, sûretés-proprétés sur créance garantissant le solde d'opérations sur instruments financiers à terme, ont tous été réservés, de droit²⁴⁶ ou de fait²⁴⁷, aux seuls établissements bancaires et financiers.

110. Pourtant, dans un monde où le crédit extra-bancaire, notamment inter-entreprises, est en pleine expansion²⁴⁸, cette rupture d'égalité d'accès aux sûretés s'avère préjudiciable pour bon nombre de créanciers professionnels (*cf. supra* n°14). Consacrer en droit commun la cession fiduciaire de créances permettrait donc de lever *l'embargo*²⁴⁹, de démocratiser le recours aux sûretés sur créances, et de combattre ainsi « *le déclin de l'idée d'égalité entre créanciers - vieille idole dont on entretient le culte mais en laquelle on n'a plus la foi*²⁵⁰ ».

111. Pour démocratiser le recours au procédé fiduciaire, nul besoin de changer le régime de la cession de créance consacrée par le code civil. Parce que ces dispositions incarnent le *jus commune*, aucune exclusion n'existe quant à la qualité du cédant, du cessionnaire ou du débiteur cédé ; seule la qualité des créances importe. Ainsi, « *Les acteurs de l'opération peuvent donc aussi bien être des personnes physiques que morales, averties que profanes, privées que publiques, françaises qu'étrangères*²⁵¹ ». La sûreté pourra être aussi bien constituée par une mère de famille²⁵² que par un investisseur étranger, elle pourra peser sur la

²⁴⁶ C'est le cas de l'ancienne facture protestable (art. 4 de l'ordonnance n°67-838 du 28 sept. 1967), de l'actuel cession par voie de bordereau Dailly (art. L.313-23 du code monétaire et financier) et des sûretés-proprétés garantissant le solde d'instruments financiers à terme (article L.211-36 du code monétaire et financier) qui sont réservées aux opérations dont l'une des parties au moins détient la qualité d'établissement bancaire ou assimilé.

²⁴⁷ C'est le cas notamment de l'aval en pension qui, avant d'être ouvert à toute personne morale par l'article L.211-27 du code monétaire et financier, est né de la pratique bancaire. La fiducie-sûreté obéit également à la même logique. Théoriquement ouverte à tous, son caractère lourd et contraignant en fait, en pratique, une sûreté d'élite (*cf. supra* n°92).

²⁴⁸ Voir, pour les dernières évolutions en matière de crédit inter-entreprises : art. 167 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

²⁴⁹ L'expression est de Didier R. Martin (MARTIN D.-R. : « Embargo sur le bordereau ! », *préc.*).

²⁵⁰ CABRILLAC M. : « Les sûretés réelles entre vin nouveau et vieilles outres » in *Études offertes à Pierre CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle, préc.*, p.710.

²⁵¹ GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *préc., spéc.* p.51.

²⁵² On pense notamment à un particulier souhaitant céder sa créance de loyer, de salaire ou d'impôt.

tête d'un particulier ou d'un professionnel, et venir garantir son propre crédit ou celui d'autrui²⁵³. La liste des possibilités n'aura comme limite que l'imagination de l'Homme et l'on sait à quel point les créanciers savent se montrer inventifs.

112. Il y a cependant fort à parier que ce mouvement de démocratisation demeurera plus théorique que pratique. Les créanciers professionnels et plus particulièrement les établissements bancaires, principaux dispensateurs de crédit, continueront évidemment à représenter la grande majorité des bénéficiaires de la cession de créances à titre de garantie. Il est également probable que les professionnels demeureront quant à eux les principaux constituants de sûretés sur créance. Pour s'en persuader, il suffit d'analyser la pratique de ces dernières années en matière de nantissement de créance : théoriquement ouvert à tous, il demeure en pratique constitué *par* des professionnels *pour* des professionnels. Même chose en présence d'un prêt consenti à un particulier : la pratique préfère recourir à l'hypothèque ou au cautionnement plutôt qu'à des sûretés plus élaborées.

113. Pour autant, si la qualité des constituants n'a pas vocation à évoluer sensiblement, la démocratisation de la cession fiduciaire de créances permettra tout de même à n'importe quel particulier de revêtir la qualité de débiteur cédé, ce qui ne permet pas le bordereau Dailly (*cf. supra* n°100). Cela ouvrira également la possibilité de garantir le crédit inter-entreprises ou les prêts consentis par des acteurs financiers qui n'entrent pas dans le champ de l'article L.313-23 du code monétaire et financier. L'intérêt de démocratiser la cession de créance à titre de garantie est donc indéniable.

114. Si cette libéralisation est souhaitable, elle doit cependant être tempérée en présence d'un particulier afin d'éviter que cette sûreté ne lui préjudicie. Il convient donc d'aménager le futur régime juridique de la cession fiduciaire de droit commun en fonction de la finalité poursuivie par le constituant. Selon que la sûreté vise ou non à garantir une créance née dans le cadre d'une activité professionnelle, le régime doit différer.

B. Une sûreté à double finalité

115. Démocratiser la cession fiduciaire de créance implique de l'ouvrir à tout constituant. Avertis comme profanes, professionnels comme particuliers pourront désormais endosser la qualité de cédant fiduciaire. Or, si entre professionnels le souci d'efficacité prime, « *lorsque professionnel et particulier sont l'un en face de l'autre, le souci d'équilibre passe au premier plan*²⁵⁴ ». Il est donc nécessaire de prendre en considération ce souci d'équilibre et de distinguer selon la qualité du constituant et la finalité qu'il poursuit.

²⁵³ Ce qui ne peut pas être le cas avec la cession par voie de bordereau Dailly, comme on l'a précédemment souligné (*cf. supra* n°101).

²⁵⁴ THÉRY Ph. : « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés » *Dr. et patrimoine* n° 92, avr. 2001, p.53.

116. Instauration de deux régimes pour une même sûreté n'a rien de bien original. En la matière, identité de nature n'implique plus nécessairement identité de régime²⁵⁵. Pour ne prendre qu'un exemple, si en principe, il est toujours possible de conclure un pacte comissoire dans un gage, une telle clause est pourtant réputée non écrite lorsque le gage est constitué par un consommateur aux fins de garantir un crédit à la consommation²⁵⁶. À constituant différent, régime distinct.

Il est vrai cependant que l'avant-projet de réforme de droit des sûretés de l'Association Henri Capitant n'instaure aucune distinction au sein de la cession fiduciaire de créance qu'il propose d'introduire. Ce mutisme peut cependant s'expliquer par une raison simple : les dispositions de l'avant-projet ne proposent pas d'évolution majeure en la matière²⁵⁷, le régime, outre le fait qu'il entraîne un transfert de la titularité de la créance, s'avère finalement assez proche de celui du nantissement. Il n'y avait donc pas de raison d'instaurer un équilibre là où il semblait déjà exister. A l'inverse, les présents développements proposeront quelques innovations afin de combler certaines lacunes propres à la cession Dailly. Or, si ces propositions ne manqueront pas d'être appréciées par les créanciers professionnels en quête constante d'efficacité, elles pourraient, au contraire, s'avérer fort dangereuses pour un constituant non averti.

117. Par conséquent, la plupart des innovations qui suivront se verront réservées aux seuls constituants professionnels. Pour des raisons que nous étudierons plus en détail par la suite, il en sera ainsi de la possibilité de stipuler rechargeable la cession fiduciaire (*cf. infra* n°144 et s.) et de la faculté pour le débiteur cédé de promettre d'accepter une cession encore future (*cf. infra* n°195 et s.). De la même façon, l'exigence de proportionnalité entre les créances garanties et celles données en garantie ne trouvera à s'appliquer qu'en présence d'un constituant non professionnel (*cf. infra* n°141).

118. Reste cependant à déterminer le critère adéquat pour mettre en œuvre la distinction de régime. Jusque-là, nous avons distingué professionnel et particulier sans préciser les contours exacts de la *summa divisio*. La notion de *professionnel* étant polysémique, il convient d'approfondir l'analyse afin de déterminer avec exactitude le domaine des deux régimes que l'on propose de mettre en œuvre.

119. D'emblée, la distinction « personne physique / personne morale²⁵⁸ » doit être écartée. En effet, cette *summa divisio* ne tient pas compte de la double casquette que peut revêtir une personne physique qui peut agir aussi bien à des fins personnelles que professionnelles. De même, certaines personnes morales n'ont pas, en tant que telles, d'activité professionnelle²⁵⁹ et devraient donc pouvoir bénéficier d'un régime plus équilibré lorsqu'elles constituent une cession fiduciaire de créance. Cette distinction s'avère trop rigide.

120. Fonder la distinction sur l'opposition « commerçant / non-commerçant » ne paraît pas non plus opportun. Retenir ce clivage serait même faire preuve d'une grande incohérence. En effet, si tout

²⁵⁵ THÉRY Ph. : « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *préc., spéc.* p.55.

²⁵⁶ Art. L.312-38 al.3 du code de la consommation.

²⁵⁷ Art. 2373 à 2375 de l'Avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant.

²⁵⁸ Pour une conclusion similaire en matière de cautionnement *omnibus* voir DAUCHEZ C. : *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse (dir.) GRIMALDI (M.), Paris II, 2013, n°246.

²⁵⁹ Ces personnes morales ne sont d'ailleurs pas ignorées par le code de la consommation qui vise, dans son article liminaire, tant les consommateurs que « toute personne morale qui n'agit pas à des fins non professionnelles ».

commerçant est un professionnel, l'inverse n'est pas vrai. Nombreux sont les professionnels qui ne sont pas commerçants. L'article liminaire du code de la consommation en témoigne d'ailleurs parfaitement puisqu'aux côtés du commerçant, sont également considérés comme professionnels, les artisans, industriels, agriculteurs et membres d'une profession libérale lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur activité professionnelle.

121. Doit-on alors s'en remettre à la distinction « professionnel / consommateur » établie par le code de la consommation pour la transposer purement et simplement à la question qui nous intéresse ici ? C'est le raisonnement retenu par Madame Corine Dauchez à propos des cautionnements *omnibus*²⁶⁰. Lorsque le constituant est un consommateur et qu'il constitue une sûreté à « *finalité domestique* ²⁶¹ », le souci d'équilibre prime et la loi doit faire preuve de plus de retenue. *A contrario*, en présence d'une sûreté à « *finalité professionnelle* », le souci d'efficacité s'impose, et la sûreté se verra dotée d'un régime plus souple. A suivre ce raisonnement, le régime de la future cession fiduciaire de créance devrait varier en fonction de la source de la créance que garantit la sûreté. Lorsque l'origine de la créance garantie est domestique la souplesse du régime sera exclue, lorsque la créance garantie est issue de l'activité professionnelle, elle sera de mise²⁶². Après tout « *les personnes qui agissent pour des besoins professionnels savent en général se défendre contre les pièges du crédit, elles n'ont pas besoin du secours de la loi* ²⁶³ ».

122. Pour autant, si cette distinction entre sûreté à finalité domestique et sûreté à finalité professionnelle éclaire, elle ne satisfait pas pleinement. En effet, distinguer entre sûreté domestique et professionnelle revient à opposer professionnel et consommateur²⁶⁴. Or, outre le fait que la notion de consommateur est susceptible de multiples degrés²⁶⁵, retenir ce critère entraînerait l'exclusion des personnes morales qui agissent à des fins non professionnelles, pourtant protégées par la loi²⁶⁶. Les développements qui vont suivre préféreront donc à cette *summa divisio* celle reposant sur la distinction entre les sûretés consenties dans le cadre d'une activité professionnelle et celles consenties en dehors de ce cadre, ce qui permettra ainsi de protéger tout organisme n'agissant pas à des fins professionnelles.

123. Par conséquent, s'il est souhaitable de faire de la future cession fiduciaire une sûreté ouverte à tous, il faudra toutefois tempérer cette démocratisation en créant un régime dual en fonction de la finalité professionnelle ou non de la sûreté. Cette dualité devra se manifester à tous les niveaux, à commencer au sein des conditions tenant aux créances.

²⁶⁰ DAUCHEZ C. : *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse, préc., n°253 et s.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² La cession fiduciaire ouvrira alors la possibilité pour le cédant, qui ne se verra soumis à aucune exigence de proportionnalité (cf. *infra* n°141), de constituer une cession rechargeable (cf. *infra* n°147) et de demander à son débiteur de promettre de façon anticipée l'acceptation d'une future cession (cf. *infra* n°196).

²⁶³ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H. : *Droit de la consommation*, 9e éd., Dalloz, 2015, n°357.

²⁶⁴ Ce que fait l'auteur à l'origine de la distinction, DAUCHEZ C. : *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse, préc., n°251.

²⁶⁵ CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H. : *Droit de la consommation*, op. cit., n°9.

²⁶⁶ Voir notamment les articles L.132-1 et L.136-1 du code de la consommation.

Paragraphe II : Les conditions tenant aux créances

124. Afin d'analyser au mieux les conditions tenant aux créances, il faudra s'intéresser aussi bien aux conditions afférentes aux créances données garantie (A) qu'à celles que la cession fiduciaire vise à garantir (B).

A. Les conditions tenant aux créances données en garantie

125. Après s'être penché sur le point de savoir si toute créance, quelle que soit sa nature, peut être cédée (1), il conviendra d'analyser les caractères de ces créances (2) et d'apprécier l'opportunité d'instaurer en la matière un principe de proportionnalité entre créances données en garantie et créances garanties (3).

1. La nature des créances données en garantie

126. Pour une partie de la doctrine, cela ne fait aucun doute : toute créance, quelle que soit sa nature, peut faire l'objet d'une cession²⁶⁷. « *Peu importe l'objet du droit de créance : en général on cède des créances de sommes d'argent, mais rien ne s'oppose à ce qu'il en soit de même pour des créances tendant à un fait*²⁶⁸ ». C'est d'ailleurs la solution qui semble être retenue par le code civil, puisque l'article 1321 alinéa 1 ne distingue pas selon la nature de créance cédée²⁶⁹. Toute créance, peu importe sa nature, semble alors être mobilisable à titre de garantie.

Pourtant, il est permis de douter de la cessibilité de certaines créances. Les textes spéciaux opèrent bien souvent une distinction. Ainsi, la convention CNUDCI sur la cession de créances à fins de financement ne concerne que « *le droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent*²⁷⁰ ». Les copies exécutoires²⁷¹ et le procédé Dailly²⁷² se trouvent eux aussi strictement réservés à la mobilisation de créances de somme d'argent. Certains auteurs ont alors souligné que seules ces créances monétaires étaient susceptibles de faire l'objet d'une cession et donc, à plus forte raison, d'une cession fiduciaire.

127. Pour le Professeur Marc Billiau, seule une créance monétaire est mobilisable à titre isolée. Les créances en nature, si elles sont dotées d'une valeur économique, ne sont pas détachables de la personne du créancier²⁷³ et ne sauraient donc être cédées.

²⁶⁷ TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y. : *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n°1278 ; MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ Ph. : *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime, op. cit.*, n°354.

²⁶⁸ PLANIOL M., RIPERT G., ESMEIN P., RADOUANT J. et GABOLDE G. : *Traité pratique de Droit civil français, Les obligations*, t.VII, L.G.D.J., 1954, n°1112.

²⁶⁹ Art. 1321 al.1 du code civil : « *La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire* ».

²⁷⁰ Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, New York, 2001, art. 2-a).

²⁷¹ Art 5-3° de la loi n°76-519 du 15 juin 1976.

²⁷² L'alinéa 2 de l'article L.313-23 du code monétaire et financier dispose ainsi que seuls peuvent être cédés « *les créances liquides et exigibles, même à terme* » ou dont « *l'exigibilité n'est pas encore déterminée* ».

²⁷³ BILLIAU M. : *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2002, n°18.

L'auteur illustre son raisonnement, en matière d'obligation de ne pas faire, en soulignant qu'une obligation de non-concurrence, conclue au profit d'un acheteur d'un fonds de commerce, ne peut être exécutée ou cédée individuellement de ce fond au profit d'un tiers²⁷⁴. Si tel était le cas, l'obligation n'aurait plus aucune raison d'être et serait dénuée de tout intérêt. Si cet exemple convainc en matière d'obligation de ne pas faire²⁷⁵, reste à expliquer l'intransmissibilité des obligations de faire.

Toujours d'après cet auteur, une obligation de faire ne saurait être cédée car « *son anticipation ne se réduit pas à une simple créance pouvant être reçue par n'importe qui*²⁷⁶ ». Seule une créance monétaire serait donc cessible. Pourtant, il existe de nombreuses obligations de faire dont la qualité du destinataire importe peu (obligation de délivrance d'un bien, édification d'un meuble transportable...). Le fondement général expliquant l'absence de cessibilité des créances non monétaires semble donc se trouver ailleurs.

128. Ainsi, certains considèrent que la nature cessible d'une créance dépend plus généralement de son objet, ainsi que de son degré de fongibilité.

Si la créance a pour objet une prestation non caractéristique²⁷⁷, encore appelée polyvalente²⁷⁸, elle est alors séparable du contrat qui l'a fait naître. Elle peut donc être cédée indépendamment de celui-ci. L'obligation de verser une somme d'argent étant toujours polyvalente, c'est-à-dire susceptible de désintéresser une multitude de personnes, la créance qui la représente est, par définition, toujours susceptible d'être cédée à titre de garantie.

Au contraire, lorsque la créance cédée a pour objet une prestation caractéristique²⁷⁹ ou monovalente²⁸⁰, telle que la créance de jouissance du preneur d'un contrat de bail, une fois la cession opérée, le cessionnaire poursuivra le but initial du cédant et acquerra de ce fait la qualité de partie au rapport contractuel. Le cessionnaire se substituera alors au cédant et endossera la qualité de partie. Dans un contrat de bail par exemple, le cessionnaire de la créance de jouissance du preneur deviendra locataire et non simplement créancier d'un droit de jouissance. La créance cédée ayant pour objet la prestation caractéristique du contrat de bail, c'est la situation contractuelle globale qui se trouve cédée. Autrement dit, la créance n'est pas mobilisable indépendamment du rapport contractuel puisqu'elle est caractéristique de celui-ci. Si cette créance est mobilisée, il ne s'agira non pas d'une cession de créance mais d'une authentique cession de contrat²⁸¹ régie par les articles 1216 à 1216-3 du code civil.

129. Par voie de conséquence, si la quasi-totalité des créances en nature ont pour objet une prestation caractéristique²⁸², seules les créances monétaires paraissent cessibles et sont par conséquent mobilisables

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Le même raisonnement pourrait également être tenu en présence d'une clause de confidentialité.

²⁷⁶ BILLIAU M. : *La transmission des créances et des dettes*, op. cit., n°18.

²⁷⁷ FRANÇOIS J. : « Les créances sont-elles des biens ? » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p.149, spéc. n°33 à 37.

²⁷⁸ AYNÈS L. : *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Economica, 1984, n°217.

²⁷⁹ FRANÇOIS J. : « Les créances sont-elles des biens ? » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, préc. n°33 à 37.

²⁸⁰ AYNÈS L. : *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, préc., n°217.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² Certaines créances en nature peuvent cependant être polyvalentes, l'exemple le plus parlant est certainement l'obligation de délivrance (EGÉA V. : « La circulation d'une créance non monétaire, l'exemple de la délivrance », D. 2012, p.2111 ; FRANÇOIS J. : « Les créances sont-elles des biens ? », préc., n°36). On conçoit mal cependant l'intérêt qu'il pourrait y avoir à se faire consentir une cession d'un droit de délivrance sur un bien puisque cette cession ne transfèrera aucunement la propriété du bien qui demeurera au cédant. Nous ne l'envisagerons donc pas dans nos futurs développements.

à titre de garantie. Mais si seules ces dernières sont susceptibles d'être mobilisées dans le cadre de la future cession fiduciaire de créance, encore faut-il qu'elles remplissent certaines caractéristiques.

2. Les caractères des créances données en garanties

130. Si pour être cédée à titre de garantie, la date d'échéance ou la nature contractuelle de la créance de somme d'argent important peu²⁸³, elle doit cependant être dotée de certaines caractéristiques. Sa nature monétaire ne suffit pas à la rendre cessible.

131. La créance doit d'abord être présente ou future, à condition toutefois d'être déterminable²⁸⁴. L'exigence de déterminabilité est appréciée de façon souple par la jurisprudence puisqu'est admis que des créances simplement éventuelles puissent faire l'objet d'un contrat, sous réserve de leur suffisante identification²⁸⁵. Cette nécessaire identification des créances cédées fait donc obstacle à la cession globale de courants d'affaires sur des clients encore non identifiés²⁸⁶. Cependant, le droit commun de la cession de créance ne précise pas, à l'heure actuelle, les modalités exactes permettant la détermination des créances cédées. Lors de la consécration future de la cession fiduciaire il conviendra donc de s'inspirer sur ce point des éléments mentionnés dans les régimes de la cession Dailly et du nantissement (indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances, de leurs échéances...).

132. Ensuite, et alors même que les créances monétaires remplissent l'ensemble des conditions susmentionnées, certaines demeurent toutefois incessibles. Cette incessibilité peut être le fait de la loi, tel est le cas notamment pour les créances portant sur salaires à concurrence d'un certain montant²⁸⁷ et celles portant sur des prestations familiales²⁸⁸, ou le fruit de la volonté des parties²⁸⁹.

133. Sur ces différents points, le régime proposé ici n'innove pas : sauf exception, une créance de somme d'argent déterminée ou déterminable peut être donnée en garantie. Une nouveauté est cependant proposée afin de lutter contre l'existence de sûretés inutiles. Ce souhait se traduirait par la mise en place d'un principe de proportionnalité entre les créances données en garantie et celles qu'elles garantissent.

²⁸³ Très tôt la jurisprudence a admis la possibilité de cédée une créance échue (Cass. Com., 8 janv. 1991, n°89-13.711, *Bull. civ.* IV n°8, p.5) et ce, peu important sa nature contractuelle ou délictuelle (CE, 7 avr. 2004, n°239000 au Recueil Lebon).

²⁸⁴ Art. 1321 du code civil.

²⁸⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 20 mars 2001 n° 99-14.982, *Bull. civ.* I n°76.

²⁸⁶ GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *préc., spéc.* p.50 ; dans le même sens à propos du nantissement de créance, BORGA N. : « Le gage commercial résiste au formalisme... et à l'abrogation implicite » D.2015 p.787, *spéc.* n°11.

²⁸⁷ Art. L. 3252-2 du code de travail.

²⁸⁸ Art. L.553-4 du code de la sécurité sociale.

²⁸⁹ Sur la possibilité de rendre conventionnellement incessible une créance, voir *cf. infra* n°190 et s.

3. L'introduction d'un principe de proportionnalité

134. Le droit des sûretés est, depuis fort longtemps maintenant, inspiré par l'idée du juste et de l'utile. Ainsi, si une sûreté doit s'avérer suffisante pour désintéresser le créancier, il n'est jamais bon que celle-ci conduise à cadenasser totalement le patrimoine du constituant. Cette philosophie explique, au moins en filigrane, de nombreuses règles en matière de sûretés réelles et personnelles²⁹⁰. La possibilité d'hypothéquer des biens à venir en cas d'insuffisance des biens présents pour garantir la dette contractée²⁹¹, comme l'obligation pour le débiteur de fournir une caution qui ait un patrimoine suffisant pour répondre de l'obligation principale contractée²⁹², assurent au créancier privilégié une sûreté suffisante qui répondra de l'ensemble de la dette en cas de défaut de paiement. Mais si le droit des sûretés prend en compte les intérêts des créanciers, il prend également en considération ceux du débiteur²⁹³ en s'assurant qu'il dispose toujours d'une certaine liberté contractuelle et que sa capacité d'endettement ne soit jamais obstruée plus que de besoin. Divers mécanismes spéciaux luttent donc, chacun à leur manière, contre la constitution de sûretés inutiles, qui peuvent être définies comme celles qui « *oultrepassent la mesure nécessaire au paiement de la créance*²⁹⁴ » et dont l'assiette se révèle être disproportionnée au regard de la dette garantie. Ces instruments assurent ainsi au créancier la titularité d'une sûreté strictement proportionnée à ses besoins tout en évitant le cadenasage du patrimoine du constituant. Ils exigent une juste proportion entre les biens grevés par la sûreté et les créances garanties. Après leur examen, nous tâcherons de démontrer qu'il apparaît nécessaire de soumettre la future cession fiduciaire de créance à ce même principe de proportionnalité.

135. Le premier des mécanismes luttant contre ces sûretés inutiles figure à l'article L.111-7 du code des procédures civiles d'exécution qui dispose qu'une mesure conservatoire, propre à assurer l'exécution ou la conservation des créances, « *ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de la créance* ». Ce dispositif assure l'existence d'un rapport raisonnable entre le but poursuivi et les moyens utilisés pour parvenir à cette fin²⁹⁵. Ce principe a des traductions concrètes aussi bien au stade de la constitution d'une sûreté judiciaire qu'au stade de sa réalisation. Au stade de sa constitution d'abord puisque lorsque le créancier souhaite prendre une sûreté conservatoire, il doit en principe²⁹⁶ obtenir l'autorisation du juge qui s'assurera que la mesure choisie est proportionnée au but recherché. Au stade de l'exécution ensuite, puisqu'en présence d'une sûreté judiciaire inutile, le débiteur aura la possibilité de faire limiter par le juge les effets de la sûreté s'il justifie que les biens grevés ont une valeur qui correspond au double du montant des créances garanties²⁹⁷. Enfin, de façon plus générale, le juge de l'exécution

²⁹⁰ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n°199.

²⁹¹ Art. 2130 al.2 du code civil.

²⁹² Art. 2295 du code civil.

²⁹³ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n°199.

²⁹⁴ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n°200.

²⁹⁵ GUINCHARD S. et MOUSSA T. : *Droit et pratique des voies d'exécution*, 8e éd., Dalloz, 2015, n°143.31.

²⁹⁶ L'article L.511-2 du code des procédures civiles d'exécution dispense d'autorisation judiciaire préalable les créanciers munis d'un titre exécutoire, d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé résultant d'un contrat écrit de louage d'immeubles.

²⁹⁷ Art. R.532-9 du code des procédures civiles d'exécution.

détient le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive²⁹⁸. L'ensemble de ce dispositif permet donc de faire définitivement la chasse aux sûretés conservatoires dont la proportionnalité entre les biens grevés et les créances garanties ferait défaut.

136. Un second mécanisme, prévu au sein du code civil, tend également à éradiquer les sûretés inutiles. Dès 1804 en effet, le législateur avait prévu un dispositif de réduction d'inscriptions hypothécaires excessives aux articles 2161 à 2163 anciens du code civil, aujourd'hui transposé aux articles 2444 et 2445. Le système permet la radiation partielle d'hypothèques qui apparaîtraient disproportionnées au regard du montant de la dette qu'elles garantissent. Deux hypothèses sont susceptibles d'ouvrir au débiteur une action en réduction.

En premier lieu, l'article 2444 du code civil autorise le débiteur à solliciter la réduction en présence d'une hypothèque légale prévue à l'article 2401 ou d'une hypothèque judiciaire mentionnée à l'article 2412 du même code si ces dernières s'avéraient excessives. La loi répute excessive toute inscription qui greève plusieurs immeubles lorsque leur valeur excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant²⁹⁹.

En second lieu, l'article 2445 du code civil ouvre une action en réduction de toute hypothèque, légale ou conventionnelle, lorsque les inscriptions sur celle-ci ont été prises « *d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées* ». En plus d'avoir un champ plus général, le contrôle de proportionnalité est également beaucoup plus souple que dans l'hypothèse précédente puisque l'évaluation du caractère excessif de l'inscription est laissée à libre appréciation des juges, qui « *statuent selon les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait*³⁰⁰ ».

137. La finalité poursuivie par le législateur n'est pas identique dans ces trois cas. Malgré leur proximité, il existe des différences notables entre la réduction d'une hypothèque légale et celle d'une sûreté judiciaire : le juge compétent, les critères d'excessivité et les sûretés concernées ne sont pas les mêmes³⁰¹. Plus encore, la *ratio legis* de ces textes n'est pas le même. Alors qu'en matière de voie d'exécution le mécanisme vise à combattre les demandes abusives de créanciers paniqués, les articles 2444 et 2445 du code civil tendent eux à protéger la liberté d'engagement du débiteur afin que celui-ci n'épuise pas son crédit inutilement.

Dans l'article 2444, la loi vise deux types d'hypothèques générales qui ont pour trait commun d'autoriser le créancier à inscrire son droit sur tous les immeubles actuellement présents dans le patrimoine du débiteur mais également sur ceux appelés à y rentrer par suite. C'est l'excès issu de la généralité des hypothèques que l'action en réduction vient corriger³⁰².

Dans l'article 2445, c'est l'évaluation excessive de créances garanties encore indéterminées –car bien souvent futures– qui justifie l'existence de l'action.

²⁹⁸ Art. L.121-2 du code des procédures civiles d'exécution.

²⁹⁹ Art. 2444 al.2 du code civil.

³⁰⁰ Art. 2445 al.2 du code civil.

³⁰¹ PERROT R. et THÉRY Ph. : *Procédures civiles d'exécution*, 3e éd., Dalloz, 2013, n°1258.

³⁰² On notera d'ailleurs que certains commentateurs (BAUDRY-LACANTINERIE G. et DE LOYNES P. : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Du nantissement, des privilèges, et hypothèques, et de l'exploitation forcée*, op. cit., n°1917) refusaient, en dépit de la lettre même de la loi, de faire jouer l'action en réduction en présence d'une hypothèque légale qui n'était pas dotée d'une portée générale.

Dans les deux cas c'est donc l'écart entre le pronostic initial du créancier et la situation réelle qui justifie la naissance de l'action en réduction. C'est parce que la prévision du créancier s'avère erronée et qu'il a fait preuve d'une diligence démesurée en surévaluant le montant final de sa créance à venir³⁰³ ou le nombre d'immeubles nécessaires pour la satisfaire³⁰⁴, que la loi permet la correction de l'abus. Faute pour les créanciers de pouvoir lire l'avenir, la loi ouvre au débiteur une action en réduction une fois l'erreur du créancier avérée. Afin de ne pas cadencasser inutilement la capacité d'emprunt du débiteur, la loi intervient.

138. Le fondement des dispositifs posant une exigence de proportionnalité en matière de droit des sûretés ayant été dégagé, il faut maintenant s'interroger sur la possible généralisation du procédé.

À l'heure où l'ensemble des biens présents et à venir d'un débiteur peuvent être donnés en garantie de créances présentes et futures, où « la course » des créanciers n'a plus lieu devant les tribunaux mais lors de la constitution des sûretés³⁰⁵, et où le premier créancier arrivé aura la possibilité de grever, à son profit, la quasi-totalité du patrimoine du débiteur pour des créances futures et parfois infimes, on voit mal ce qui pourrait s'opposer à l'introduction d'un principe général de proportionnalité afin de garantir la liberté d'engagement du débiteur.

Certains auteurs³⁰⁶ ont d'ailleurs préconisé l'extension du dispositif prévu à l'article 2444 du code civil aux hypothèques conventionnelles qui portent exceptionnellement sur les biens à venir du débiteur en vertu de l'article 2420. L'analogie est évidente. En présence d'une hypothèque conventionnelle portant sur des immeubles à venir, tout comme en présence d'une hypothèque générale, l'assiette n'est pas exactement déterminée par les parties. Le débiteur n'est pas en mesure d'éviter des inscriptions excessives puisque, par hypothèse, elles portent sur des biens encore inconnus de son patrimoine. L'hypothèse est en tout point identique à celle mentionnée à l'article 2444 du code civil, elle devrait donc entraîner les mêmes conséquences.

139. Plus en avant, on a bien du mal à comprendre pourquoi le raisonnement ne pourrait pas être étendu à la cession fiduciaire de créance et plus généralement à l'ensemble des sûretés réelles dont l'assiette grève des biens futurs ou garantie des créances dont la valeur exacte n'est pas encore déterminée. Quelle différence y-a-t-il entre une hypothèque grevant un ensemble d'immeubles présents et à venir et la cession fiduciaire d'un flux de créances présentes et futures ? Quelle différence entre celui qui constitue une hypothèque pour garantir une dette encore future et celui qui cède ses créances pour garantir une dette à venir ? Aucune. Dans les deux cas, une fois évaporée, l'incertitude liée à l'étendue exacte de la dette et/ou à la valeur des biens grevés peut laisser place à des sûretés inutiles car disproportionnées au regard du but poursuivi.

Lorsque la valeur des biens grevés est déraisonnablement supérieure au montant des créances garanties, une correction apparaît nécessaire afin de ne pas épuiser la capacité de crédit du débiteur. En

³⁰³ Art. 2445 du code civil.

³⁰⁴ Art. 2444 du code civil.

³⁰⁵ Puisque depuis la réforme du 23 mars 2006 il est possible, *ab initio*, de garantir ses créances présentes comme futures, le grand gagnant des créanciers sera celui qui, le premier, se sera fait consentir la sûreté ayant l'assiette la plus générale possible sur le patrimoine de son débiteur.

³⁰⁶ AUBRY Ch. et RAU Ch., *Droit civil français*, t. III, par ESMEIN P., 7e éd., Librairies techniques, 1968, *spéc.* n°302, note 4. Plus récemment, SOUHAMI J. : « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD Civ.* 2008, p.27, *spéc.* n°37.

diminuant l'étendue des biens donnés en garantie pour se contenter du nécessaire, en réduisant par exemple la cession d'un flux de créances à certaines créances individualisées ou en refusant la cession totale d'une créance pour n'admettre que sa cession partielle, c'est l'image même du patrimoine du constituant qui en sort embellie. En exigeant une proportionnalité entre les créances cédées et les créances qu'elles garantissent, c'est la capacité d'endettement du constituant fiduciaire qu'on améliore et ce, sans porter préjudice au créancier³⁰⁷. À l'heure où les sûretés sont de plus en plus orientées vers l'avenir et permettent de garantir, comme de grever, des créances futures, la lutte contre les sûretés inutiles paraît de mise. Certains auteurs ont d'ailleurs expressément affirmé que « *l'élargissement de la possibilité de constituer une sûreté sur des biens futurs devrait [...] logiquement impliquer que le juge se voie reconnaître un pouvoir de réduction des sûretés excessives*³⁰⁸ ». Il n'est pas trop tard pour la future cession fiduciaire de créance, mais pour ce faire, encore faut-il déterminer **le critère et le champ d'application de cette procédure**.

140. **Concernant le critère de déclenchement**, plusieurs sont imaginables. La mise en œuvre de la procédure pourrait reposer sur un critère strict qui déterminerait de façon objective l'existence d'une disproportion. C'est le choix retenu par l'article 2444 du code civil et R.532-9 du code des procédures civiles d'exécution. L'on pourrait également retenir une approche beaucoup plus souple, qui conférerait pleine liberté au juge : c'est l'appréciation du caractère utile de la sûreté (article L.121-2 du code des procédures civiles d'exécution) ou de sa nature excessive (article 2445 du code civil). Opter pour un critère strict nous paraît être la meilleure des solutions en ce que cela permettrait d'éviter une progression anarchique, au gré de l'humeur jurisprudentielle, de l'idée de proportionnalité. Nous préconisons donc que le contrôle de proportionnalité repose sur un critère objectif : si les créances cédées en garantie sont deux fois supérieures³⁰⁹ au montant des créances garanties augmenté des frais, une action en réduction devrait être ouverte au constituant de la sûreté. Ce critère objectif, plus atteignable que le seuil fixé par l'article 2444 du code civil, ne devrait donc pas faire du juge « *le gendarme des sûretés réelles*³¹⁰ ».

141. **Concernant le champ d'application de la procédure**, comme nous l'avions laissé entendre (*cf. supra* n°117), il semble préférable de la limiter aux seuls constituants agissant en dehors de leur activité professionnelle. Cette limitation est souhaitable principalement pour trois raisons. La première tient au fait qu'un professionnel veille bien mieux à ses intérêts qu'un particulier et qu'il ne mérite donc pas la même protection que ce dernier. La deuxième est propre à l'objectif d'efficacité, principalement recherché dans les relations entre professionnels³¹¹ et qui pourrait se voir affecté par l'introduction d'une exigence de proportionnalité. La dernière raison est certainement la plus importante : imposer une telle exigence en présence d'un constituant professionnel ferait de la cession fiduciaire de créance un mécanisme mort-né. En effet, subordonner les cessions fiduciaires de créances entre professionnels à un principe de

³⁰⁷ BAUDRY-LACANTINERIE G. et DE LOYNES P. : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Du nantissement, des privilèges, et hypothèques*, *op. cit.*, n°1931. Voir pour un exemple de réduction d'hypothèque en jurisprudence : Cass. Req. 11 janv. 1847 D.1847, I, 125.

³⁰⁸ CROCQ P. : « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé » *Dr. et patrimoine* n°62, avr. 2001, p.58, *spéc* p.67.

³⁰⁹ C'est d'ailleurs le critère retenu par l'article R.532-9 du code des procédures civiles d'exécution.

³¹⁰ MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n°206.

³¹¹ THÉRY Ph. : « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés » *préc.*, *spéc.* p.56.

proportionnalité alors que la cession Dailly et le nantissement de créance y échappent, produirait nécessairement un effet répulsif. Dès lors, sauf à imposer l'exigence de proportionnalité à l'ensemble des sûretés sur créance, il faudra l'écarter en présence d'un constituant fiduciaire agissant dans le cadre de son activité professionnelle.

142. L'étude de cette exigence de proportionnalité que le présent mémoire propose d'introduire en matière de cession fiduciaire mettant un terme à l'étude des conditions de fond tenant aux créances données en garanties, il nous revient maintenant d'examiner les conditions tenant aux créances garanties par ce futur procédé.

B : Les conditions tenant aux créances garanties

143. La cession fiduciaire de créance de droit commun étant une sûreté démocratisée (*cf. supra* n°109 et s.), la qualité du dispensateur du crédit importe peu. Ainsi, la cession fiduciaire peut aussi bien garantir un crédit à court, moyen ou long terme, qu'un crédit déjà consenti, consenti concomitamment à la constitution de la sûreté ou bien postérieurement à celle-ci.

Cependant, si une créance future peut être garantie par une cession fiduciaire de créance, ce n'est pas à n'importe quelle condition. Si les articles relatifs à la cession de créance sont silencieux sur la question, reste qu'un certain nombre d'exigences doivent être respectées. D'abord, comme en matière d'hypothèque, les créances futures garanties doivent être suffisamment déterminables³¹². Parce que garantir une créance encore inexistante implique la mise en place d'une obligation de couverture, il conviendra également de déterminer la durée exacte de celle-ci. Cette durée peut être fixée *ab initio*, mais il arrive parfois que la sûreté soit à durée indéterminée. Dans ce dernier cas, comme en matière de cautionnements ou d'hypothèques consenties en garantie de créances futures³¹³, un droit de résiliation unilatéral devra nécessairement être reconnu au constituant fiduciaire.

144. S'il ne fait pas de doute qu'une cession fiduciaire puisse être constituée afin de garantir une créance future, peut-elle pour autant être stipulée rechargeable ? À l'image du mécanisme prévu en matière d'hypothèque³¹⁴ et de fiducie-sûreté³¹⁵, stipuler la cession rechargeable permettrait à la sûreté de garantir d'autres créances que celles mentionnées dans l'acte, aussi bien au profit du créancier originaire que d'un autre et ce sans avoir pour autant besoin de constituer une nouvelle sûreté. Le rechargement ferait alors de la cession fiduciaire une sorte d'enveloppe, librement réutilisable, sous la limite du montant conventionnellement garanti. La cession rechargeable aurait donc un véritable intérêt puisque, contrairement à une cession fiduciaire garantissant une créance future qui doit être suffisamment déterminable, elle permettrait de garantir, par une sûreté unique, des créances encore inconnues au jour de sa constitution et ce au profit du créancier originaire ou de tout autre. La faculté de recharge aurait

³¹² Art. 2421 du code civil. Pour des développements relatifs à l'exigence de détermination des créances futures voir AYNES L. et CROCQ P. : *Les sûretés, la publicité foncière, op. cit.*, n°663.

³¹³ Art. 2423 al. 3 du code civil.

³¹⁴ Art. 2422 du code civil.

³¹⁵ Art. 2372-5 du code civil.

également un avantage non négligeable en présence d'une procédure collective du constituant. La créance grevée par la sûreté étant sortie du patrimoine dès la constitution de la cession fiduciaire, le nouveau créancier bénéficiant d'une convention de rechargement postérieure ne se verra nullement affecté par l'ouverture de la procédure³¹⁶. C'est certainement l'ensemble de ces considérations qui poussèrent le professeur Philippe Dupichot à affirmer que « *les nouvelles sûretés seront rechargeables ou ne seront pas*³¹⁷ ».

145. Est-il cependant possible de mettre en place un tel mécanisme ? Pour répondre, il faut commencer par rappeler une classification rarement mentionnée par les manuels de droit du crédit : la *summa divisio* entre sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes³¹⁸. D'après cette classification, les sûretés seraient divisées en deux familles : les sûretés polyvalentes, qui ont une vocation générale (gage, nantissement, hypothèque...) et peuvent garantir n'importe quelle créance³¹⁹, et les monovalentes, qui ont une vocation particulière et qui n'existent que pour garantir une créance déterminée³²⁰ (privilèges, cession par voie de bordereau, clause de réserve de propriété...). On le sait, la cession fiduciaire de créance est susceptible de garantir tout type de créance, elle est donc polyvalente. Or, comme le souligne certains, si les sûretés polyvalentes peuvent être utilisées pour garantir n'importe quelle créance, elles devraient tout autant pouvoir être assorties, lors de leur constitution, d'une faculté de recharge³²¹.

Si cette démonstration ne suffisait pas à convaincre, il ne reste qu'à constater que le droit positif admet d'ores et déjà un tel mécanisme. En effet, au sein du régime de la fiducie sûreté, la loi prévoit expressément que la fiducie, qui peut grever des créances³²², puisse être stipulée rechargeable³²³. Par voie de conséquence, si le code civil ouvre dès à présent la possibilité de constituer une fiducie-sûreté rechargeable sur créance, on ne voit pas pourquoi il serait inconcevable d'admettre, dès demain, que la future cession fiduciaire de droit commun puisse également l'être.

146. Mais si sa mise en place est concevable, n'est-elle pas dangereuse pour le constituant ? Par la crainte que le rechargement des sûretés provoque parfois³²⁴, l'on pourrait d'abord être tenté de répondre par l'affirmative. Pourtant cette crainte n'est aucunement justifiée³²⁵. Certes, les sûretés rechargeables portent d'une certaine manière atteinte aux principes de spécialité et de l'accessoire puisque la sûreté pourra

³¹⁶ À condition toutefois que la recharge ne vise pas à garantir des dettes contractées antérieurement à l'avenant, auquel cas elle sera réputée nulle (transposition de la solution retenue à l'article L.632-1 I. 10° du code de commerce en matière de fiducie rechargeable).

³¹⁷ DUPICHOT Ph. : « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* n°14, avr. 2009, p.23, *spéc.* n°10.

³¹⁸ DAGOT M. : « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N* n°8, 1999, p.381.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ DAGOT M. : « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *préc.*, n°10.

³²¹ PELLIER J.-D. : « Réflexion sur la classification des sûretés réelles », *LPA* n°82, 2014, p.7 et s., *spéc.* n°7.

³²² Art. 2018-2 du code civil.

³²³ Art. 2372-5 du code civil.

³²⁴ Dans l'esprit de certains, la faculté de rechargement entraînerait, *de facto*, un risque de surendettement pour les particuliers. Cette croyance, pourtant erronée, a conduit le législateur à supprimer purement et simplement l'hypothèque rechargeable du paysage juridique français par l'article 46 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014. Il est ensuite partiellement revenu sur ses pas en admettant, par l'article 48 de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014, la constitution d'hypothèque rechargeable en présence de constituants professionnels.

³²⁵ Voir GIJSBERS Ch. : « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *préc.*, *spéc.* n°8 à 14, qui brise l'idée selon laquelle l'hypothèque rechargeable comporterait un risque de surendettement des ménages.

exister sans créance à garantir lorsque le constituant, ayant remboursé sa dette initiale, n'a pas usé de la faculté de recharge. Pour autant, est substitué au principe de spécialité des créances un principe de spécialité de la charge³²⁶ assurant à lui seul la protection du constituant. Conformément à ce principe, la faculté de rechargement devrait toujours se trouver limitée au montant de la somme garantie initialement prévue au sein de l'acte constitutif³²⁷. Une sûreté rechargeable présente donc autant de risque qu'une sûreté classique, tout en conférant l'avantage –non négligeable– d'être réutilisable.

147. Si l'admission de la cession fiduciaire rechargeable paraît aussi bien utile que possible, il convient toutefois de la limiter aux seuls constituants professionnels. En effet, s'il n'est pas douteux que la faculté de rechargement sera particulièrement appréciée des professionnels et viendra satisfaire leur soif d'efficacité, affirmer l'utilité pratique du mécanisme en présence d'un constituant particulier paraît assez hasardeux. Il est vrai que l'on conçoit bien mal qu'un particulier songe à constituer une sûreté fiduciaire pour garantir présentement un crédit tout en anticipant dans le même temps ses dettes à venir. En outre, le législateur étant encore réticent à l'idée de généraliser les sûretés rechargeables, comme en témoigne d'ailleurs le triste destin de l'hypothèque rechargeable³²⁸, il apparaît plus raisonnable de se contenter d'une sûreté rechargeable réservée aux professionnels plutôt que de ne pas la voir consacrée du tout.

148. Dorénavant fixé sur l'ensemble des conditions de fond de la future cession fiduciaire de droit commun qu'il est ici proposé d'introduire, il ne reste plus cas en examiner les conditions de forme.

Section II : Les conditions de forme

149. Afin de déterminer les conditions de forme auxquelles il faudra soumettre la future cession de droit commun à titre de garantie, nous étudierons les deux étapes qui s'imposent traditionnellement à la volonté des parties : l'exigence d'un écrit (§1) et la question de la publicité (§2).

³²⁶ DAUCHEZ C. : *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse, préc., n°229.

³²⁷ Si c'est la solution retenue en matière d'hypothèque (art. 2422 al.2 du code civil) une telle limite n'existe pas en matière de fiducie rechargeable qui est ré-évaluable, en présence de constituants personnes physiques, jusqu'à la valeur du bien grevé au jour de la recharge (art. 2488-5 al.2 du code civil). La réévaluation d'une fiducie constituée par une personne morale est quant à elle dénuée de toute limite. Comme l'ont souligné certains auteurs, cela n'est pas sans risque, la crise des *subprimes* en témoigne d'ailleurs parfaitement (AYNES L. et CROCQ P. : *Les sûretés, la publicité foncière*, op. cit., n°782).

³²⁸ Qui après avoir été ouverte à tous (ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006), a été totalement supprimée (art. 46 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014) avant d'être finalement réservée aux seuls créanciers professionnels (art. 48 de la loi n°2014-1545 du 20 déc. 2014).

Paragraphe I : L'exigence d'un écrit.

150. L'exigence d'un écrit en matière de sûreté réelle est aujourd'hui chose commune, y compris en matière de propriété-sûreté³²⁹. L'intérêt d'un écrit est indéniable. Il protège d'abord le constituant en évitant qu'il traite à la légère un engagement patrimoniallement dangereux. Plus encore, il confère une sécurité juridique au créancier bénéficiaire³³⁰. En effet, en matérialisant la sûreté au sein d'un écrit, le bénéficiaire s'assure de l'assiette exacte de sa sûreté, évite toute contestation susceptible d'être formulée par des titulaires de droits postérieurs, ainsi que toute tentative de fraude de la part du constituant.

Les vertus de l'écrit expliquent très certainement pourquoi, depuis 2016, le code civil exige qu'une cession de créance de droit commun soit, à peine de nullité, constatée par écrit³³¹. Cette exigence demeure cependant bien maigre puisque le texte reste muet quant au contenu précis de cet écrit. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant n'est d'ailleurs pas beaucoup plus éloquent sur ce point puisqu'il se contente d'exiger que les créances cédées et garanties puisse être individualisables³³². Le bon sens, ainsi que les solutions retenues³³³ ou préconisés³³⁴ dans des domaines proches, devront alors guider le législateur afin de déterminer au mieux le futur contenu de l'écrit constatant la cession fiduciaire.

151. Ainsi, l'écrit, garant de la sécurité juridique du mécanisme, devra contenir l'ensemble des mentions indispensables à l'identification de l'opération. L'acte devra donc mentionner la date de la cession³³⁵, la désignation des créances garanties et cédées, l'identité du cessionnaire et du cédant³³⁶, ainsi que la signature de ce dernier³³⁷.

152. En la matière, il convient cependant d'éviter tout excès de formalisme afin d'assurer la pleine efficacité de la future cession.

³²⁹ L'écrit est notamment exigé à titre de validité pour la cession Dailly (art. L.313-23 du code monétaire et financier), la fiducie-sûreté (art. 2018, 2372-2 et 2488-2 du code civil), la clause de réserve de propriété (art. 2368 du code civil) ou encore le crédit-bail (art. L.313-9 al.2 du code monétaire et financier).

³³⁰ GIJSBERS Ch. : *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, *préc.*, n°278 ; DUPICHOT Ph. : *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, Edition Panthéon Assas, 2005, n°592 et s.

³³¹ Art. 1322 du code civil. On remarquera que ce texte opère une innovation au regard de la cession de créance de 1804 qui était considérée comme un contrat consensuel. Ce consensualisme était cependant corrigé par la nécessité d'une signification (art.1690 du code civil). Il existe donc aussi un lien entre la suppression de l'exigence de signification d'une part et le nouveau caractère formaliste de la cession de créance d'autre part. Pour autant, il y a fort à parier que cette évolution n'aura qu'un impact des plus résiduels puisque, par le passé, il était bien rare qu'une cession de créance s'opère effectivement sans support écrit.

³³² Art. 2374 de l'Avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant.

³³³ Notamment en matière de cession Dailly (art. L.313-23 et s. du code monétaire et financier) ou de cession de créance professionnelle en droit OHADA (art. 81 et s. de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés).

³³⁴ Paris Europlace : *Quelques propositions de modernisation et de simplification du droit des sûretés français*, *préc.*, p.65.

³³⁵ La date de l'acte est une exigence cruciale car comme nous le verrons, elle détermine aussi bien la date d'opposabilité de la cession entre les parties (*cf. infra* n°168 et s.) que vis-à-vis des tiers (*cf. infra* n°199 et s.).

³³⁶ Le droit de l'OHADA (art.81) et les propositions de la Commission Paris Europlace (annexe 9) recommandent d'ailleurs les mêmes mentions.

³³⁷ L'exigence d'une signature est bien souvent oubliée par les textes. Pour autant, l'unanimité de la doctrine considère cette mention comme essentielle puisqu'elle matérialise le consentement du constituant.

Ainsi, la désignation au sein de l'acte de la valeur des biens grevés ne paraît pas opportune en ce qu'elle serait un obstacle à une cession fiduciaire ayant pour assiette des créances futures³³⁸. Dans une telle hypothèse, la possibilité d'individualiser les créances, via notamment la désignation de la personne du débiteur, du lieu de paiement, ou de leur modalité d'évaluation, paraît amplement suffisante³³⁹.

De même, la dénomination exacte et apparente « *d'acte de cession de créances à titre de garantie* » comme cela est exigé en matière de bordereau Dailly³⁴⁰ ne nous semble pas nécessaire. En la matière, les erreurs sont légion et la jurisprudence bien trop stricte : une erreur sur l'exacte appellation, aussi minime soit-elle, suffit à disqualifier l'opération, faisant alors de l'exigence une échappatoire trop commode pour le constituant et le débiteur cédé³⁴¹. Aucune appellation formelle ne devrait être exigée par la loi, dès lors que l'acte permet raisonnablement de comprendre que l'on est en présence d'une cession de créance à titre de garantie, l'appellation formelle de la sûreté n'a aucun intérêt –si ce n'est permettre à certains de se délier illégitimement de leurs engagements. En d'autres termes, si la forme est la sœur jumelle de la liberté³⁴², elle peut aussi devenir, lorsqu'on en abuse, la petite sœur de l'inanité.

153. Pour autant, si l'excès de formalisme doit être évité, opter pour une trop grande souplesse pourrait, à terme, s'avérer préjudiciable pour le cédant. Dès lors, exiger l'indication dans l'acte de ce que l'opération est soumise aux dispositions du code civil semble fort utile. Cette référence directe aux dispositions du code permettrait ainsi d'informer le cédant du régime applicable à l'opération, de distinguer le mécanisme de celui de la loi Dailly, et de ne plus se soucier de l'absence d'exigence *ad validitatem* de la dénomination « *d'acte de cession de créances à titre de garantie de droit commun* ». Retenir une telle solution permettra assurément de distinguer avec d'avantage de netteté, comme le souhaite une fraction importante de la doctrine³⁴³, les erreurs purement matérielles, qui ne sont pas de nature à susciter la confusion dans l'esprit des parties et qui doivent rester sans conséquence, des irrégularités plus graves qui elles, doivent être sanctionnées.

154. Si la question de l'écrit et du contenu de l'acte constatant la cession fiduciaire de créances est dorénavant réglée, ces exigences ne suffisent pas à signaler l'existence de la sûreté aux tiers. Reste alors à s'interroger sur la deuxième étape du parcours formaliste d'une sûreté réelle : sa publicité.

³³⁸ Cette solution, malheureusement retenue en matière de fiducie-sûreté (art. 2372-2 du code civil), est l'un des handicaps majeurs de cette sûreté (cf. *supra* n°92). Il convient donc de ne pas reproduire la même erreur au moment de la consécration de la cession de créance de droit commun à titre de garantie.

³³⁹ C'est d'ailleurs la solution retenue en présence d'une cession Dailly : Cass. Com., 4 nov. 2014 n°13-21.201, *Non publié*.

³⁴⁰ La dénomination « *acte de cession de créances professionnelles* » est requise *ad validitatem* par l'article L.313-23 du code monétaire et financier.

³⁴¹ Voir Cass. Com., 11 juill. 2000 n°97-22.452, *Bull. civ.* IV n°141, p.127, où Chambre commerciale a refusé la qualification de bordereau Dailly à un titre simplement dénommé « *acte de cession de créance de loi Dailly* » et au sein duquel une erreur sur la date de la loi Dailly avait été faite. Voir, plus récemment, Cass. Com., 13 sept. 2017 n°16-11.408, *Non publié*, où la Chambre commerciale a considéré que le bordereau intitulé « *bordereau de cession de créances* », dans lequel l'adjectif « *professionnelles* » avait été omis, ne valait pas comme cession Dailly alors même que le contrat de cession comportait les références « *Bordereau Dailly* » et « *actes de cessions de créances professionnelles* ».

³⁴² Selon la formule consacrée par le juriste allemand Rudolf Von Ihering.

³⁴³ En dernier lieu, EL MEJRI A. : « Cession Dailly - Bordereau Dailly : utiles précisions au sujet des conditions de forme, de la notification et de la portée des stipulations de l'acte générateur de la créance » *note sous* Cass. com., 11 octobre 2017, *RDBF* n°1, janv. 2018, étude. 2, *spéc.* n°5.

Paragraphe II : La question de la publicité

155. Contrairement à l'exigence d'un écrit qui vise à protéger le constituant, comme le bénéficiaire, d'une cession fiduciaire, la publicité d'une sûreté elle, n'a d'autre objectif que la protection des tiers. En présence d'une sûreté sans dépossession matérielle, la publicité assure l'information de tous, dote la sûreté d'un corps apparent, « *l'incarne aux yeux des tiers*³⁴⁴ » et révèle l'exacte situation patrimoniale d'un débiteur, évitant ainsi que l'apparence ne triomphe sur la réalité. Plus encore, la publicité réduit grandement les conflits entre titulaires de droit concurrents. Mieux informés, les créanciers potentiels s'engageront en toute connaissance de cause et ne verront pas leurs droits spoliés par une sûreté occulte.

156. Si la nécessité d'une publicité n'est pas discutée en présence de sûreté réelle sans dépossession³⁴⁵, force est de constater que les sûretés-propiétés vivent bien plus dans l'ombre que dans la lumière³⁴⁶. La clause de réserve de propriété³⁴⁷, le bordereau Dailly³⁴⁸ et la fiducie sûreté mobilière³⁴⁹ ne font l'objet d'aucune forme de publicité. Seul le crédit-bail échappe à la critique³⁵⁰. C'est même le phénomène inverse que l'on constate en droit commun : alors que l'opposabilité générale de la cession de créance était initialement conditionnée à la signification au débiteur ou à l'acceptation de ce dernier par acte authentique³⁵¹, la cession est aujourd'hui opposable à tous dès sa date³⁵², exception faite du débiteur cédé qui doit simplement se la voir notifier ou en prendre acte³⁵³.

157. Cette absence de publicité, souvent justifiée par les exigences de rapidité liées au monde des affaires, demeure cependant regrettable. En effet, l'obscurantisme des sûretés-propiétés conduit à créer l'apparence, au sein du patrimoine du constituant, d'une surface financière alléchante qui ne manquera pas de tromper les potentiels créanciers du débiteur.

Les dommages causés par cette absence de publicité peuvent toutefois être relativisés, d'abord parce que les biens grevés d'une sûreté font l'objet d'une ligne comptable distincte au sein du bilan du débiteur³⁵⁴, ensuite parce que les établissements financiers disposent de nombreuses bases d'information leur permettant d'avoir une vision globale de la capacité d'endettement d'un débiteur³⁵⁵.

Pour autant, généraliser la cession fiduciaire suppose, on le sait, de démocratiser le recours à celle-ci (cf. *supra* n°109 et s.). Dès lors, contrairement à la cession Dailly qui est réservée aux établissements

³⁴⁴ GIJSBERS Ch. : *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, *préc.*, n°279.

³⁴⁵ Sauf rares exceptions, notamment le nantissement de créances qui, depuis 2006, est opposable dès la date de l'acte sans publicité d'aucune sorte (art. 2361 du code civil).

³⁴⁶ Ce constat a déjà été dressé, voir notamment CROCQ P. : « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p.345, *spéc.* n°6 et s.

³⁴⁷ Dont la publicité est seulement facultative depuis le décret n°94-910 du 21 octobre 1994.

³⁴⁸ Art. L.313-27 du code monétaire et financier.

³⁴⁹ Si l'article 2020 du code civil prévoit l'enregistrement du contrat de fiducie sur le registre national des fiducies, c'est seulement pour permettre aux services fiscaux de lutter contre toute fraude fiscale. Le registre n'a pas de fonction publicitaire et n'est alors pas librement consultable par les tiers.

³⁵⁰ Art. R.313-4 et s. du code monétaire et financier pour le crédit-bail mobilier et Art. R.313-12 et s. pour le crédit-bail immobilier.

³⁵¹ Art. 1690 du code civil.

³⁵² Art. 1323 du code civil.

³⁵³ Art. 1324 du code civil.

³⁵⁴ CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, *préc.*, n°449.

³⁵⁵ CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, *préc.*, n°452.

financiers, les créanciers les plus divers auront accès à cette nouvelle sûreté. Or, les créanciers non bancaires, moins influents, auront bien du mal à se procurer le bilan comptable d'une société³⁵⁶. L'information deviendra alors moins accessible et forcera certains à recourir aux services payants de tiers investigateurs³⁵⁷. Dans cette hypothèse, l'absence de publicité s'avérera donc bien plus problématique. Plus encore, si un créancier professionnel peut identifier les sûretés grevant usuellement le patrimoine d'un acteur économique, il lui sera bien difficile d'anticiper la constitution de cessions fiduciaires sur créances futures ou de cibler quels flux d'affaires ont déjà fait l'objet d'une telle cession³⁵⁸.

En ce domaine, la publicité paraît donc être de mise. C'est d'ailleurs l'option retenue dans bon nombre de législations³⁵⁹. Reste alors à identifier comment la mettre en place. Pour la future cession fiduciaire de créance, deux options s'offrent au législateur.

158. La première option viserait instaurer une publicité *a posteriori*, en passant par une obligation d'information imposée au débiteur cédé³⁶⁰. « *Une chose est en effet certaine : parce qu'il doit payer sa dette, le débiteur sera toujours informé, tôt ou tard, du transfert réalisé. Il est alors en mesure de pourvoir à l'information de tout éventuel cessionnaire ultérieur. Il constituerait ainsi un parfait centre de renseignement sur l'existence des transferts de la créance, à l'instar de security interest de l'article 9 du Uniform Commercial Code*³⁶¹ ».

À la réflexion, un tel mécanisme existe déjà en droit français. En présence d'une saisie-attribution, il est faite obligation au tiers saisi de renseigner le saisissant sur l'état de la créance³⁶². Cette obligation s'explique cependant par le particularisme de la saisie : celle-ci suppose la production d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice et repose sur l'intervention d'un huissier de justice. Or, il y a une différence fondamentale pour un débiteur entre informer un officier public et informer n'importe quel tiers qui se présenterait à lui³⁶³. Outre cet obstacle psychologique, généraliser ce mode de publicité reste cependant envisageable.

Recourir à cette forme de publicité impliquerait toutefois que chaque cession fiduciaire soit notifiée aux débiteurs cédés, ce qui est loin d'être le cas dans le milieu bancaire, mais également que l'on soit en mesure d'organiser cette publication de façon satisfaisante. Par le passé, si l'idée d'une publicité articulée autour du débiteur a germé en doctrine³⁶⁴, elle fut abandonnée faute justement de pouvoir s'accorder sur son exacte mise en œuvre³⁶⁵. Cela explique certainement pourquoi la jurisprudence n'a jamais considéré que la notification d'une cession Dailly faisait peser sur le débiteur cédé une obligation d'information au

³⁵⁶ Tout dépendra du rapport de force entre les parties en présence.

³⁵⁷ CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, *préc.*, n°453.

³⁵⁸ Cela est d'autant plus vrai que la cession fiduciaire de créances futures ne donne lieu à aucune écriture comptable, seule une information en annexe doit être fournie (*Position du CNC relative au traitement comptable applicable aux cessions de créances futures dans le cadre de contrats de partenariats publics-privés*, 5 mars 2009, §3.2 p.7).

³⁵⁹ Pour une approche internationale de la question, voir GIJSBERS Ch. : *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, *préc.*, n°370.

³⁶⁰ ANSALONI G. : *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse (dir.) THÉRY (Ph.), Paris II, 2006, n°416 et s.

³⁶¹ VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°385.

³⁶² Art. L.211-3 du code des procédures civiles d'exécution.

³⁶³ JULIENNE M. : *Le nantissement de créance*, thèse, *préc.*, n°38.

³⁶⁴ L'Avant-projet de réforme du nantissement élaboré par la Société d'études législatives proposait déjà, en 1937, une publicité reposant sur le débiteur à qui le nantissement avait été notifié.

³⁶⁵ Notamment sur la détermination exacte des tiers pouvant bénéficier de l'information, le délai de réponse, les sanctions applicables...

profit du cessionnaire³⁶⁶, et ce même lorsque la notification invitait expressément ce dernier à préciser les raisons qu'il pourrait avoir à ne pas payer³⁶⁷. Opter pour ce mode de publicité pour la future cession fiduciaire de créance paraît donc peu opportun.

159. On peut songer alors à un second mode de publicité qui reposerait cette fois sur l'enregistrement de la cession sur un registre particulier. La mise en place d'un tel registre ne semble pas relever de l'utopie puisqu'il suffirait, comme le plébiscitent d'ailleurs certains travaux internationaux³⁶⁸, de créer un registre centralisé au sein duquel serait fait mention du cédant, du cessionnaire et des éléments permettant l'identification des créances cédées, qu'elles soient présentes ou futures. C'est d'ailleurs la solution retenue en droit OHADA puisque l'opposabilité aux tiers de la cession de créance à titre de garantie est conditionnée à son enregistrement au sein du Registre du commerce et du crédit mobilier³⁶⁹. On ne saurait *réver mieux*³⁷⁰ pour les sûretés réelles mobilières et plus particulièrement pour la cession fiduciaire de créance qui nous intéresse ici.

Pour autant, la sécurité attachée à cette publicité ne sera satisfaisante qu'à la condition d'y soumettre l'ensemble des sûretés occultes sur créance, translatives de propriété ou non³⁷¹. Dans le cas contraire, l'intérêt de cette publicité ne serait que très résiduelle et son efficacité, quasiment artificielle³⁷².

160. Finalement, en matière de sûretés réelles sur bien incorporels, c'est certainement sur la question de leur publicité que les plus gros travaux doivent être entrepris afin d'assurer pleinement la protection des tiers. À défaut, le caractère occulte des sûretés-propiétés et de la cession de créance de droit commun à titre de garantie continuera d'entretenir de nombreux conflits entre titulaires de droits concurrents (*cf. infra* n° 198 et s.). En attendant que le législateur daigne se prononcer sur cette question, il faut maintenant étudier les effets de la future cession fiduciaire qu'il est ici question d'introduire.

Chapitre II : Les effets

161. Afin déterminer clairement les conséquences futures de la cession fiduciaire de droit commun, il semble nécessaire de distinguer les effets de la cession entre les parties (Section I) de ceux qu'elle est susceptible de produire vis-à-vis des tiers (Section II).

³⁶⁶ Cass. Com., 24 mars 1992 n°90-14.678, *Bull. civ.* IV n°128, p.92 ; Cass. Com., 4 mars 2008 n°06-19.725, *Non publié*. Les deux arrêts réservent cependant l'hypothèse de la fraude.

³⁶⁷ Cass. Com., 24 mai 1994 n° 92-16.232, *Non publié*.

³⁶⁸ Voir notamment, la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, *préc.*, p.24 et s.

³⁶⁹ Art. 81 et 131 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés en droit de l'OHADA.

³⁷⁰ CROCQ P. : « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective » *Rev. proc. coll.* n°6, nov. 2009, dossier 18. L'auteur conclut ainsi : « *Je fais le rêve, en matière de sûreté sur meubles corporels, d'un système de publicité informatique et unifié dont dépendrait l'opposabilité de l'ensemble des sûretés, quelles qu'elles soient* ».

³⁷¹ Devraient donc y être soumise aussi bien la cession par voie de bordereau Dailly, la fiducie-sûreté, le nantissement de créance ou encore les sûretés sur créance garantissant le solde d'opérations sur instruments financiers à terme.

³⁷² En ce sens, à propos du nantissement, voir JULIENNE M. : *Le nantissement de créance*, thèse, *préc.*, n°39.

Section I : Les effets de la cession entre les parties

162. Afin de déterminer au mieux les effets de la cession fiduciaire de créance entre les parties, il convient d'abord d'apprécier le moment exact où la cession déploie ses effets, autrement dit la date du transfert de la créance cédée entre les parties (§I) avant d'en tirer l'ensemble des conséquences (§II).

Paragraphe I : La date du transfert de la créance entre les parties

163. Si au premier abord, la question de la date du transfert de la créance au cessionnaire peut paraître théorique, elle revêt néanmoins des intérêts pratiques non négligeables. Entre les parties, autrement dit entre le cédant et le cessionnaire, la date à compter de laquelle la créance est réputée sortie du patrimoine du cédant emporte tout une série de conséquences que nous aborderons en détail par suite (*cf. infra* n°173 et s.). Toutefois, afin de souligner dès à présent l'importance de la détermination de cette date, il semble opportun de rappeler, à titre liminaire, l'enjeu que représente la question en présence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant.

La date du transfert de la créance cédée fixe le moment à partir duquel celle-ci est sortie du patrimoine du cédant. À compter de cette date, le cessionnaire est titulaire de la créance, et partant, il n'aura pas à subir l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant. Ainsi, lorsque la créance est transférée antérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés, le cessionnaire, situé hors procédure, sera à l'abri des tourments du droit de la faillite. *A contrario*, si la cession est postérieure à l'ouverture, le cessionnaire verra ses droits neutralisés. Lui seront donc opposées tant la suspension des poursuites individuelles que l'obligation de déclarer sa créance à la masse. Assis à la table des créanciers, il se trouvera alors dans une situation fort inconfortable car l'on sait à quel point il est rare, après le passage des créanciers titulaires du privilège de *new money*, du Trésor public et du super-privilège des salariés, qu'il reste encore de quoi se désintéresser. Déterminer la date du transfert de la créance cédée à titre de garantie est donc d'une importance primordiale.

164. Pour déterminer cette date, deux solutions sont envisageables.

On peut d'abord retenir que la cession s'opère **à la date de l'acte constitutif de la sûreté** et ce peu importe le caractère présent, futur ou conditionnel de la créance cédée. À certains égards, cette conception peut choquer du fait de son caractère quelque peu artificiel. Retenir cette solution, revient en effet à affirmer qu'une créance future puisse être transférée au cessionnaire, dès la date de l'acte, alors même qu'elle n'est pas encore née. La créance serait donc transmise au créancier cessionnaire avant même qu'il ne dispose d'un droit définitif sur celle-ci. Pour expliquer cette bizarrerie, il faut admettre que la cession de créance est opposable rétroactivement entre les parties : lorsque la créance vient à naître et que le créancier acquiert effectivement un droit sur celle-ci, le transfert rétroagit. Il est considéré comme ayant eu lieu *ex ante*, au moment de la conclusion de la convention de cession. Cette présentation, aussi paradoxale qu'elle puisse paraître, a le mérite de la simplicité en ce qu'elle ne distingue pas selon le

caractère présent ou futur de la créance cédée. Favorable au cessionnaire, elle incite également les dispensateurs de crédit à octroyer des prêts garantis par des créances encore inexistantes.

A l'opposé de cette première solution, il est possible de retenir que la créance se voit transférée **à la date de sa naissance**, voire à la date d'exécution du contrat qui la génère. Ainsi, en présence d'une créance présente, celle-ci serait immédiatement transmise au cessionnaire. Au contraire, lorsque la créance cédée est simplement future, elle ne lui serait transférée qu'une fois née. En d'autres termes, dans l'hypothèse où un cédant conclut, antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective à son encontre, une cession fiduciaire au bénéfice d'un créancier mais que cette cession porte sur des créances encore futures au jour du jugement d'ouverture, le cessionnaire, qui a pourtant conclu le contrat de cession antérieurement à ladite procédure, verra ses droits neutralisés. Si cette conception est moins artificielle que la précédente, elle est toutefois antiéconomique en ce qu'elle enraye les crédits garantis par un flux global de créances futures. Une lutte entre ces deux conceptions a eu lieu tant en jurisprudence qu'en doctrine.

165. La Cour de cassation, statuant en matière de bordereau Dailly, a d'abord semblé retenir la seconde conception en estimant que la date du transfert d'une créance était fonction de son jour de naissance. Elle l'a d'abord affirmé en matière de contrat à exécution successive. Ainsi, par un arrêt du 26 avril 2000³⁷³, la Chambre commerciale affirma que *« c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu 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 »*. Cette solution, consacrant la thèse matérialiste³⁷⁴ selon laquelle le fait générateur de la créance est situé non dans la formation du contrat à exécution successive mais dans son exécution, a été fortement critiquée en doctrine³⁷⁵ même si certains auteurs tentèrent, tant bien que mal, de lui trouver un fondement juridique³⁷⁶. Pourtant, sur le terrain de la cession de créance de droit commun, la Chambre commerciale n'hésita pas à récidiver, affirmant une nouvelle fois que *« le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits du cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement »*³⁷⁷.

Cette position jurisprudentielle qui, pour certains, sonnait le glas de la cession Dailly³⁷⁸, s'accordait mal avec la position adoptée par la 2^{ème} Chambre civile qui, en matière de saisie-attribution, déclarait *« que 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 judiciaire de celui-ci poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement »*³⁷⁹.

³⁷³ Cass. Com., 26 avr. 2000 n° 97-10.415, *Bull. civ.* IV n° 84, p.74 ; Voir antérieurement, à propos d'un contrat de factoring : Cass. Com., 21 nov. 1972 n°71-13.170, *Bull. civ.* IV, n° 296 p.277.

³⁷⁴ ANCEL P. : « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771 et s., *spéc.* n°42.

³⁷⁵ Voir notamment LARROUMET Ch. : *obs. sous* l'arrêt du 26 avr. 2000, D.2000, p.717, ; LEGAIS D. : *obs. sous* l'arrêt du 26 avr. 2000, *JCP E* 2000, p.1134.

³⁷⁶ Pour une proposition de justification voir CABRILLAC M., *obs. sous* Cass. Com., 26 avr. 2000, *RTD Com.* 2000, p.994. Pour un développement complet des différents arguments, voir VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, *préc.*, n°416 à 419.

³⁷⁷ Cass. Com., 22 mai 2002 n°99-11.052, *Non publié*.

³⁷⁸ LARROUMET Ch. : *obs. sous* l'arrêt du 26 avr. 2000, *préc.*, n°11.

³⁷⁹ Cass. 2^{ème} Civ., 10 juill. 1996 n°94-19.551, *Bull. civ.* II n° 209, p.127.

Cette différence de traitement, *a priori* paradoxale, pouvait cependant s'expliquer par les différences entre les textes régissant la cession Dailly et ceux organisant la saisie attribution : alors que sur la question de la date du transfert, la loi Dailly était au départ muette, la loi du 9 juillet 1991 prévoyait elle, en son article 43, que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du titulaire de la créance saisie ne remettait pas en cause l'attribution de la créance au saisissant³⁸⁰. Par une loi du 1^{er} août 2003³⁸¹ le législateur tenta de corriger la situation en ajoutant à l'article L.313-27 al.1 du code monétaire et financier la précision suivante : « *La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité* ». Reste que la modification opérée n'était pas dénuée de toute équivoque³⁸².

166. Pour le plus grand plaisir de la doctrine de l'époque, la Chambre commerciale parut retrouver la raison dans un arrêt du 7 décembre 2004³⁸³. En l'espèce, était en cause la cession d'une créance résultant d'un contrat de vente sur chose future dont la fabrication et la livraison avaient été postérieures à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant. Il s'agissait donc d'une cession de créance future. Or, à suivre les prises de positions antérieures de la Chambre commerciale, ladite cession aurait dû être totalement privée d'effet. Il n'en fut rien. Après avoir affirmé que la cession, constituée antérieurement à l'ouverture de la procédure, prenait effet entre les parties à la date apposée sur le bordereau, la Cour de cassation censura les juges du fond pour avoir privé d'effet la cession au motif qu'elle portait sur une créance née postérieurement au jugement d'ouverture. Si cette prise de position annonçait un avenir radieux pour la cession fiduciaire de créance, elle n'effaçait pas pour autant toute incertitude. *Quid*, en effet, de la date de transfert d'une créance non pas future mais issue d'un contrat à exécution successive ?

La Cour de cassation ne tarda pas à se prononcer sur le sujet. Par un arrêt du 22 novembre 2005³⁸⁴ la jurisprudence consacra la thèse volontariste³⁸⁵ : le fait générateur d'une créance se situant dans la conclusion du contrat, la créance d'un contrat à exécution successive est réputée cédée à la date de l'acte de cession. Dorénavant, en matière Dailly, la date de l'acte prime en toute hypothèse sur la date de naissance de la créance.

167. Cette préférence pour le transfert de la créance à la date de l'acte a d'ailleurs les faveurs du législateur. À l'échelle nationale, la solution retenue en matière de nantissement de créance est identique à celle consacrée par la jurisprudence précitée. En effet, si l'article 2357 du code civil dispose que lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier n'acquiert de droit sur cette créance qu'à sa naissance, l'article 2361 du même code s'empresse de préciser que le nantissement d'une créance future

³⁸⁰ Solution aujourd'hui codifiée à l'article L.211-2 du code des procédures civiles d'exécution.

³⁸¹ Loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

³⁸² CABRILLAC M. : « Cession Dailly. Effets, modifications (L. de sécurité financière n° 2003-706, 1^{er} août 2003) », *RTD Com.* 2003, p.784 ; BONNEAU Th. : « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière », *JCP E* n°38, 2003, p.1470 et s., *spéc.* n° 32.

³⁸³ Cass. com., 7 déc. 2004 n°02-20.732, *Bull. civ.* IV n° 213, p.239.

³⁸⁴ Cass. Com., 22 nov. 2005 n°03-15.669, *Bull. civ.* IV n°230, p.249.

³⁸⁵ TORCK S. : « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* n°224, 9 nov. 2004, p.25.

prend tout de même effet entre les parties à la date de l'acte. Ainsi, si le nantissement ne devient effectif qu'une fois la créance future née, son transfert rétroagit cependant au jour de l'acte de cession. Cette solution est également retenue par les différentes codifications internationales. L'article 9.1.5 des principes d'Unidroit 2016 dispose par exemple qu'une créance future est « *réputée cédée au moment de la convention* », à la condition, dictée par le sens commun, qu'elle puisse être identifiée comme la créance cédée. Les principes européens du droit des contrats vont dans le même sens. Si l'article 11:202 énonce que la cession d'une créance future est subordonnée à sa naissance, il ajoute que, lorsque celle-ci survient, « *elle prend effet dès le moment de l'accord de cession ou à tel moment ultérieur dont le cédant et le cessionnaire sont convenus* ».

168. Qu'en sera-t-il alors pour la future cession de créance de droit commun à titre de garantie ? L'article 1323 du code civil entend régler la question. Il dispose qu'entre les parties « *le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte* » mais ajoute dans un troisième alinéa que « *toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers* ». Cette dichotomie entre créance présente et créance future n'est pas nouvelle³⁸⁶. Pourtant, cette prise de position est de nature à provoquer une certaine incompréhension. Nous l'avons vu, les prises de position antérieures de la jurisprudence, comme de la loi, vont dans le sens contraire : peu importe le jour de naissance de la créance, celle-ci est par principe transmise au cessionnaire à la date de l'acte.

À suivre l'article 1323 à la lettre, force est de conclure que si les créances présentes sont transférées à la date de l'acte, les effets d'une cession portant sur des créances futures sont quant à eux reportés à la date de naissance de ces créances. L'article paraît alors édicter un principe d'*effet immédiat* pour les créances actuelles et d'*effet retardé* pour les créances futures. Ainsi, malgré les explications apportées par certains auteurs pour passer outre cette incohérence³⁸⁷, l'utilisation de l'adverbe *toutefois* souligne la discrimination dont font l'objet les créances futures.

Ce particularisme en présence de créances futures représente pourtant une véritable infirmité³⁸⁸ pour la cession fiduciaire face aux autres opérations sur créance. En effet, entre cessionnaire et cédant, retarder le transfert des créances futures peut s'avérer problématique, notamment lorsque l'ouverture d'une procédure collective menace ce dernier. En pareille hypothèse, et si l'on retient que les créances futures ne sont transmises qu'au jour de leur naissance, alors une cession de créance à titre de garantie conclue antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective mais qui porterait sur des créances encore futures au jour de l'ouverture se verrait purement et simplement neutralisée. Plus en avant, la loi ne tranche pas la question des créances issues d'un contrat à exécution successive. Doit-on considérer ces créances comme présentes ou futures ?

Doit-on retenir qu'elles naissent au jour de la conclusion du contrat (thèse volontariste) ou bien au fur et à mesure de l'exécution du contrat (thèse matérialiste) ? Le doute reste entier.

³⁸⁶ Elle figurait déjà au sein de l'Avant-projet Catala (art. 1254 et 1254-1 de l'avant-projet).

³⁸⁷ JULIENNE M. : « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ? » *Dr. et patrimoine* n°249, juill. 2015, p.69 et s., spéc. p.70 ; CHANTEPIE G. & LATINA M. : *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, spéc.* 865.

³⁸⁸ DANOS F. : « Proposition de modification de l'article 1323 du code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future » *RDC* n°1, mars 2017, p.200.

169. Ce qui est en tout cas certain, c'est que le choix opéré par l'article 1323 du code civil est de nature à ruiner l'intérêt de consacrer une cession fiduciaire de créance en droit commun. Si toute cession de créance future peut se voir neutralisée par l'ouverture postérieure d'une procédure collective à l'égard du cédant, il y a fort à parier que les dispensateurs de crédit se tourneront plutôt vers d'autres sûretés sur créance. Dès lors, pour le Professeur Stéphane Torck, consacrer la cession fiduciaire de créance sans pour autant modifier la lettre de l'article 1323 reviendrait à faire de la cession de créance à titre de garantie une sûreté inutile³⁸⁹. Il convient donc de modifier cet état du droit. Retenir qu'en présence d'une cession fiduciaire la date du transfert des créances est fonction de leur date de naissance revient à déjouer les prévisions du cessionnaire : une fois la sûreté constituée, tout cessionnaire s'attend à ce que les créances deviennent siennes à compter de la date de l'acte³⁹⁰. Cette attente est d'ailleurs parfaitement légitime puisque le transfert immédiat des créances futures constitue le principe en droit français, aussi bien en matière de nantissement de créance³⁹¹, qu'en présence d'une cession Dailly³⁹². Dès lors, pour éviter que le glas de la cession de créance de droit commun à titre de garantie ne sonne avant sa consécration, deux options sont ouvertes.

170. La plus radicale d'entre elles viserait à modifier purement et simplement la lettre de l'article 1323 du code civil. Le professeur Frédéric Danos en propose la rédaction suivante :

« Le transfert d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte (...)

Toutefois, lorsque la cession a pour objet une créance future, le cessionnaire acquiert un droit sur la créance lors la naissance de celle-ci³⁹³ ».

Cette rédaction semble fort bienvenue en ce qu'elle met fin à la distinction entre créance présente et future, évite toute ambiguïté et transpose la solution retenue en matière de nantissement en fusionnant les articles 2357 et 2361 du code civil en un texte unique. Elle serait cependant pleinement satisfaisante si elle prévoyait également, comme le font certaines codifications internationales³⁹⁴, que le transfert des créances peut être reporté à une date ultérieure par la simple volonté des parties.

171. Pour autant, cette modification de la lettre de l'article 1323 du code civil n'a pas été adoptée par la loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du code civil. Il y a alors fort à parier qu'elle n'arrivera jamais. Une autre option demeure tout de même envisageable. Celle-ci consisterait à interpréter différemment l'article 1323. Au lieu de considérer l'alinéa 1^{er} et 3^{ème} comme contradictoires, il faudrait les voir comme complémentaires. Via cette analyse, l'article 1323 ne dirait rien de plus que cela : la cession d'une créance future ne devient effective qu'une fois la créance née (al.3), cependant, on doit considérer que l'effet translatif se produit lui au jour la date de l'acte (al.1). Cette interprétation, si elle prend une certaine liberté avec la lettre du texte, est toutefois fort satisfaisante en ce

³⁸⁹ TORCK S. : *Enseignement méthodologique de Master II, Activité des Entreprises*, Paris II, 2017-2018.

³⁹⁰ GIJSBERS C. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *préc., spéc.* p.54.

³⁹¹ Art. 2361 du code civil.

³⁹² Art. L.313-27 du code monétaire et financier.

³⁹³ DANOS F. : « Proposition de modification de l'article 1323 du code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future », *in fine*.

³⁹⁴ Voir par ex. l'article 11:202 des Principes européens du droit des contrats.

qu'elle permet de remédier au vice sans pour autant nécessiter l'intervention du législateur. Reste à espérer qu'elle saura convaincre les juges du Quai de l'Horloge.

172. En définitive, pour ne pas faire de la future cession fiduciaire une sûreté mort-née il faudra considérer que celle-ci emporte transfert de la créance future non pas à la date de sa naissance effective mais à celle de l'acte de cession. Si l'état du droit positif n'est pas satisfaisant sur ce point, une modification de l'article 1323 du code civil ou l'interprétation souple de sa lettre suffira à remédier à cette imperfection. Quelle que soit la mesure finalement retenue, il convient maintenant d'étudier l'ensemble des conséquences pratiques qu'emporte, pour les parties à la cession, le transfert de la créance cédée.

Paragraphe II : Les conséquences du transfert entre les parties

173. Si les conséquences pratiques du transfert de la créance entre les parties sont d'une importance moindre que celles que l'opération emporte vis-à-vis des tiers (*cf. infra* n°198 et s.), elles méritent néanmoins d'être succinctement étudiées. Nous envisagerons donc ici les conséquences générales du transfert de la créance avant de se pencher sur celles particulières en présence d'une procédure collective.

174. De façon générale, la transmission de la créance cédée emporte d'abord et avant tout transfert de la créance et de l'ensemble de ses accessoires. Dès la date de l'acte de cession, le cessionnaire se trouve donc investi de la titularité de la créance et de l'ensemble des accessoires qui y sont attachés. L'article 1321 al.3 du code civil dispose ainsi que la cession « *s'étend aux accessoires de la créance* ». Tout ce qui se trouve attaché à la créance : garantie, accessoire de la garantie³⁹⁵, clause compromissoire³⁹⁶, action en justice³⁹⁷, se voit donc transmis avec elle dès l'acte de cession. Par conséquent, seules les actions extrapatrimoniales, incessibles, ou strictement personnelles au cédant se trouvent exclues de la transmission³⁹⁸. Le texte actuel rendant parfaitement compte de cette première conséquence, l'introduction de la cession de créance de droit commun à titre de garantie ne nécessitera aucune évolution du droit positif sur ce point.

Le transfert de la créance a comme seconde conséquence générale de priver le cédant de la faculté de modifier l'étendue des droits attachés à la créance cédée. Ainsi, le cédant, qui se voit temporairement privé de la propriété de la créance, ne pourra plus accorder de remise de dette ou opérer une saisie conservatoire à l'encontre de son débiteur cédé³⁹⁹. L'article L.313-27 du code monétaire et financier expose parfaitement cette idée en soulignant qu'une fois la cession Dailly opérée, le cédant « *ne peut, sans l'accord [du cessionnaire] modifier l'étendue des droits attachés aux créances* ». Par conséquent, au

³⁹⁵ Tel qu'un titre exécutoire détenu à l'encontre d'une caution garantissant le paiement de la créance cédée (Cass. Com., 27 mars 2007 n°05-20.696, *Bull. civ.* IV n°96).

³⁹⁶ Cass. 2^{ème} Civ., 20 déc. 2001 n°00-10.806, *Bull. civ.* II n°198, p.139.

³⁹⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 10 janv. 2006 n°03-17.839, *Bull. civ.* I n°6, p.5.

³⁹⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 24 oct. 2006 n°04-10.231, *Bull. civ.* I n°433, p.372.

³⁹⁹ Cass. Com., 16 oct. 2012 n°11-24.317, *Non publié*.

jour de la cession, seul le cessionnaire disposera de la faculté d'accorder des délais de paiement⁴⁰⁰. Ces solutions, retenues en matière de cession Dailly sont pleinement satisfaisantes et devront être transposées à la future cession fiduciaire de créance de droit commun.

A côtés de ces conséquences générales, le transfert entraîne également des conséquences particulières liées à l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du cédant.

175. On l'a déjà dit, l'impact de la procédure collective du cédant sur la situation du cessionnaire sera fonction de la date du transfert des créances au sein du patrimoine du créancier bénéficiaire. A suivre nos précédemment développements, cette date doit, en toute hypothèse, correspondre à la date de l'acte de cession. Dès lors, si l'acte de cession est conclu postérieurement à la date du jugement d'ouverture d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant, les droits du cessionnaire se verront neutralisés. *A contrario*, si la cession est antérieure à cette date, le créancier cessionnaire se trouvera hors procédure et bénéficiera d'une sûreté efficace.

Le propos mérite toutefois d'être nuancé. En effet, il est courant qu'en pratique, malgré le transfert de la propriété des créances données en garantie, le débiteur cédé ne soit nullement informé de l'opération et qu'il continue, par conséquent, à régler le montant de sa créance auprès du cédant. Or, lorsque la cession n'est pas notifiée, il y a un véritable risque à laisser au cédant le pouvoir d'encaisser les créances cédées⁴⁰¹. En effet, même si la cession est antérieure à la procédure collective, l'absence de notification au débiteur cédé peut avoir des conséquences désastreuses pour le créancier bénéficiaire : le débiteur ayant réglé son dû entre les mains du cédant faisant l'objet d'une procédure collective, le cessionnaire ne pourra obtenir restitution des sommes ainsi recouvertes. La jurisprudence relative au bordereau Dailly considère ainsi que le cessionnaire pourra seulement déclarer sa créance de restitution du paiement perçu et sera alors confronté aux créanciers de la masse⁴⁰². En conséquence, si la cession est antérieure à la procédure collective du cédant et permet au créancier d'être considéré comme hors procédure, il faut encore que ce dernier notifie l'opération au débiteur cédé afin d'éviter toute mauvaise surprise. Le fait que le transfert des créances ait lieu avant le jugement d'ouverture ne saurait suffire à prémunir le cessionnaire contre tout risque. Les futurs bénéficiaires de la cession fiduciaire de droit commun devront tâcher de le garder en mémoire.

176. En présence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant, une seconde question se pose avec acuité. Elle a trait à la confrontation des cessions de créance à titre de garantie aux nullités de la période suspecte. En la matière, les articles L.632-1 et L.632-2 du code de commerce sont de nature à remettre en cause la validité de sûretés consenties par le constituant en période suspecte, autrement dit lorsqu'il se trouvait en état de cessation des paiements mais que la procédure collective n'était pas encore ouverte. Quel sort ces articles réserveront-ils à la future cession fiduciaire de créance ? Pour répondre, tâchons de raisonner à partir des solutions retenues en matière Dailly.

⁴⁰⁰ À condition toutefois que le cessionnaire ne laisse pas disparaître toute chance sérieuse de recouvrement de la créance au profit du cédant si la créance venait à lui être rétrocédée par suite (Cass. Com., 8 janv. 1991 n°89-13.711, *Bull. civ.* IV n°8, p.5).

⁴⁰¹ CROCQ P. : *Rép. Cession de créance à titre de garantie, préc.*, n°262-39.

⁴⁰² Cass. Com., 19 mai 2015 n°13-25.312 et 13-26.586, *Non publié*.

177. L'article L.632-1, I, 6° du code de commerce édicte une nullité de droit frappant toute sûreté qui garantit une dette antérieure et qui serait consentie par le débiteur en période suspecte. Sont ainsi frappés de nullité tout nantissement, gage, hypothèque conventionnelle ou fiducie constitués en état de cessation des paiements et visant à garantir une dette antérieurement contractée. La cession Dailly n'est cependant pas visée par ce texte. De ce fait, et en refusant toute interprétation par analogie, la jurisprudence a très tôt refusé d'annuler sur le fondement de ce texte une cession par voie de bordereau constituée en période suspecte⁴⁰³. Le raisonnement est *a priori* implacable : l'article L.632-1 étant un texte d'exception, il doit s'appliquer strictement. Le livre préliminaire du projet de code civil présenté le 24 Thermidor an VIII énonçait d'ailleurs, en son Titre V que « *les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent point être suppléées*⁴⁰⁴ ». Cette « *précieuse immunité*⁴⁰⁵ » de la cession Dailly face aux nullités de la période devrait d'ailleurs profiter à la cession de créance à titre de garantie. En effet, si celle-ci est introduite en droit commun et que la jurisprudence cesse de la requalifier systématiquement en nantissement, aucune remise en cause de sa validité ne pourra être opérée sur le fondement de l'article L.632-1 qui ne la vise pas directement. La cession fiduciaire de droit commun serait donc, comme l'actuel bordereau Dailly, pleinement efficace en période suspecte.

Est-ce pour autant opportun ? Nous aurions tort de le croire. Si l'article L.632-1, I, 6° est un texte d'exception qui doit être interprété strictement, il vise d'abord et avant tout à déjouer les manœuvres frauduleuses du débiteur qui cherche à organiser son insolvabilité ou à avantager un créancier au détriment des autres⁴⁰⁶. L'esprit de la loi ne commande-t-il pas alors de soumettre la cession Dailly et la future cession fiduciaire de créance à aux nullités qui peuvent frapper une fiducie sûreté⁴⁰⁷ ou un nantissement ? Pour reprendre les termes d'un éminent auteur : « *Alors que les deux opérations tendent au même objectif, le paiement préférentiel, il est irrationnel que l'une, la cession (la plus menaçante pour la collectivité des créanciers par la priorité absolue qu'elle confère), puisse être valablement effectuée en période suspecte, alors que l'autre [le nantissement] ne le peut pas parce qu'elle entre incontestablement dans le champ de l'article*⁴⁰⁸ ». Afin de redonner un peu de cohérence au droit de la faillite et aux nullités de la période suspecte, il paraît donc nécessaire de modifier la lettre de l'article L.632-1 I, 6° ou, *a minima*, de convaincre la jurisprudence d'appliquer ces dispositions aussi bien à la cession Dailly qu'à la future cession fiduciaire de créance de droit commun.

178. La cession de créance à titre de garantie ne pouvant, par principe du moins, être annulée sur le fondement des nullités de droit, peut-elle néanmoins être attaquée sur le fondement des nullités facultatives ? L'article L.632-2 al.1 du code de commerce entend répondre à cette interrogation. À en suivre ce texte, tout acte à titre onéreux pourrait se voir annulé par le juge dans l'éventualité où le

⁴⁰³ Cass Com. 28 mai 1996 n°94-10.361, *Bull. civ.* IV n°151, p.131.

⁴⁰⁴ GAUTIER P.-Y. : « Pour le rétablissement du Livre préliminaire du code civil », *Revue Droits* n°41, 2005, p.37 et s., spéc. p.52.

⁴⁰⁵ CABRILLAC M. : « Cession de créances professionnelles. Période suspecte. » *RTD Com.* 1996, p.508.

⁴⁰⁶ CROCQ P. : « Fiducie-sûreté. Cession Dailly. Défaut d'application des nullités de la période suspecte. Une bonne affaire pour les banques ! », *RTD Civ.* 1996, p.671, spéc. p.673.

⁴⁰⁷ D'autant plus que la fiducie sûreté prévue par le code civil peut parfaitement être le support d'une cession fiduciaire de créance (*cf. supra* n°91). Comment expliquer alors qu'une cession de créance opérée sur le fondement de l'article 2018-2 du code civil puisse être frappée d'une nullité de droit en vertu de l'article L.632-1, I, 6° alors qu'une cession par voie de bordereau y échappe ?

⁴⁰⁸ CABRILLAC M. : « Cession de créances professionnelles. Période suspecte. », *préc., spéc.* p.509.

cocontractant connaissait, au moment de sa conclusion, l'état de cessation des paiements de son cocontractant. Ce texte permet donc d'annuler une sûreté consentie en période suspecte même lorsque celle-ci ne vise pas à garantir une dette antérieure. Il trouverait alors parfaitement à s'appliquer en présence d'une cession Dailly, ou d'une cession fiduciaire de droit commun, conclue avec un cessionnaire qui avait connaissance de l'état de cessation des paiements du cédant. Mais sur ce point encore, la jurisprudence est bienveillante à l'égard des cessionnaires. Ainsi, la nullité de l'article L.632-2 ne pourra être prononcée que dans l'hypothèse où la convention-cadre régissant les relations du cédant et du cessionnaire a été conclue en période suspecte⁴⁰⁹. Si la convention est antérieure, les cessions intervenues ne pourront tomber sous le joug de l'article⁴¹⁰. La solution se justifie par une considération simple : l'article L.632-2 vise à sanctionner un créancier de mauvaise foi qui traiterait en connaissance de cause avec un débiteur en état de cessation des paiements. La disposition n'a donc pas vocation à s'appliquer lorsqu'à la date du contrat cadre, le cessionnaire n'avait pas connaissance des difficultés du cédant. Ce choix jurisprudentiel étant parfaitement fondé, il paraît opportun de l'étendre à la future cession fiduciaire de créance de droit commun qui serait issue d'une convention cadre conclue en dehors de la période suspecte.

179. Au-delà de toute ces conséquences que la future cession emportera sur la situation des parties à l'acte, la cession fiduciaire produit également des effets à l'égard « des tiers ». Il nous revient maintenant de les étudier.

Section II : Les effets de la cession à l'égard des tiers

180. La notion de « tiers » est une appellation trompeuse en présence d'une cession de créance. En la matière, la notion recoupe en vérité deux catégories : celle des tiers intéressés à la cession, qui englobe aussi bien d'hypothétiques cessionnaires de la même créance que d'autres titulaires de droits concurrents, et celle des débiteurs cédés. Les effets de la cession à l'égard du débiteur cédé (§1) et vis-à-vis des autres tiers intéressés (§2) devront donc être analysés distinctement.

Paragraphe I : Effets de la cession à l'égard du débiteur cédé

181. La cession fiduciaire de créance opère, entre les parties, transmission de la créance à la date de l'acte. Dès cette date et par l'effet de la cession, le cédant transfère sa qualité de créancier au cessionnaire. Pour opérer une telle transmission la convention entre cédant et cessionnaire suffit. Parce que la créance est un bien (*cf. supra* n°4), nul besoin de l'avis du débiteur cédé. Mais si le consentement de ce dernier n'est pas nécessaire, cela suppose en contrepartie que sa situation ne se voit pas affectée par le changement de créancier. Parce que la créance est un lien (*cf. supra* n°2), la future cession fiduciaire de créance ne pourra donc produire ses pleins effets à l'égard du débiteur qu'une fois celui-ci informé (A). De même, pour

⁴⁰⁹ Pour une illustration récente : Cass. Com., 22 nov. 2011 n°10-25.283, *Non publié*.

⁴¹⁰ Cass. Com., 20 fév. 1996 n°94-10.156, *Bull. civ.* IV n° 56, p.44 ; Cass Com 30 mars 2010 n°08-17.556, *Non publié*.

s'assurer que sa situation ne se voit pas affectée par le transfert de créance, il faudra qu'il lui soit toujours possible d'opposer au cessionnaire l'ensemble des exceptions propres à la créance cédée (B).

A. L'opposabilité des effets de la cession au débiteur cédé

182. Dès 1804, le législateur a fait le choix de faciliter la circulation des créances en admettant que celles-ci puissent être transmises à un cessionnaire sans le consentement du débiteur cédé⁴¹¹. Cette circulation facilitée a néanmoins un coût. Pour préserver la neutralité de l'opération à l'égard du débiteur cédé, les effets de celle-ci ne sauraient lui être opposables sans qu'il en soit informé. La loi opère donc une déconnexion entre la date à laquelle la cession opère entre les parties à l'acte et celle à laquelle ses effets sont opposables au débiteur cédé. Ainsi, alors qu'entre les parties, la cession opère à la date de la cession, des formalités supplémentaires doivent être effectuées pour qu'elle puisse pleinement produire ses effets à l'égard du débiteur cédé.

183. Ces formalités, assez strictes auparavant, tendent aujourd'hui à s'assouplir. Par le passé, toute cession de droit incorporel n'était opposable au débiteur cédé qu'après sa signification par huissier ou son acceptation via acte authentique⁴¹². Dorénavant, que l'on soit en présence de mécanismes prévus par le droit spécial (cession par voie de bordereau⁴¹³) ou par le droit commun (nantissement de créance⁴¹⁴, fiducie sur créance⁴¹⁵) une simple notification suffit à rendre opposable la cession d'une créance monétaire au débiteur cédé. La solution est d'ailleurs identique en matière de cession de créance de droit commun puisque, depuis la réforme de février 2016, l'article 1324 du code civil dispose que la cession devient opposable au débiteur cédé dès lors qu'elle lui a été notifiée ou qu'il en a pris acte.

En 1804 le recours forcé à l'huissier ou à l'acte authentique assurait certes une protection optimale du débiteur cédé, mais empêchait par conséquent l'utilisation massive du procédé⁴¹⁶.

En 2016, la loi paraît avoir découvert le juste équilibre : elle subordonne l'opposabilité de la cession au débiteur à son information tout en permettant l'usage de procédés plus souples. Cet assouplissement est bienvenu en ce qu'il permet une correcte protection des intérêts du cédé ainsi qu'une diminution des coûts du procédé. Il semble alors peu opportun d'innover sur ce point lors de l'introduction de la future cession fiduciaire de créance. Il convient cependant d'apporter quelques précisions sur les moyens par lesquels la cession peut être opposée au débiteur cédé. Il en existe deux : la notification et la prise d'acte.

⁴¹¹ Art. 1690 du code civil.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Art. L.313-28 du code monétaire et financier.

⁴¹⁴ Art. 2362 du code civil.

⁴¹⁵ Art. 2018-2 du code civil.

⁴¹⁶ DISSAUX N. et JAMIN Ch. : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p.189 : « La lourdeur d'un tel formalisme était dénoncé de longue date : suspendre l'efficacité de la cession à l'intervention d'un huissier ou d'un notaire ne favorisait pas vraiment son expansion ».

184. **Concernant la notification**, il faut d'abord garder en mémoire que celle-ci est purement facultative⁴¹⁷. Ainsi, si cette formalité n'est pas effectuée, rien n'empêchera la cession de produire pleinement ses effets entre les parties et vis-à-vis des autres tiers (*cf. infra* n°198 et s.). L'absence de notification la rendra simplement inopposable au débiteur cédé qui sera parfaitement en droit de l'ignorer et de se libérer entre les mains de celui qu'il pense être encore son créancier. Dans cette hypothèse, le paiement effectué par le cédé au cédant sera valable et pleinement libératoire⁴¹⁸. Au contraire, une fois la notification effectuée, le débiteur cédé ne pourra valablement se libérer qu'entre les mains du cessionnaire⁴¹⁹.

Depuis 2016, cette notification peut être effectuée par tout moyen, même si l'on ne saurait que trop conseiller au cessionnaire de choisir un mécanisme qui lui permettra, en cas de contentieux, de démontrer que le débiteur cédé avait bien été informé de la cession et qu'il ne pouvait, à cette date, se libérer valablement qu'entre les mains du cessionnaire⁴²⁰.

Enfin, à l'image de ce qui peut exister en matière de cession Dailly⁴²¹, la notification de la future cession fiduciaire devra comprendre un certain nombre de mentions aux fins d'informer au mieux le débiteur cédé. Pour ce faire, l'acte devra faire apparaître les articles du code civil applicables, la désignation des créances cédées, la nature fiduciaire de l'acte, ainsi que le nom du cessionnaire auquel le règlement doit être adressé.

185. Au demeurant, même lorsque la cession n'est pas notifiée au débiteur cédé, elle peut lui être opposable si celui-ci décide d'en **prendre acte**. La notion de prise d'acte qui figure aujourd'hui à l'article 1324 du code civil est inédite en droit civil. Si de nombreux auteurs se résignent à en attendre une définition jurisprudentielle⁴²² il est toutefois possible d'en cerner d'ores et déjà les contours. La notion paraît finalement très proche de celle « d'acceptation » de l'article 1690 du code civil : en prenant acte de la cession de créance à titre de garantie, le cédé vient seulement témoigner son souhait de se conformer à la situation nouvelle⁴²³. Le cédé qui prend acte ne paraît rien faire de plus que manifester sa volonté de changer de créancier pour la durée de la garantie consentie. La notion de prise d'acte se distingue cependant de celle d'acceptation au moins à deux égards : elle est plus claire et plus souple que cette dernière.

Elle est plus claire car elle évite tout malentendu : la cession n'a pas à être acceptée⁴²⁴ par le cédant pour être valable, seule son opposabilité est conditionnée à la prise d'acte par le débiteur cédé.

⁴¹⁷ La jurisprudence commerciale en a d'ailleurs déduit que le défaut de notification ne saurait être invoqué par la caution du cédant pour faire jouer l'exception de non subrogation de l'article 2314 du code civil : Cass. Com., 18 nov. 1997 n° 95-13.581, *Bull. civ.* IV n°293, p.253 ; Cass. Com., 27 sept. 2016, n° 14-18.282 *Non publié* ; Cass. Com., 2 nov. 2016 n°15-12.491, *À paraître*.

⁴¹⁸ Ce n'est là rien de plus qu'une application du principe général édicté par l'article 1342-3 du code civil selon lequel le paiement fait de bonne foi au créancier apparent est libératoire pour le débiteur.

⁴¹⁹ Art. 1324 du code civil.

⁴²⁰ Pour ce faire, choisir un mécanisme de notification « traçable » est fortement recommandé. Sans opérer un retour vers le passé et opter pour la signification via acte d'huissier, la lettre recommandée avec accusé de réception semble être le mécanisme adéquat.

⁴²¹ Art. R.313-15 du code monétaire et financier.

⁴²² DISSAUX N. et JAMIN Ch. : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, op. cit.*, p.189.

⁴²³ DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M. : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexis Nexis, 2016, p.648.

⁴²⁴ Tout le moins lorsque la créance n'a pas été réputée incessible (*cf. infra* n°190 et s.).

Elle est plus souple également puisque, contrairement à l'acceptation qui devait être fait par le biais d'un acte authentique, la prise d'acte ne nécessite aucune forme particulière. Elle pourra être orale ou écrite, à condition toutefois d'être suffisamment explicite⁴²⁵.

186. Pour autant, après avoir étudié les modes d'opposabilité de la cession *au* débiteur cédé et avoir manifesté notre souhait de les voir appliquer à la future cession fiduciaire, une question demeure en suspens : la cession peut-elle être opposable *par* le débiteur cédé ? Autrement dit, en l'absence de toute notification, le débiteur peut-il se prévaloir de l'existence de la cession, notamment pour payer directement le cessionnaire ou refuser le payement au cédant ?

Pour certains commentateurs de la réforme, celle-ci ne tranche pas la question⁴²⁶. L'ancienne jurisprudence selon laquelle un débiteur cédé ne peut se prévaloir d'une cession qui ne lui serait pas formellement opposable serait donc toujours de droit positif⁴²⁷.

Mais si l'ordonnance de 2016 ne répond pas expressément à la question, ne le fait-elle pas implicitement ? Lorsque l'on compare l'avant-projet de la chancellerie et le texte actuel, on remarque immédiatement que la faculté pour le cédé d'opposer la cession aux cédant et cessionnaire a été supprimé dans le texte final. Cette suppression signifie-t-elle que le cédé ne peut se prévaloir d'une cession qui ne respecterait pas les modalités d'opposabilité de l'article 1324 du code civil ? Il est permis d'en douter. D'abord parce qu'en matière de subrogation, dont les modes d'opposabilité sont identiques à la cession de créance, l'article 1346-5 du code civil permet au débiteur de se prévaloir de la subrogation dès qu'il en a connaissance. Ensuite, parce qu'on ne voit pas pourquoi l'article 1200 du code civil qui permet aux tiers de se prévaloir d'un contrat pour démontrer l'existence d'un fait n'aurait pas ici vocation à s'appliquer afin de permettre au débiteur cédé de payer le cessionnaire plutôt que le cédant y compris en l'absence de notification. Enfin, si par définition la cession doit être neutre pour le débiteur cédé, il paraît absurde que la notion générale de *prise d'acte* ne permette pas à ce même débiteur, lorsque tel est son intérêt, d'invoquer la cession à son profit « *quand même elle ne lui aurait pas été notifiée (pour payer par exemple le cessionnaire ou refuser de payer le cédant)*⁴²⁸ ». Ce même raisonnement devra également être retenu lors de l'introduction future de la cession fiduciaire de créance de droit commun.

187. La question de l'opposabilité des effets de la cession au débiteur cédé étant en tout point résolue, reste maintenant à s'interroger sur les exceptions opposables par le débiteur cédé au nouveau cessionnaire lorsqu'il entendra refuser de payer la créance transmise.

⁴²⁵ DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M. : *Réforme du droits des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op. cit.*, p.648.

⁴²⁶ CHANTEPIE G. et LATINA M. : *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n°868.

⁴²⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 20 juin 1938, DP.1939, 1, 26 ; Cass. 3^{ème} Civ., 12 juin 1985 n°83-17.134, *Bull. civ.* III n°95, p.73. Pour une critique de cette jurisprudence, voir notamment CAPITANT H., TERRÉ F. et LEQUETTE Y. : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.II, 13e éd., Dalloz, 2015, 256-257, n°3.

⁴²⁸ DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M. : *Réforme du droits des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, op. cit.*, p.648.

B. L'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé

188. Pour les développements qui vont suivre, il faut bien garder à l'esprit que l'opération de cession, qu'elle soit consentie à titre pur et simple ou à titre de garantie, doit en toute hypothèse rester neutre pour le débiteur cédé qui n'a pas à y consentir. Autrement dit, la rançon de l'absence de consentement du débiteur cédé à la cession n'est autre que la subsistance, pour lui, d'une situation juridique équivalente. La situation juridique du débiteur après la cession doit demeurer en tout point identique à celle qui était la sienne antérieurement. Cette idée ressort d'ailleurs clairement de l'alinéa 3 de l'article 1324 du code civil : si la cession entraîne pour le débiteur des frais supplémentaires⁴²⁹, il n'aura pas à en faire l'avance.

189. Pour assurer la pleine neutralité de l'opération pour le débiteur cédé, la cession ne saurait opérer purge des exceptions. Ainsi, le cessionnaire acquiert la créance telle qu'elle existait à la date de la cession, avec tous ses vices et ses défauts. Le débiteur est donc en droit de continuer à opposer au cessionnaire lui réclamant paiement aussi bien les exceptions inhérentes à la dette, qu'elles soient nées avant ou après la notification⁴³⁰, que celles personnelles, nées des rapports avec le cédant avant que la cession ne soit devenue opposable au tiers cédé. C'est cette idée que consacre désormais l'article 1324 du code civil. Par conséquent, l'introduction de la cession fiduciaire en droit commun ne nécessitera sur ce point aucune innovation, le droit commun réglant déjà la question. Le sujet ayant déjà fait l'objet de nombreux développements au sein des différents ouvrages d'instruments de paiement et de droit des sûretés, nous n'y reviendrons pas. Les futurs développements seront plutôt consacrés à deux aspects qui suscitent de nombreuses discussions, à savoir **l'incessibilité conventionnelle de la créance donnée en garantie et la faculté d'acceptation de la cession par le débiteur cédé.**

190. **La faculté pour le débiteur cédé de rendre incessible la créance** détenue à son encontre est loin d'être nouvelle. La clause d'incessibilité, autrement appelée *pactum de non cedendo* « *est une convention par laquelle il est fait interdiction au créancier de céder le droit de créance dont il est titulaire*⁴³¹ ». Si la clause est bien connue des praticiens, ses effets à l'égard du cessionnaire étaient pour le moins incertains en droit positif. La Cour de cassation, après avoir énoncé que l'incessibilité d'une créance était insusceptible de jouer à l'encontre du cessionnaire dès lors qu'il n'avait pas accepté les conditions générales du contrat générateur de la créance⁴³², en a seulement admis l'efficacité par un arrêt non publié⁴³³. Plus encore, les codifications internationales, lorsqu'elles admettent qu'une créance monétaire puisse être rendue incessible par la volonté du débiteur⁴³⁴, maîtrisent aussitôt les effets de cette

⁴²⁹ On peut songer à la nécessité d'opérer un paiement transfrontalier, ou à l'obligation de procéder à une pluralité de paiements en cas de cession partielle (JULIENNE M. : « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *préc.*, p.71).

⁴³⁰ Cass. Com., 12 janv. 2010 n°08-22.000, *Bull. civ.* IV n°2. La Cour de cassation a parfois tendance à l'oublier puisqu'elle a interdit au tiers saisi de se prévaloir, après la déclaration de saisie, d'une exception inhérente à la dette née postérieurement (Cass. 2^{ème} Civ., 8 juill. 2004 n°02-20.655, *Bull. civ.* II n°382, p.320). Cette solution est parfaitement injustifiable (PERROT R. et THÉRY Ph. : *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°399).

⁴³¹ LICARI F.-X. : « L'incessibilité conventionnelle de la créance », *RJ com.*, 2002, p.65, *spéc.* n°4.

⁴³² Cass Com., 21 nov. 2000 n°97-16.874, *Bull. civ.* IV n°180, p.158.

⁴³³ Cass. Com., 22 oct. 2002 n°99-14.793, *Non publié.*

⁴³⁴ Ce qui n'est pas le cas de toute. La Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international par exemple, prive d'effet toute limitation conventionnelle du droit de céder une créance (art.9).

inaccessibilité : le *pactum de non cedendo* ne joue qu'*inter-partes*⁴³⁵ et ne saurait être opposé au cessionnaire qui, faute d'être partie au contrat générateur de la créance, n'en avait pas connaissance. D'après ces textes, si la clause est violée, seule la responsabilité du cédant peut se voir engager, la cession quant à elle, produit pleinement ses effets.

191. Pourtant, à lire le dernier alinéa de l'article 1321 du code civil issue de l'ordonnance de 2016, la logique est toute autre. Le texte semble⁴³⁶ énoncer qu'une cession de créance stipulée incessible ne peut avoir lieu sans le consentement du débiteur et qu'à défaut, elle doit être privée d'effet. Appliquée à l'hypothèse qui nous intéresse, cette disposition viendrait priver d'effet toute cession fiduciaire qui porterait sur une créance stipulée incessible, même lorsque le cessionnaire n'en avait pas connaissance. L'incessibilité jouerait donc *erga omnes*, permettant au débiteur cédé de s'en prévaloir à tout moment afin de refuser paiement au cessionnaire. Si on peut douter de l'opportunité de ce choix législatif, puisque le cessionnaire d'une créance monétaire ne pourra rien faire de plus que demander au débiteur le paiement auquel avait droit le cédant⁴³⁷, tâchons tout de même d'en mesurer les conséquences pratiques.

192. En apparence, l'article 1321 du code civil semble permettre à tout débiteur d'une créance, professionnel comme particulier, d'empêcher son créancier d'en disposer librement pour garantir les crédits qui lui sont consentis. Pourtant, cette déduction doit être nuancée à deux égards.

En premier lieu, en présence d'un débiteur professionnel, la validité d'une stipulation d'incessibilité est systématiquement remise en cause par l'article L.442-6, II, c) du code de commerce qui prive d'effet toute clause stipulée par un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers qui interdirait à son cocontractant la cession des créances qu'il détient sur lui. En matière de cession par voie de bordereau, une clause d'incessibilité sera donc privée d'effet, tout comme la clause de préavis qui vient restreindre le caractère cessible d'une créance professionnelle⁴³⁸. Ce raisonnement doit être transposé à la future cession de créance de droit commun à titre de garantie : aucun débiteur commerçant, producteur, industriel ou immatriculé au répertoire des métiers ne pourra rendre

⁴³⁵ L'article 9.1.9 1° des Principes Unidroit est en ce sens.

⁴³⁶ Le conditionnel est d'usage puisque, comme le soulève certains commentateurs (DISSAUX N. et JAMIN Ch. : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p.190), l'article 1324 ne prévoit textuellement aucune sanction en cas de cession d'une créance stipulée incessible. Ces auteurs s'accordent cependant à dire que l'inopposabilité de la cession serait une sanction plus satisfaisante que la nullité de celle-ci.

⁴³⁷ Cet ajout peut certainement s'expliquer par le fait que certains auteurs (CARBONNIER J. : *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 21e éd., P.U.F, 1998 n°318 ; LICARI F.-X. : « L'incessibilité conventionnelle de la créance », *préc.*, n°5) soutiennent que le changement de créancier n'est pas sans conséquence pour le débiteur d'une créance monétaire. Certes, *en fait*, un lien de confiance, d'affection ou d'intimité peut se voir brisé par la transmission de la qualité de créancier à un tiers. Pour autant, *en droit*, on conçoit mal que le nouveau créancier puisse se montrer « plus impitoyable que le créancier primitif » ! La cession n'étant opposable au débiteur cédé qu'une fois celui-ci informé (*cf. supra* n°182 et s.) et n'opérant pas purge des exceptions (*cf. supra* n°188 et s.), le nouveau créancier, aussi impitoyable qu'il soit, ne pourra rien faire de plus que demander au débiteur ce qui était dû au cédant. Autrement dit, quand le cessionnaire demande paiement, il ne peut le faire que dans les mêmes termes que le cédant. On ne voit guère comment, *juridiquement*, le cessionnaire pourrait s'avérer plus impitoyable que celui dont il tient ses droits. À dire vrai, il n'y aurait qu'en présence d'une compensation d'une dette non connexe qui ne serait pas exigible au jour de la notification que le débiteur cédé aura *juridiquement* intérêt à ce que son créancier initial demeure créancier jusqu'à son échéance. C'est peut-être ce dernier aspect qui explique l'introduction, dans la cession de droit commun, du *pactum de non cedendo*.

⁴³⁸ Cass. Com., 11 oct. 2017 n°15-18.372, *À Paraître*.

inaccessible la créance de son cocontractant. En cette matière, l'option ouverte par l'article 1321 relève donc plus du mirage que de la réalité⁴³⁹.

En second lieu, si la faculté de rendre inaccessible sa créance est, en théorie, ouverte aux débiteurs particuliers, il paraît fantasmagorique de penser qu'en pratique, les particuliers songeront effectivement à demander aux professionnels qui leur font crédit de rajouter une clause en ce sens.

Après examen, l'opposabilité au cessionnaire fiduciaire de la clause d'inaccessibilité apparaît finalement comme une menace plus apparente que réelle. Elle ne saurait troubler le futur de la cession fiduciaire de créance.

193. À l'extrême opposé de la problématique de la clause d'inaccessibilité se pose celle de la faculté, pour le débiteur cédé, **d'accepter conventionnellement l'opération de cession**. En matière de cession Dailly l'article L.313-29 du code monétaire et financier prévoit la possibilité, pour le débiteur cédé, de s'engager à payer le cessionnaire quoi qu'il en coûte. L'acceptation de la cession opère alors purge des exceptions. L'existence d'une telle faculté en matière de cession de créance, surtout lorsqu'elle est faite à titre de garantie, paraîtrait bienvenue en ce qu'elle permettrait de renforcer les probabilités de paiement effectif de la créance. Si son utilité est parfois déniée en matière de cession Dailly⁴⁴⁰, il reste qu'une jurisprudence actuelle démontre son utilisation⁴⁴¹. En priver la future cession fiduciaire de créance reviendrait donc à l'handicaper face à la cession par voie de bordereau.

194. En dépit du silence du code civil, cette faculté est-elle ouverte en présence d'une cession de créance de droit commun ? On pourrait en douter. En effet, si l'avant-projet Catala prévoyait expressément la possibilité pour le débiteur d'accepter la cession⁴⁴², cette disposition n'a finalement pas été reprise par la réforme. C'est peut-être là le signe que le législateur n'a pas souhaité consacrer l'existence d'une telle faculté. Pourtant, on aurait bien du mal à trouver ce qui pourrait empêcher sa mise en place future. On le sait, en matière de délégation de débiteur, le principe est celui de l'inopposabilité des exceptions, sauf clause contraire⁴⁴³. Pourquoi ne pas admettre alors le schéma inverse en matière de cession ? Rien ne paraît s'opposer à ce que le débiteur cédé, qui bénéficie par principe de l'opposabilité des exceptions, puisse y renoncer conventionnellement⁴⁴⁴. Par cette manifestation de volonté, le débiteur cédé se trouverait simplement dans une situation équivalente à celle d'un délégué⁴⁴⁵. À défaut d'obstacles dirimants, l'acceptation de la cession par voie conventionnelle semble parfaitement possible, aussi bien en présence d'une cession à titre pure et simple que pour la future cession fiduciaire.

⁴³⁹ Sauf en présence d'un débiteur exerçant une profession libérale qui n'est pas visé par l'article L.442-6 II,c) du code de commerce.

⁴⁴⁰ BONHOMME R. : *Instrument de crédit et de paiement, op. cit.*, n°281.

⁴⁴¹ Voir, en dernier lieu : Cass. Com., 3 nov. 2015 n°14-14.373, *Bull.* 2016, n°839.

⁴⁴² Art. 1257 al.1 de l'Avant-projet Catala.

⁴⁴³ Art. 1336 al.2 du code civil.

⁴⁴⁴ Il semble cependant légitime d'exiger, comme en matière de bordereau Dailly (art. L.313-29 du code monétaire et financier), que cette acceptation soit constatée dans un acte formel afin de protéger le débiteur cédé.

⁴⁴⁵ L'identité n'est cependant pas totale. Si dans les deux cas le débiteur cédé sera soumis au principe d'inopposabilité des exceptions, la délégation, contrairement à la cession, entrainera l'existence d'un nouveau rapport d'obligation.

195. Qu'en est-il cependant de la possibilité d'accepter de façon anticipée une cession de créance encore non intervenue ? En matière de cession Dailly, cette faculté a été déniée par la jurisprudence à deux reprises⁴⁴⁶. Si certains commentateurs ont pu se montrer particulièrement critiques à l'égard de cette retenue jurisprudentielle⁴⁴⁷, la logique suivie par la Cour de cassation est parfaitement compréhensible : il est en effet bien difficile d'admettre qu'un débiteur puisse reconnaître l'existence d'un transfert de créance et l'accepter alors même que celui-ci ne s'est pas encore produit⁴⁴⁸.

De plus, admettre sans concession l'efficacité d'une acceptation anticipée de la cession pourrait s'avérer fort dangereux pour le débiteur cédé. Illustrons ce risque avec un contrat de prestations de services fournies en continu. Le prestataire, cédant, envisage de céder la créance de prix qu'il détient à l'encontre du bénéficiaire des prestations, futur débiteur cédé. Il demande alors à celui-ci d'accepter, de façon anticipée, la cession éventuelle des créances qu'il détient à son encontre. S'il recueille son acceptation et qu'il s'avère mal intentionné, les événements tourneront vite au plus grand désavantage du débiteur cédé. Le cédant, une fois l'acceptation anticipée opérée, refusera de fournir toute prestation au cédé et s'empressera de céder sa créance à un tiers cessionnaire. Malgré cette franche mauvaise foi de la part du cédant, le cédé ayant renoncé par avance à opposer toute exception, il ne pourra refuser le paiement au cessionnaire. On voit ici à quelles fraudes l'acceptation anticipée pourrait mener.

196. Pour autant, à trop raisonner sur l'hypothèse d'une fraude, on finirait par ne jamais innover. Le fait est que les professionnels réclament aujourd'hui la reconnaissance d'une acceptation anticipée⁴⁴⁹. De ce fait, la réflexion devrait, non pas s'arrêter au constat de l'existence d'un risque lié au procédé⁴⁵⁰, mais plutôt le prendre en considération afin d'offrir à la pratique l'outil qu'elle sollicite tout en préservant les intérêts du débiteur. Bien maîtrisé, un tel outil permettrait, en présence d'un débiteur et d'un constituant agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, de sécuriser grandement les cessions de créances. Si l'on souhaite persévérer dans cette voie et éviter de priver totalement d'effet l'acceptation anticipée du débiteur cédé, un mécanisme semble permettre d'arriver à un résultat raisonnable. Il est le fruit d'une réflexion du professeur Michel Cabrillac au début des années 2000⁴⁵¹.

D'après cet auteur, si l'acceptation anticipée ne saurait être dotée de la même valeur qu'une acceptation « simple », elle devrait tout le moins valoir promesse d'acceptation. « *Si l'acte d'acceptation anticipée ne fait pas naître un engagement de type cambiaire, est-il dépourvu de toute valeur ? Il devrait être permis, croyons-nous, de le retenir comme une promesse d'acceptation ; il en résulterait que le signataire s'exposerait à des dommages-intérêts s'il refusait d'accepter une fois la cession réalisée, sauf à démontrer que sa promesse est devenue caduque*⁴⁵² ». Si l'on admettait de voir dans l'acceptation anticipée une promesse d'acceptation, cette notion permettrait à la fois d'exposer le cédé au paiement de

⁴⁴⁶ Cass. com., 8 févr. 2000, n°97-17.627, *Bull. civ.* IV n°27, p.22 ; Cass. Com., 3 nov. 2015, *préc.*

⁴⁴⁷ MARTIN D.-R. ET SYNVEIT H. : « Droit bancaire, juillet – septembre 2016 », D. 2016, p.2305, *spéc.* p.2310.

⁴⁴⁸ CROCQ P. : « Fiducie-sûreté : la cession Dailly ne peut faire l'objet d'une acceptation anticipée », *RTD Civ.* 2000, p.877.

⁴⁴⁹ Cass. com., 8 févr. 2000, *préc.* ; Cass. Com., 3 nov. 2015 *préc.*

⁴⁵⁰ D'autant plus que ce risque existe tout autant lorsque l'acceptation n'est pas anticipée : rien n'empêche, une fois l'acceptation de la cession donnée par le débiteur cédé, que le cédant cesse d'exécuter les obligations qui lui incombent encore en vertu du contrat originaire.

⁴⁵¹ CABRILLAC M. : « L'acte de cession portant une date antérieure à celle du bordereau Dailly ne vaut pas acceptation », *RTD Com.* 2000, p.425.

⁴⁵² *Ibid.*

dommages-intérêts si, une fois la cession réalisée il ne la réitère pas, tout en le protégeant des manœuvres frauduleuses du cédant puisqu'il en pareille hypothèse, il disposera d'un juste motif pour refuser de réitérer sa promesse⁴⁵³. Par le biais de la qualification de *promesse d'acceptation*, l'acceptation anticipée présenterait alors le double intérêt de répondre aux attentes de la pratique tout en sauvegardant les intérêts du débiteur. Une fois la cession fiduciaire de créance généralisée, ce serait donc fort bien jugé que de reconnaître une telle possibilité. Cependant, l'ouvrir en présence d'un constituant profane ou d'un débiteur cédé agissant en dehors de son activité professionnelle ne nous paraît raisonnable pour deux raisons : d'abord parce que la pratique ne le réclame pas, ensuite parce qu'il n'est pas certain qu'un particulier comprenne véritablement l'ensemble des conséquences qui découleront de son acte.

197. L'étude de l'opposabilité de la cession au débiteur cédé étant dorénavant terminée, il ne reste plus qu'à examiner les effets que la cession est susceptible de produire vis-à-vis des autres tiers intéressés.

Paragraphe II : Effets de la cession à l'égard des autres tiers intéressés

198. Au-delà de la situation des parties à l'acte et de celle du débiteur cédé, la cession fiduciaire produit également des effets à l'égard d'autres tiers. En transférant la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, la cession a pour effet de priver certains d'entre eux de leurs prétentions à l'égard de la créance transférée. Bien évidemment, la situation de tout tiers au contrat n'est pas nécessairement affectée par les effets de la cession fiduciaire. Pour bon nombre d'entre eux, le transfert de la créance est absolument indifférent. Mais à côté de ces *penitus extranei*, d'autres tiers, non parties à l'acte, peuvent voir leur situation grandement affectée par le changement de titularité de la créance, ces derniers ayant pleinement intérêt à ce que le cédant demeure créancier⁴⁵⁴. Pour ces tiers intéressés, les effets de la cession peuvent donc s'avérer grandement préjudiciables et mener à d'éventuels conflits avec le créancier cessionnaire. Il convient donc d'examiner plus en détails ces conflits. Pour ce faire, il est possible de les regrouper sous deux catégories : les conflits opposant deux cessionnaires de la même créance (A) et ceux opposant le cessionnaire à d'autres titulaires de droits concurrents (B).

A. Conflits opposant deux cessionnaires de la même créance

200. Pour résoudre l'éventuel conflit entre deux hypothétiques cessionnaires qui seraient amenés à revendiquer leur droit sur une même créance, il faut déterminer qui des deux s'est vu, le premier, transférer la titularité de la créance. Pour ce faire, il convient de déterminer à quel moment la cession fiduciaire de créance prend effet vis-à-vis des tiers.

⁴⁵³ Également en ce sens, CROCQ P. : « Fiducie-sûreté : la cession Dailly ne peut faire l'objet d'une acceptation anticipée », *préc.*

⁴⁵⁴ Cette définition du tiers intéressé a d'ailleurs été donnée par la jurisprudence à propos de l'article 1690 du code civil (Cass. 1^{ère} Civ., 4 déc. 1985 n°84-12.737, *Bull. civ. I* n°336, p.302 : « Ne sont des tiers, au sens de l'article 1690 du code civil, que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier »).

Entre les parties à la cession, inutile d'y revenir, la cession prend effet à la date de l'acte. Depuis 2016, la règle est identique vis-à-vis des tiers autres que le débiteur cédé : la cession prend effet à leur égard dès la conclusion de l'acte de cession⁴⁵⁵. Cet alignement de l'opposabilité aux tiers sur celle du transfert de la créance *inter partes* est une grande nouveauté en matière de cession de créance de droit commun. Si cette règle était acquise en matière de cession par voie de bordereau⁴⁵⁶ ou de nantissement⁴⁵⁷, la cession de créance était, jusqu'à la réforme du code civil, soumise à l'article 1690 du code civil qui conditionnait l'opposabilité aux tiers à l'accomplissement de la signification de la cession au débiteur cédé ou à son acceptation. Dorénavant, peu importe que la cession ait été notifiée, elle est, dès sa conclusion, opposable à l'ensemble des tiers intéressés, exception faite du cédé.

201. Doit-on se féliciter de la déconnection opérée entre date de connaissance de la cession par le débiteur cédé et date d'opposabilité aux tiers ? À première vue il est possible se réjouir de cette prise de position qui, finalement, témoigne d'un alignement avec le régime des autres sûretés sur créance. Pour autant, le progrès n'est pas toujours bon à prendre, surtout lorsqu'il finit par démocratiser le recours aux sûretés occultes. Comme nous l'avons souligné (*cf. supra* n°155), la mise en place d'une publicité aurait permis de conjurer les nombreux maux que la cession de créance est susceptible de causer aux tiers intéressés. Cette publicité aurait été l'outil efficace pour éviter que de trop nombreux créanciers, ignorant la cession, se laissent duper par le patrimoine apparent du cédant. Elle aurait également permis de lutter contre les fraudes et le recours à l'antidate⁴⁵⁸. La mise en place d'une publicité paraissait donc en tout point préférable. Pourtant, ce n'est pas le choix retenu par le législateur. Reste donc à mesurer les conséquences de la prise d'effet immédiate de la cession vis-à-vis d'un autre cessionnaire de la même créance. Pour ce faire, il convient de distinguer en fonction du caractère présent ou futur de la créance cédé.

202. **En présence d'une créance actuelle**, l'article 1323 al. 2 du code civil dispose que le cessionnaire en devient titulaire à la date apposée sur l'acte de cession tant envers le cédant que vis-à-vis des tiers. À cette date, aucun autre cessionnaire ne pourra se prévaloir, sur cette même créance, d'un droit acquis postérieurement. L'adage *prior tempore, potior jure*, s'applique pleinement : le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date⁴⁵⁹. Ici, ce n'est rien d'autre que le régime de la cession par voie de bordereau qu'il convient de transposer. Le bordereau étant opposable aux tiers dès sa conclusion, ses modes de résolution des conflits auront pleinement vocation à s'appliquer en présence d'un conflit entre deux cessionnaires bénéficiaires d'une cession de droit commun et tenant leur droit d'un même cédant.

⁴⁵⁵ Art. 1323 al.2 du code civil.

⁴⁵⁶ Art L.313-27 du code monétaire et financier.

⁴⁵⁷ Art. 2361 du code civil.

⁴⁵⁸ Certains s'appuient d'ailleurs sur ce risque d'antidate pour critiquer le choix fait par la réforme de 2016 et militer pour un retour à la sécurité conférée par l'acte d'huissier et l'acte authentique de l'article 1690 du code civil. Il faut toutefois grandement relativiser cette critique : d'abord parce l'antidate fait l'objet d'une incrimination pénale dissuasive, ensuite parce que la cession Dailly et le nantissement de créance, qui produisent leurs effets dès l'acte de cession, n'ont jamais donné lieu à d'importantes fraudes. On voit mal ce qui justifierait qu'il en soit différemment pour la future cession fiduciaire.

⁴⁵⁹ Art. 1325 du code civil.

Ainsi, le premier à se voir transmettre la qualité de créancier primera tout autre cessionnaire. Peu importe que le cessionnaire second en date notifie la cession avant le premier. La loi ne distinguant pas, le premier à conclure primera toujours le premier à notifier. Évidemment, si le débiteur cédé n'a pas connaissance de la première cession et se libère auprès du cessionnaire second en date, il n'en sera pas moins valablement libéré⁴⁶⁰. Cette légitime protection du débiteur, en ce qu'elle n'est rien d'autre que la rançon du caractère occulte du procédé fiduciaire, ne prive pas pour autant le premier cessionnaire d'un recours. La jurisprudence hier⁴⁶¹ et la loi aujourd'hui⁴⁶², lui ouvrent une action contre le cessionnaire second en date. On le voit, en s'inspirant des solutions existantes en matière de bordereau Dailly, la généralisation de la cession fiduciaire de créance n'entraînera aucune révolution en la matière.

203. En présence d'une créance future au contraire, la résolution d'un éventuel conflit entre deux cessionnaires paraît bien plus obscure. Suivi à la lettre, l'alinéa 3 de l'article 1323 du code civil semble énoncer que le cessionnaire d'une créance future n'en deviendra titulaire qu'au jour de sa naissance. Peu importe la date de l'acte, seul le jour de naissance de la créance future paraît compter. Si vis-à-vis des parties l'incohérence de la solution a d'ores et déjà été soulignée (*cf. supra* n°168 et s.), c'est peut-être dans l'hypothèse d'un conflit entre deux cessionnaires d'une même créance future que l'absurdité de celle-ci apparaît en pleine lumière. Pour l'illustrer, quoi de mieux qu'un exemple concret.

Voici un vendeur professionnel qui, avant la conclusion d'une vente avec un acheteur, cède sa future créance du prix à un cessionnaire. Quelques jours plus tard, et toujours avant la vente, il cède de nouveau cette même créance à un second cessionnaire. La vente est conclue la semaine suivante. Postérieurement à la vente les deux cessionnaires décident de notifier la cession au débiteur cédé. Lequel doit-il payer pour se libérer valablement ? En principe, on l'a dit, la cession étant opposable aux tiers dès sa conclusion, le cessionnaire disposant du titre le plus ancien devrait l'emporter⁴⁶³. Pourtant l'article 1323 alinéa 3 indique qu'en présence d'une créance future, le transfert de créance n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties qu'envers les tiers.

Le débiteur cédé se trouve alors dans une situation fort inconfortable : la cession n'opérant plus à la date de l'acte mais seulement au jour de la naissance de la créance, il se trouve face à deux cessionnaires ayant acquis leurs droits sur la créance au même moment. Comment les départager ? Doit-il « couper la créance en deux » pour désintéresser de moitié chacun des cessionnaires ? Même question du point de vue des cessionnaires : puisqu'en présence d'une créance future seul le jour de sa naissance compte et que la date de l'acte n'importe plus, ne devrait-on pas les considérer comme des co-indivisaires de la créance ?

On le voit, le raisonnement basé sur la date de naissance de la créance confine à l'absurde. Le seul moyen pour résoudre un conflit entre deux cessionnaires d'une créance future revient finalement à comparer la date respective des actes de cession et à appliquer très classiquement l'adage *prior tempore, potior jure*. Finalement, il faut considérer qu'entre les parties, comme vis-à-vis des tiers, la cession d'une créance future rétroagit, une fois la créance née, au jour de l'acte de cession. Retenir une autre date,

⁴⁶⁰ Art. 1342-3 du code civil.

⁴⁶¹ La jurisprudence, en matière de bordereau Dailly, a toujours fait primer le cessionnaire premier en date aussi bien en cas de conflits entre cessionnaire et affactureur (Cass. Com., 19 mai 1992 n°90-15.342, *Bull. civ. IV* n°190 p.133) qu'entre deux cessionnaires Dailly (Cass. Com., 5 juill. 1994 n°92-14.966, *Bull. civ. IV* n°251, p.198).

⁴⁶² Art 1325 du code civil.

⁴⁶³ Cass. Com., 12 janv. 1999 n°96-13.723, *Bull. civ. IV* n°8, p.8.

comme celle de la naissance de la créance, mènerait à des bizarreries intellectuelles et déjouerait la croyance légitime du cessionnaire premier en date.

204. Mais si en toute circonstance le conflit entre deux cessionnaires d'une même créance doit se résoudre selon l'adage *prior tempore potior jure*, cette règle peut se trouver écartée lorsque le conflit éclate entre un cessionnaire et d'autres titulaires de droits concurrents.

B. Conflits opposant le cessionnaire à d'autres titulaires de droits concurrents

205. En pratique, le repos du cessionnaire fiduciaire n'est pas seulement menacé par l'hypothèse d'une seconde cession qui aurait été constituée sur une créance qui lui était pourtant destinée. Plus largement, en transférant la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, la cession peut avoir pour effet de priver certains tiers de leurs droits éventuels sur cette même créance. De cette situation peut alors naître un certain nombre de conflits, non plus entre cessionnaire successifs avec d'autres tiers qui avaient intérêt à ce que le cédant reste créancier. Trois situations peuvent se rencontrer.

206. En premier lieu, le conflit opposant, en apparence, un cessionnaire à un autre titulaire de droit concurrent peut s'avérer n'être qu'un faux semblant. Le conflit n'est qu'apparent, ils n'opposent pas deux titulaires de droits concurrents : c'est par exemple l'hypothèse où le bénéficiaire d'une cession de créance non notifiée entend agir contre la banque qui réceptionna le paiement en sa qualité de mandataire du cédant⁴⁶⁴. Ces hypothèses de faux conflits ne trouvent pas leur source dans les effets de la cession, elles ne feront donc pas l'objet de développements.

207. À côté de ces faux conflits existent également d'autres conflits -bien réels cette fois- qui répondent finalement à la même logique que celle développée en présence de deux cessionnaires successifs. Le conflit n'oppose alors plus deux cessionnaires de la même créance mais un cessionnaire et le titulaire d'un droit concurrent. Pour les résoudre, il suffit de rechercher à quel moment la cession déploie ses effets vis-à-vis des tiers. La prise d'effet de la cession opérant à l'égard des parties et des tiers la date de l'acte⁴⁶⁵, l'issue du conflit dépendra de la date de naissance du droit que lui oppose le tiers concurrent. Si la cession intervient postérieurement à la naissance du droit concurrent exercé par le tiers, elle sera privée d'effets. Au contraire, si la date de la cession est antérieure à la naissance du droit concurrents, la cession déploiera pleinement ses effets. Autrement dit, lorsque la cession prend effet avant les droits d'un créancier saisissant⁴⁶⁶, d'un affactureur⁴⁶⁷, d'un bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété⁴⁶⁸ ou d'un titulaire

⁴⁶⁴ Cass. Com., 4 juill. 1995 n°93-12.977, *Bull. civ.* IV n°203, p.189. Pour une étude de l'évolution jurisprudentielle sur cette question, voir LEGEAIS D. : *Cession et nantissement de créances professionnelles, Effets*, J.-Cl. Commercial, 2013, *spéc.* n°69.

⁴⁶⁵ Art. 1323 al.2 du code civil.

⁴⁶⁶ Cass. Com., 26 nov. 2003 n°01-03.685, *Bull. civ.* IV n°176, p.193.

⁴⁶⁷ Cass. Com., 12 janv. 1999, *préc.*

⁴⁶⁸ En la matière, la jurisprudence avantage presque systématiquement le créancier réservataire qui, en vertu de l'article L.624-18 du code de commerce, revendique la créance du prix de revente que détient l'acheteur à l'encontre du sous-acquéreur. D'après la Cour de cassation, en cas de conflit entre un cessionnaire Dailly et un créancier réservataire, ce dernier doit être préféré. En effet, dès sa naissance, et donc dès avant la cession

d'effets de commerce non acceptés, le conflit se résoudra en faveur du cessionnaire. On ne trouve ici qu'une application de la règle *prior tempore, potior jure*. Ces méthodes de résolution des conflits, aujourd'hui bien connues, auront vocation à s'appliquer à la future cession de créance de droit commun à titre de garantie. Il n'y a donc pas lieu de s'y attarder plus longuement.

208. Enfin, existent des conflits bien plus particuliers. Il ne s'agit plus de faux conflits ou de conflits traditionnels mais d'hypothèses particulières dont la résolution n'est plus fonction de la règle *prior tempore potior jure*. Ici, la règle de l'antériorité se trouve écartée au profit d'intérêts jugés plus légitimes que ceux du cessionnaire. Dans certains cas, et afin de favoriser l'intérêt du débiteur cédé ou certains titulaires de droits concurrents, l'efficacité de la cession fiduciaire se trouve amoindrie. C'est le cas en présence d'un conflit opposant un cessionnaire à un titulaire d'un effet de commerce accepté ou à un sous-traitant.

209. En présence d'un conflit entre le titulaire d'un effet de commerce accepté et un créancier cessionnaire, il est d'abord concevable de raisonner selon la règle de conflit classique *prior tempore, potior jure*. Pour résoudre le conflit il suffirait donc de comparer la date de l'acte de cession avec celle de l'acceptation de l'effet de commerce. Si l'acceptation est antérieure à la cession, alors le cessionnaire ne saurait se prévaloir d'un droit sur la créance. Si l'acceptation est postérieure, le cessionnaire devrait l'emporter sur le porteur de l'effet de commerce. Raisonner ainsi reviendrait toutefois à porter une atteinte sérieuse aux intérêts du débiteur cédé. Celui-ci pourrait en effet se retrouver dans l'obligation de désintéresser aussi bien le cessionnaire que l'endossataire. L'acceptation de l'effet entraînant purge des exceptions, il suffirait qu'il soit accepté postérieurement à une cession dont le débiteur n'avait pas connaissance pour qu'il soit tenu de payer aussi bien le cessionnaire, dont les droits sont chronologiquement antérieurs, que le porteur de l'effet accepté, auquel il ne peut plus opposer aucune exception.

Ne souhaitant pas sacrifier les intérêts du cédé sur l'autel de la satisfaction de l'ensemble des créanciers, la jurisprudence a fort heureusement rejeté une telle solution. Pour résoudre ce conflit, la Cour de cassation ne retient donc pas la date de l'acte de cession mais prend seulement en considération la date de notification de la cession au débiteur cédé. Par cette clé de résolution, la jurisprudence s'assure que le débiteur est en mesure de savoir si la lettre de change présentée à l'acceptation est relative à une créance déjà transmise.

Ainsi, si le débiteur cédé accepte une lettre de change relative à une créance ayant fait l'objet d'une cession mais que celle-ci ne lui fut pas notifiée, il pourra se libérer valablement entre les mains de l'endossataire. En conséquence, même si la cession est intervenue à une date antérieure à l'acceptation, le débiteur cédé sera en droit de refuser le paiement au cessionnaire⁴⁶⁹. Afin que le débiteur n'ait pas à payer deux fois, la règle de l'antériorité est donc écartée au profit de la sauvegarde de ses intérêts. Évidemment, si le débiteur accepte un effet de commerce après que la cession lui ait été notifiée, il ne

Dailly, la créance du prix de revente, subrogée à la chose vendue, appartient au créancier réservataire (Cass. Com., 20 juin 1989 n°88-11.720, *Bull. civ.* IV, n°197, p. 131). Il n'y a donc guère que de l'hypothèse où une cession de créance future a lieu antérieurement à la revente que le cessionnaire l'emportera (Cass. Com., 14 déc. 2010, n°09-71.767, *Bull. civ.* IV n°199).

⁴⁶⁹ Cass. Com., 21 mars 1995 n°93-15.617, *Bull. civ.* IV n°96, p.86.

saurait mériter une telle protection. À compter de la notification, le débiteur cédé étant informé de l'existence de la cession, il sait qu'il ne peut se libérer valablement qu'entre les mains du cessionnaire. S'il choisit tout de même d'accepter l'effet de commerce qui lui est présenté par suite, il le fera de mauvaise foi et s'exposera alors à payer deux fois⁴⁷⁰. Si cette clé de résolution est retenue par la jurisprudence en matière de cession Dailly, il en sera de même, une fois généralisée, en présence d'une cession de créance à titre de garantie.

210. Cette même idée de mise à l'écart de la règle de l'antériorité au profit de la protection d'intérêts supérieurs à ceux du cessionnaire se retrouve en présence d'un conflit entre celui-ci et un sous-traitant. Cette fois cependant, la clé de résolution retenue ne vise plus à protéger les intérêts du débiteur cédé mais ceux du sous-traitant. Pour le comprendre, il faut partir de l'article 13-1 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 qui interdit à l'entrepreneur principal de céder la partie de sa créance correspondant à des marchés sous-traités lorsqu'il n'a pas préalablement obtenu un cautionnement d'un établissement de crédit au profit de ses sous-traitants. S'il méconnaît cette interdiction, le sous-traitant est alors titulaire d'une action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage pour la créance de prix correspondant à la partie des travaux sous traités. Dans le prolongement de ce texte et toujours afin d'assurer un paiement au sous-traitant, la jurisprudence considère que toute cession de créance intervenue en violation de cette disposition est inopposable au sous-traitant. Dès lors, en cas de conflit entre cessionnaire et sous-traitant, la cession de créance sera réputée inopposable à ce dernier. Que la cession soit antérieure ou postérieure à l'action directe, le sous-traitant doit l'emporter, qu'il s'agisse d'un sous-traitant de premier⁴⁷¹ ou de second rang⁴⁷². Par conséquent, si le maître de l'ouvrage, à qui la cession a été notifiée, ne s'est pas encore libéré entre les mains du cessionnaire, il devra nécessairement désintéresser le sous-traitant qui agit par le biais de l'action directe. Au contraire, si le maître de l'ouvrage a d'ores et déjà payé le cessionnaire, le sous-traitant disposera d'un recours contre celui-ci⁴⁷³. Encore une fois, la règle traditionnelle est écartée au profit d'intérêts jugés supérieurs : ceux du marché de la sous-traitance. Ces règles, toujours dégagées à propos de la cession par voie de bordereau Dailly, ont encore vocation à être transposées au futur régime de la cession fiduciaire de créance de droit commun, quitte à en diminuer quelque peu l'efficacité. N'est-ce pas là, une fois encore, le prix à payer pour bâtir le régime d'une sûreté équilibrée ?

⁴⁷⁰ Cass. Com., 7 mars 1995 n°93-13.544, *Bull. civ. IV* n°67, p.63.

⁴⁷¹ Cass. Com., 22 nov. 1988 n°86-16.400, *Bull. civ. IV* n°317, p.213.

⁴⁷² Cass 3^{ème} Civ., 3 oct. 2001 n°99-12.678, *Non publié*.

⁴⁷³ Cass. Com., 16 mai 1995 n°92-21.876, *Bull. civ. IV* n°141, p.126.

Conclusion

211. Après examen, la généralisation de la cession fiduciaire de créance se révèle être autant possible qu'utile. Elle est possible puisqu'après réflexion, les arguments juridiques et politiques avancés par la jurisprudence sont tous incapables de fonder le refus d'introduire le mécanisme en droit commun (*cf. supra* n°45 et s.). Démocratiser l'accès à cette sûreté s'avérerait également utile dans la mesure où, présentement, aucune garantie sur créance ne semble pouvoir remplir efficacement le rôle d'une cession de créance de droit commun à titre de garantie (*cf. supra* n°65 et s.).

212. S'arrêter à ces constatations semblait néanmoins malvenu tant introduire une nouvelle sûreté nécessite aussi d'en concevoir le futur régime. Pour associer de façon harmonieuse les contraires et tenter de bâtir un système équilibré, le choix a été fait de doter la sûreté de droit commun d'un régime dual, variant en fonction de la finalité poursuivie par le constituant. Alors qu'en présence d'un constituant agissant dans le cadre de son activité professionnelle il faut savoir faire preuve de souplesse et accepter l'innovation⁴⁷⁴, face à un particulier, le souci d'équilibre doit passer au premier plan. Afin de trouver ce juste milieu, il fallut s'inspirer du nouveau mécanisme d'opposabilité de la cession de créance du code civil (*cf. supra* n°162 et s.), corriger certaines bizarreries propres à la naissance des créances futures (*cf. supra* n°168 et s.), rectifier un formalisme parfois injustifié (*cf. supra* n°152), et tenter d'injecter une dose de cohérence aux sûretés-propriétés lorsqu'elles se trouvent confrontées au droit de la faillite (*cf. supra* n°177).

213. À côté de ces réflexions propres à la cession fiduciaire, d'autres tentèrent de donner un aperçu plus général de ce que pourrait être le droit des sûretés réelles de demain.

En prenant le parti d'introduire un principe de proportionnalité entre l'assiette de la sûreté et la créance garantie (*cf. supra* n°134 et s.), la loi pourrait édifier un système où la sûreté serait si bien adaptée à la dette qu'elle permettrait de désintéresser le créancier tout en préservant la capacité d'endettement du débiteur.

Parallèlement à cela, entamer une véritable réflexion sur la publicité des sûretés-propriétés occultes, pourrait rendre le droit du sûretés bien moins imprévisible (*cf. supra* n°155 et s.) et éviterait ainsi les trop nombreux conflits entre titulaires de droits concurrents.

214. Finalement, l'ensemble des développements qui précèdent n'ont eu pour but que de rétablir une vérité et d'inciter à l'action. Ils rétablissent d'abord une vérité trop souvent bafouée par le juge : la généralisation de la cession fiduciaire de créance est, aujourd'hui comme hier, parfaitement possible et opportune. Ils incitent ensuite à doter le futur procédé d'un régime autonome alliant souplesse et protection des intérêts en présence. Inciter à légiférer, c'est finalement peu et beaucoup à la fois.

⁴⁷⁴ Et proposer ainsi un régime plus souple avec la faculté d'accepter de façon anticipé la cession (*cf. supra* n°195 et s.) ou la possibilité de mettre en place une cession rechargeable (*cf. supra* n°144 et s.).

Bibliographie

I. Manuels, traités, cours magistraux et dictionnaires :

- AUBRY Ch. et RAU Ch., *Droit civil français*, t. III, par ESMEIN P., 7e éd., Librairies techniques, 1968.
- AYNES L. et CROCQ P. : *Les sûretés, la publicité foncière*, 11e éd., L.G.D.J, 2017.
- BAUDRY-LACANTINERIE G. et DE LOYNES P. : *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Du nantissement, des privilèges, et hypothèques, et de l'exploitation forcée*, 3e éd., Sirey, 1906.
- BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L. : *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t.II, *Des obligations*, 3e éd., Sirey, 1907.
- BILLIAU M. : *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J, 2002.
- BONNEAU Th. : *Droit bancaire*, 12e éd., L.G.D.J, 2017.
- BONHOMME R. : *Instrument de crédit et de paiement*, 12e éd., L.G.D.J, 2017.
- CABRILLAC M. et MOULY Ch. : *Droit des sûretés*, 7e éd., Litec, 2004.
- CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H. : *Droit de la consommation*, 9e éd., Dalloz, 2015.
- CARBONNIER J. : *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 19e éd., PUF, 2000.
- CARBONNIER J. : *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 21e éd., P.U.F, 1998.
- CORNU G. : *Vocabulaire juridique*, 11e éd., PUF, 2016.
- FRANÇOIS J. : *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations : régime général*, 4e éd., Economica, 2017.
- GAUDEMET J. et CHEVREAU E. : *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, 2009.
- GUINCHARD S. et MOUSSA T. : *Droit et pratique des voies d'exécution*, 8e éd., Dalloz, 2015.
- LE CANNU P., GRANIER Th. et ROUTIER R. : *Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, 9e éd., Dalloz, 2016.
- LÉVY J.-Ph. et CASTALDO H. : *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph. : *Les obligations*, 9e éd., L.G.D.J, 2017.
- MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ Ph. : *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime*, 2e éd., Sirey, 1989.
- MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F. : *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par PICOD Y., 7e éd., Montchrestien, 1999.
- MESTRE J., PUTMAN E. et BILLIAU M. : *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J, 1996.
- PERROT R. et THÉRY Ph. : *Procédures civiles d'exécution*, 3e éd., Dalloz, 2013.
- PLANIOL M., RIPERT G., ESMEIN P., RADOUANT J. et GABOLDE G. : *Traité pratique de Droit civil français, Les obligations*, t.VII, L.G.D.J, 1954.
- POTHIER R.-J. : *Les traités du droit français*, t. V, Tarlier, 1831.
- SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph. : *Les sûretés, la publicité foncière*, 7e éd., Dalloz, 2016.
- TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y. : *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.
- THÉRY Ph. : *Sûretés et publicité foncière*, 2e éd., PUF, 1998.
- THÉRY Ph. : *Cours Magistral de Master II, Activité des Entreprises*, Paris II, 2017-2018.
- TORCK S. : *Enseignement méthodologique de Master II, Activité des Entreprises*, Paris II, 2017-2018.

II. Thèses

- ANSALONI G. : *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse (dir.) THÉRY (Ph.), Paris II, 2006.
- AYNÈS L. : *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Economica, 1984.
- BICHERON F. : *La dation en paiement*, thèse, éd. Panthéon Assas, 2006.
- CROCQ P. : *Propriété et garantie*, thèse, L.G.D.J, 1995.
- DAUCHEZ C. : *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse (dir.) GRIMALDI (M.), Paris II, 2013.
- DUPICHOT Ph. : *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, éd. Panthéon Assas, 2005.
- GIJSBERS Ch. : *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, Economica, 2015.
- JULIENNE M. : *Le nantissement de créance*, thèse, Economica, 2012.
- LEGEAIS D. : *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, Economica, 1986.
- LATINA M. : *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse, L.G.D.J, 2009.
- THOMASSIN N. : *De la propriété*, thèse (dir.) R.-Martin (D.), Paris XI, 2009.
- VAN STEENLANDT Ph. : *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, L.G.D.J, 2017.
- WITZ Cl. : *La fiducie en droit privé français*, thèse, Economica, 1981.

III. Ouvrages collectifs

- CAPITANT H, TERRÉ F. et LEQUETTE Y. : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13e éd., Dalloz, 2015.
- CHANTEPIE G. et LATINA M. : *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* ; Dalloz, 2016.
- DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M. : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexis Nexis, 2016.
- DISSAUX N. et JAMIN Ch. : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016.

IV. Encyclopédies

- CROCQ P. : *Rép. Cession de créance à titre de garantie*, Lamy Droit des sûretés, 2017.
- CROCQ P. : *Rép. Nantissement de créance*, Lamy Droit des sûretés, 2017.
- LEGEAIS D. : *Nantissement de créance*, J.-Cl. Banque, 2013.
- LEGEAIS D. : *Cession et nantissement de créances professionnelles, Effets*, J.-Cl. Commercial, 2013.

V. Articles généraux

- ANCEL P. : Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD Civ.* 1999, p.771.
- ANDREANI M. & RAVET Y.-M. : « La fiducie : sûreté d'élite ou produit de masse ? » *Dr. et patrimoine* n° 228, sept. 2013, p.38.
- ANSALONI G. : « Remarques sur l'efficacité du nantissement de créance », *RDBF* n° 5, sept. 2013, prat.5.

- AYNÈS L. : « Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », D.2001, p. 3110.
- AYNÈS L. : « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », D.2006, p.961.
- AYNÈS L. : « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. et patrimoine* n°162, sept. 2007, p.66.
- BECQUÉ J., CABRILLAC M. et RIVES-LANGE J.L. : « Les factures protestables », *JCP G* 1968, I, 2131.
- BONNEAU Th. : « Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière », *JCP E* n°38, 2003, p.1470.
- BORGA N. : « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », D.2010, p.2201.
- BORGA N. : « Le gage commercial résiste au formalisme... et à l'abrogation implicite » D.2015, p.787.
- CABRILLAC M. : « Cession de créances professionnelles. Période suspecte. » *RTD Com.* 1996, p.508.
- CABRILLAC M. : « L'acte de cession portant une date antérieure à celle du bordereau Dailly ne vaut pas acceptation », *RTD Com.* 2000, p.425.
- CABRILLAC M. : « Cession Dailly. Effets, modifications (L. de sécurité financière n° 2003-706, 1er août 2003) », *RTD Com.* 2003, p.784.
- CABRILLAC M. et PÉTEL Ph. : « Chronique procédures collectives – Redressement et liquidation judiciaire des entreprises » *JCP E* n°2, janv. 2006, p.1066.
- CARBONNIER J. : « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », in *Essais sur les lois*, L.G.D.J, 2013, p.117.
- CROCQ P. : « Fiducie-sûreté. Cession Dailly. Défaut d'application des nullités de la période suspecte. Une bonne affaire pour les banques ! » *RTD Civ.* 1996, p.671.
- CROCQ P. : « Fiducie-sûreté : la cession Dailly ne peut faire l'objet d'une acceptation anticipée », *RTD Civ.* 2000, p.877.
- CROCQ P. : « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé » *Dr. et patrimoine* n°92, avr. 2001, p.58.
- CROCQ P. : « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et patrimoine* n°106, juill.-août 2002, p.80.
- CROCQ P. : « La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte ! », *RTD Civ.* 2007, p.373.
- CROCQ P. : « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective » *Rev. proc. coll.* n°6, nov. 2009, dossier 18.
- CROCQ P. : « 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.
- CROCQ P. : « Panorama Droit des sûretés, janvier 2010 – décembre 2010 », D.2011, p.406.
- DAGOT M. : « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N* n°8, 1999, p.381.
- DANOS F. : « Proposition de modification de l'article 1323 du code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future » *RDC* n°1, mars 2017, p.200.
- DEUMIER P. : « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Civ.* 2006, p.510.
- DUPICHOT Ph. : « La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* n° 14, avr. 2009, p.23.
- DUPONT-LEGRAND B. : « Droit de rétention fictif et nantissement de créances : l'exclusivité au paiement ? », *RRJ* 2012-4, p.1826.
- EGÉA V. : « La circulation d'une créance non monétaire, l'exemple de la délivrance », D.2012, p.2111.

- EL MEJRI A. : « Cession Dailly - Bordereau Dailly : utiles précisions au sujet des conditions de forme, de la notification et de la portée des stipulations de l'acte générateur de la créance » note sous Cass. com., 11 octobre 2017, *RDBF* n°1, janv. 2018, étude 2.
- GAUTIER P.-Y. : « Pour le rétablissement du Livre préliminaire du code civil », *Revue Droits* n°41, 2005, p.37.
- GHESTIN J. : « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », D.1973, p.293.
- GIJSBERS Ch. : « Requiem pour l'hypothèque rechargeable » *RLDC* n°113, 1er mars 2014, p.28.
- GIJSBERS Ch. : « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et patrimoine* n°260, juill. 2016, p.48.
- GOAZIOU I. : « Validité conditionnelle des cessions de créances éventuelles consenties à titre de garantie », *JCP G* n° 31, juill. 2002, p. 1462.
- JULIENNE M. : « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ? » *Dr. et patrimoine* n°249, juill. 2015, p.69.
- LAISNEY L.-J. et FILLE LAMBIE O. : « Le nantissement de créance, supplétif ou alternative à la cession Dailly ? », *Banque & Droit* n°132, juill.-août 2010, p.3.
- LARROUMET Ch. : « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », D.2007, p.344.
- LEGEAIS D. : « La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance », *obs. sous Cass Com.* 19 déc. 2006, *JCP G*, 2007, II, 10 067.
- LICARI F.-X. : « L'incessibilité conventionnelle de la créance », *RJ com.*, 2002, p.65.
- MARRAUD DES GROTTES G. : « La qualification de nantissement de créance passée par pertes et fracas ! », *obs. sous Cass Com.* 26 mai 2010, *RLDC* juill.-août 2007, p.34.
- MARTIN D.-R. : « Embargo sur le bordereau ! » ; *RDBF* n°2, mars-avril 2003, p.149.
- MARTIN D.-R. et SYNVET H. : « Panorama droit bancaire, octobre 2005 – décembre 2006 », D.2007 p.753.
- MARTIN D.-R. et SYNVET H. : « Panorama droit bancaire, juillet – septembre 2016 », D.2016, p.2305.
- MATHIEU M.-E. : « Le nantissement de créance notifié : une sûreté devenue absolue ? », *RDBF* n°5, sept. 2010, étude 22.
- MAZIN Ch. : « Remise d'une créance en garantie d'une dette, nantissement, transport et délégation en garantie », *Rép. Def.* 1931, p. 221.
- PELLIER J.-D. : « Réflexion sur la classification des sûretés réelles », *LPA* n°82, 2014, p.7.
- PÉROCHON F. : « Une cession de loyers en garantie du remboursement d'un prêt conférant au prêteur la qualité de créancier nanti, les organes de la procédure collective de l'emprunteur ne peuvent pas encaisser et conserver les loyers échus postérieurement à l'ouverture de la procédure », *obs. sous Cass. Com.* 26 mai 2010, *Rev. proc. coll.* 2010 n° 5, comm. n° 176.
- SOUHAMI J. : « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD Civ.* 2008, p.27.
- SYNVET H. : « Le nantissement des meubles incorporels », *Dr. et patrimoine* n°140, sept. 2005, p. 64.
- THÉRY Ph. : « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés » *Dr. et Patrimoine* n° 92, avr. 2001, p.53.
- THÉRY Ph. : « Droit des sûretés et voies d'exécution », *obs. sous Cass Com.* 19 déc. 2006, *Rép. Def.* n°4, 2008, p.414.
- TORCK S. : « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* n°224, 9 nov. 2004, p.25.
- VASSEUR M. : « La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger », *RTD Com.* 1977, p.1.

- VASSEUR M. : « La cession de créance à titre de garantie (Loi n°78-13 du 4 janvier 1978) », *Revue Banque* n°372, avr. 1978, p.458.
- VASSEUR M. : « Les garanties indirectes du banquier », *Rev. Juris. Com.*, n° spé. fév. 1982, p.110.

VI. Articles de colloques

- BORGA N. : « La concurrence des fiducies-sûretés », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, Actes du colloque de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, dir. BORGA N. et GOUT O., L.G.D.J, 2016., p.148.
- CROCQ P. : « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles ; Constitution de la sûreté » in *La fiducie sûreté*, Actes du colloque de l'Association française des fiduciaires, L.G.D.J, 2015, p.25.
- CROCQ P. : « Le droit OHADA : avenir du droit français des sûretés ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, Actes du colloque de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, dir. BORGA N. et GOUT O., L.G.D.J, 2016, p.48.
- FOËX B. : « Rapport Suisse sur la propriété » in *La propriété, Journées vietnamiennes*, Tome LIII, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p.461.
- JULIENNE M. : « Le nantissement de créance : un outil efficace ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 10 ans après la réforme*, Actes du colloque de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, dir. BORGA N. et GOUT O., L.G.D.J, 2016, p.134.
- LUCAS F-X. : « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles ; Efficacité de la sûreté » in *La fiducie-sûreté*, Actes du colloque de l'Association française des fiduciaires, L.G.D.J, 2015, p.30.
- YAMANOME A. : « Rapport Japonais, les nouvelles fonctions de la propriété » in *La propriété, Journées vietnamiennes*, Tome LIII, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2003, p.439.

VII. Articles de mélanges

- AGBAYISSAH S. & MARTIN D.-R. : « Éléments critiques de droit des sûretés » in *Droit bancaire et Financier, Mélanges AEDBF-France IV*, Banque, 2004, p.17.
- CABRILLAC M. : « Les sûretés réelles entre vin nouveau et vieilles outres » in *Études offertes à Pierre CATALA, Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Litec, 2001, p.709.
- CERLES A. : « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », in *Mélanges en l'honneur de M. VASSEUR*, Banque, 2000, p.39.
- CROCQ P. : « Dix ans après : l'évolution récent des propriétés-garanties » in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p.345.
- FRANÇOIS J. : « Les créances sont-elles des biens ? » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p.149.
- WIEDERKEHR G. : « Pacte comissoire et sûretés conventionnelles » in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de Sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p.661.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|----|
| Sommaire..... | 4 |
| Introduction..... | 5 |
| Partie I : La généralisation possible et opportune de la cession de créance de droit commun à titre de garantie..... | 12 |
| Chapitre I : Une généralisation possible..... | 12 |
| Section I : L'illusion doctrinale passée..... | 12 |
| Paragraphe I : Le mythe de l'admission jurisprudentielle de la cession fiduciaire en droit commun..... | 13 |
| Paragraphe II : L'élaboration de mécanismes <i>a priori</i> équivalents mais finalement inefficaces..... | 17 |
| A. La cession de créance opérée à titre de dation en paiement à terme..... | 18 |
| B. La cession conditionnelle de créance à titre de paiement..... | 21 |
| Section II : Le refus contestable de la jurisprudence actuelle..... | 26 |
| Paragraphe I : Les fondements juridiques apparents..... | 26 |
| A. L'ancienne prohibition du pacte comissoire..... | 27 |
| B. L'existence d'un <i>numerus clausus</i> en matière de sûretés réelles..... | 29 |
| Paragraphe II : Le fondement politique sous-jacent..... | 31 |
| Chapitre II : Une généralisation opportune..... | 34 |
| Section I : Les faiblesses des garanties sur créance non translatives de propriété..... | 34 |
| Paragraphe I : la délégation de débiteur..... | 34 |
| Paragraphe II : Le nantissement de créance..... | 36 |
| A. L'efficacité apparente..... | 37 |
| B. Une efficacité douteuse..... | 39 |
| 1. La lettre de la loi..... | 40 |
| 2. L'examen renouvelé de la jurisprudence..... | 41 |
| Section II : Les faiblesses des garanties sur créance translatives de propriété..... | 43 |
| Paragraphe I : La fiducie-sûreté du code civil..... | 44 |
| Paragraphe II : La cession Dailly..... | 46 |
| A. Une institution modèle..... | 46 |
| B. Une institution vieillissante..... | 48 |
| Partie II : La construction d'un régime juridique propre à la cession de créance de droit commun à titre de garantie | 50 |
| Chapitre I : La formation..... | 50 |
| Section I : Les conditions de fond..... | 50 |
| Paragraphe I : Les conditions tenant aux personnes..... | 51 |
| A. Une sûreté démocratisée..... | 51 |
| B. Une sûreté à double finalité..... | 52 |

| | |
|--|----|
| Paragraphe II : Les conditions tenant aux créances..... | 55 |
| A. Les conditions tenant aux créances données en garantie..... | 55 |
| 1. La nature des créances données en garantie..... | 55 |
| 2. Les caractères des créances données en garantie..... | 57 |
| 3. L'introduction d'un principe de proportionnalité..... | 58 |
| B. Les conditions tenant aux créances garanties..... | 62 |
| Section II : Les conditions de forme..... | 64 |
| Paragraphe I : L'exigence d'un écrit..... | 65 |
| Paragraphe II : La question de la publicité..... | 67 |
| Chapitre II : Les effets..... | 69 |
| Section I : Les effets de la cession entre les parties..... | 70 |
| Paragraphe I : La date du transfert de la créance entre les parties..... | 70 |
| Paragraphe II : Les conséquences du transfert entre les parties..... | 75 |
| Section II : Les effets de la cession à l'égard des tiers..... | 78 |
| Paragraphe I : Effets de la cession à l'égard du débiteur cédé..... | 78 |
| A. L'opposabilité des effets de la cession au débiteur cédé..... | 79 |
| B. L'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé..... | 82 |
| Paragraphe II : Effets de la cession à l'égard des autres tiers intéressés..... | 86 |
| A. Conflits opposant deux cessionnaires de la même créance..... | 86 |
| B. Conflits opposant le cessionnaire à d'autres titulaires de droits concurrents.... | 89 |
| Conclusion..... | 92 |
| Bibliographie..... | 93 |
| Table des matières..... | 98 |