

La cession de créances à titre de garantie : une sûreté à part

Grégory Mouy, Docteur en droit privé
Cabinet Christophe Theron

Parmi toutes les sûretés qu'un créancier peut demander à son débiteur en garantie du remboursement de sa dette, la cession de créances à titre de garantie occupe une place à part. L'efficacité d'une telle opération se révèle tout particulièrement en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur, les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale (privilège spécial, hypothèque, nantissement) sont soumis de la même manière que les créanciers chirographaires à la discipline de la procédure. L'ouverture de la procédure fragilise momentanément voire évince définitivement l'application de toutes les sûretés que le créancier s'était vu consentir.

On rappellera en effet que toutes les créances, qu'elles soient ou non assorties de sûretés, nées avant l'ouverture de la procédure collective ne sont plus exigibles, ce qui s'oppose le cas échéant à la réalisation de la sûreté. De plus, dans le cadre de l'élaboration du plan (de sauvegarde, de redressement), les créanciers privilégiés sont traités exactement de la même manière que les créanciers chirographaires puisque des délais de paiement peuvent être imposés aux uns comme aux autres. Enfin, en cas de liquidation judiciaire, l'ordre de paiement des créanciers, institué à l'article L. 641-13 du Code de commerce, fait passer bon nombre de créanciers, prioritaires aux yeux de la loi, avant ceux titulaires d'une sûreté.

Cette fragilisation de la situation du créancier n'est cependant pas inéluctable. Il existe en effet une sûreté extrêmement efficace, une «super-sûreté» qui permet au créancier qui la possède d'échapper à tous les inconvénients évoqués, et notamment de se retrouver «hors concours» par rapport aux créanciers de la procédure collective. Cette sûreté c'est la cession de créances à titre de garantie. Par ce procédé, le débiteur transfère à son créancier, de manière provisoire et à titre de garantie d'une dette, la propriété de créances qu'il détient sur autrui. L'effet translatif attaché à l'opération protège le cessionnaire en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant.

Face à la suprématie de cette sûreté, qui se distingue de toutes autres, en particulier du simple nantissement de créances, la pratique a souhaité l'utiliser dans des domaines autres que ceux explicitement autorisés par le législateur. Mais la Cour de cassation n'a pas souhaité, pour le moment, suivre cette logique en interdisant une telle cession en dehors des cas prévus par la loi. La solution dégagée dans l'arrêt du 19 décembre 2006

est cependant critiquable sous l'angle de la liberté contractuelle, de sorte qu'il existe des espoirs (pour les créanciers) de voir cette jurisprudence évoluer.

I. La suprématie de la cession de créances à titre de garantie sur les autres sûretés.

L'exemple le plus connu, et le procédé le plus pratiqué, est sans conteste la cession de créances professionnelles dites «Dailly», consentie en contrepartie de concours accordés par des établissements de crédit. L'opération est décrite aux articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier. Il existe en réalité deux types bien distincts de cession de créances par bordereau Dailly. Selon un premier procédé, la banque se voit attribuer par l'emprunteur, par bordereau Dailly, des créances professionnelles en remboursement d'avances de trésorerie. Cette opération d'escompte, très classique, n'intéresse pas notre propos. Suivant un second procédé, plus subtile, la banque se voit attribuer, toujours par bordereau Dailly, une quantité plus ou moins importante de créances *en garantie du remboursement* des avances consenties. Ce second procédé – siège d'une véritable sûreté pour la banque – est d'une grande simplicité puisque le nombre de créances pouvant être cédées en garantie n'est pas réglementé (le montant peut donc être supérieur à celui des encours consentis) et que la cession intervient sans stipulation de prix, ce qui est logique puisque la cession n'intervient qu'à titre de garantie.

L'originalité du mécanisme repose sur le fait que la remise du bordereau est translatif de propriété des créances, bien que celles-ci n'aient pas vocation à revenir *in fine* au cessionnaire. En effet, le transfert de propriété est en principe provisoire : si l'emprunteur honore ses remboursements, les créances cédées retourneront dans son patrimoine. En revanche, s'il est défaillant, la banque conservera définitivement la propriété des créances et elle pourra alors se rembourser par simple compensation. Contrairement au nantissement de créances, la banque cessionnaire n'a donc pas à agir en justice pour obtenir la vente ou l'attribution des créances, elle peut se payer par compensation *ès qualités* de propriétaire des créances (elle recevra le paiement du débiteur cédé à qui elle doit notifier la cession).

Les avantages qu'une telle sûreté confère à son titulaire, comparativement au simple nantissement de créances, sont fondamentaux en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur cédant. En effet, on l'a dit, la cession de créances en

garantie attribuée au cessionnaire la propriété des créances ; cela lui évite alors tous les inconvénients de la procédure collective. A l'inverse du créancier nanti, le cessionnaire n'est pas exposé aux délais de la procédure et, le cas échéant, à ceux du plan ainsi qu'au risque d'être primé par les créanciers bénéficiant de privilèges supérieurs au sien. Il est propriétaire de la créance, déjà sorti du patrimoine du cédant au moment de la faillite, et se fera donc payé par le débiteur cédé sans que l'ouverture de la procédure n'ait une quelconque incidence.

Il convient enfin d'observer que l'efficacité du mécanisme est d'autant plus grande que l'effet translatif attaché à la remise du bordereau se produit «*quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances*» (article L. 313-27 du Code monétaire et financier).

Un temps, la jurisprudence avait, il est vrai, limité, à propos d'une cession de créances nées d'un contrat à exécution successive (contrat de bail, contrat d'entreprise...), l'effet translatif aux seules échéances existantes au jour du jugement d'ouverture : «*le jugement d'ouverture de procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances futures nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement*» (Cass. com., 26 avril 2000). Autrement dit, les échéances futures du contrat «*tombaient*» dans la procédure collective ; elles n'appartenaient pas à la banque cessionnaire.

Mais cette jurisprudence, fortement critiquée, a été abandonnée : il est aujourd'hui admis que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant, après la date apposée sur le bordereau Dailly, ne remet pas en cause l'efficacité de la cession aussi bien pour les échéances passées que pour les échéances futures du contrat à exécution successive (V. not. Cass. com., 22 novembre 2005). De même, il semble possible d'admettre, bien que la jurisprudence ne l'ait, semble-t-il, jamais dit, que toutes les créances futures, même celles issues d'un contrat non conclu, peuvent être transférées par la remise d'un bordereau Dailly, c'est-à-dire sortir en amont du patrimoine du futur failli.

II. Le champ d'application limité de la cession de créances à titre de garantie

La cession de créances à titre de garantie n'est autorisée explicitement que par certains textes. A côté de l'opération Dailly, il existe d'autres textes autorisant une cession de créances à titre de garantie, mais leur champ d'application est extrêmement restrictif (v. par ex. les opérations bancaires de pension visées à l'article L. 432-12 du Code monétaire et financier). De plus, le recours au bordereau Dailly est très encadré par la loi : seules peuvent être cédées par bordereau Dailly les *créances professionnelles* au profit d'*établissements de crédit*. Enfin, la loi du 19 février 2007 instituant en droit français la fiducie n'a pas franchement

élargi le potentiel de la cession de créances en qualité de sûreté, tant les conditions à remplir pour conclure un contrat de fiducie (qui peut, le cas échéant, être utilisé pour réaliser une cession de créances à titre de garantie) sont restrictives et dissuasives.

Face aux insuffisances de ce cadre légal, une question essentielle surgit : dans le silence de la loi, est-il possible pour n'importe quel créancier (et pas seulement pour un établissement de crédit) de convenir contractuellement avec son débiteur une cession de créances à titre de garantie ? Il serait tentant de répondre à cette question par l'affirmative dès lors qu'aucun texte n'interdit la constitution d'une telle sûreté et que la liberté contractuelle a valeur de principe. Pourtant, la Cour de cassation n'a pas été de cet avis. Dans un arrêt du 19 décembre 2006 aux conséquences pratiques considérables, elle a décidé que : «*En dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance*». Autrement dit, alors pourtant que les parties avaient clairement conclu en l'espèce une cession de créances à titre de garantie, la Cour de cassation a requalifié l'opération en nantissement de créances avec toutes les conséquences que cela implique, le débiteur cédant ayant été mis en redressement judiciaire. Cette solution s'explique par la volonté jurisprudentielle d'éviter que les créances de l'entreprise ne sortent trop facilement de son patrimoine, compromettant ses chances de redressement. Il n'empêche, cette solution est dénuée de tout fondement légal, les parties ayant par principe la possibilité de faire tout ce qui n'est pas prohibé par la loi. Rien n'interdit en revanche aux praticiens d'essayer de provoquer un revirement (l'arrêt du 19 décembre 2006 n'a jamais été confirmé ni infirmé, et a été fortement critiqué). A la vérité, ils n'ont pas grand-chose à perdre car, pour la Cour de cassation, l'opération n'est pas nulle mais seulement requalifiable en nantissement.