LAMY REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

LE NOUVEAU DROIT DES SÛRETÉS SOUS L'ANGLE DES AFFAIRES

Supplément coordonné par Antoine HONTEBEYRIE, Avocat associé, Cabinet Racine, avec les contributions de Augustin AYNÈS, Laurent AYNÈS, Philippe DELEBECQUE, Barna EVVA, Sandra GRASLIN-LATOUR, Dimitri HOUTCIEFF, Maxime JULIENNE, Muriel MIGNARD, Jean-Denis PELLIER et David ROBINE

175 | SUPPLÉMENT NOVEMBRE 2021

Wolters Kluwer

RLDA 7330

La mise en garantie des créances de l'entreprise

Sandra GRASLIN-LATOUR

Avocate associée, Cabinet Racine

Barna EVVA

Avocat associé, Cabinet Racine

La réforme du droit des sûretés, *via* l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, clarifie le régime du nantissement de créances et instaure une cession de créances à titre de garantie. Avec les modifications apportées au régime de la fiducie, cette réforme offre ainsi un nouvel éventail de sûretés sur créances qui donne aux entreprises plus d'options pour mobiliser leurs créances en garantie de leur endettement. Du transfert de propriété (cession, fiducie) à la reconnaissance d'un droit exclusif au paiement (nantissement), des solutions variées existent pour tous les besoins même si les prêteurs auront certainement une préférence pour certaines sûretés plus protectrices de leurs droits.

1. Dans le cadre de ses activités commerciales, une entreprise peut souhaiter mobiliser ses créances pour obtenir des financements à court et moyen terme. Cette mise en garantie des créances de l'entreprise peut passer par différents outils juridiques. Les sûretés sur créances sont en effet déjà diverses en droit français : cession et nantissement Dailly portant sur des créances professionnelles, nantissement de créances de droit commun et fiducie-sûreté.

Avec le but affiché de moderniser les sûretés et de rendre le recours au droit des sûretés français plus attractif notamment pour les investisseurs internationaux ainsi que pour les ETI et PME, l'ordonnance du 15 septembre 2021 refond de manière conséquente les textes issus de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Elle remanie notamment en profondeur le nantissement de créances et adapte à la marge le régime de la fiducie-sûreté. Elle consacre en outre une nouvelle sûreté translative de propriété : la cession de créances de droit commun à titre de garantie. Les nantissements et cessions Dailly ne font en revanche l'objet d'aucun changement.

Les modifications apportées par la réforme sur les différentes sûretés sur créances, qui entreront en vigueur le 1er janvier 2022, méritent d'être exposées, ce qui permettra d'effectuer ensuite un état des lieux des différentes options offertes aux entreprises pour donner leurs créances en garantie avec les atouts et les limites de chaque sûreté.

Les modifications apportées par l'ordonnance du 15 septembre 2021 en matière de sûretés sur créances

Le renforcement de l'efficacité du régime du nantissement de créances civiles

2. La réforme de 2006 a déjà largement refondu les règles du nantissement de créances, sans toutefois couvrir tous les aspects. Celle de 2021 est venue clarifier des zones d'ombres tout en complétant cette garantie qui a connu depuis des années un vif succès. Le réformateur a entendu préciser les règles du Code civil relatives au nantissement de créances, en les alignant en partie avec celles de la cession de créances. Toutes ces nouveautés ci-après exposées sont venues à la fois faciliter la mise en œuvre du nantissement de créances mais également renforcer son efficacité, ce qui le rend plus attractif, même s'il n'est pas translatif de propriété.

3. Harmonisation de la date de naissance du nantissement sur créances futures. Un point majeur, ayant un impact plus que significatif sur l'efficacité du nantissement, tient à l'harmonisation des règles sur la date de la naissance des droits du créancier nanti sur des créances futures et remédie à une certaine contradiction des textes. Dans le dispositif antérieur à la réforme, lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance à compter de la naissance

de celle-ci[1], alors pourtant que le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte[2]. À compter du 1er janvier 2022, le nantissement d'une créance, présente ou future, prendra effet entre les parties et deviendra opposable aux tiers à la date de l'acte.

Retenir la date de l'acte comme date d'effet est opportun, puisque la date de l'acte est par hypothèse très simple à connaître et bien moins sujette à débats que celle de la naissance d'une créance. Cette disposition permettra également d'éviter, comme c'est le cas actuellement, qu'une cession Dailly (où le transfert intervient à la date portée sur le bordereau, même pour les créances futures) vienne primer le nantissement d'une créance future pourtant conclu antérieurement sous prétexte que la cession, quoique postérieure, est elle-même intervenue avant la naissance de cette créance.

La charge de la preuve est également précisée puisque l'article 2361 prévoit désormais qu'en cas de contestation sur la date de l'acte, la preuve de cette date incombe au créancier nanti qui peut la rapporter par tout moyen. Ces nouvelles dispositions sont calquées sur celles déjà existantes en matière de cession de créances de droit commun[3] et de cession Dailly[4].

4. Faculté de nantir de façon successive une même créance. L'ordonnance du 15 septembre 2021 ajoute par ailleurs un nouvel article 2361-1 au Code civil, permettant la constitution de plusieurs nantissements successifs sur une seule créance, alors que cette possibilité pouvait jusqu'à ce jour être discutée. L'absence de transfert de propriété permet ainsi à une entreprise de constituer plusieurs nantissements de rangs successifs sur une même créance qu'elle détient dans son patrimoine et ce auprès de différents créanciers. Il s'agit incontestablement d'un avantage pour les entreprises, qui leur permet de démultiplier l'utilisation d'une créance pour obtenir des financements – même si un prêteur aura certainement moins d'appétit pour un nantissement qui ne serait pas de premier rang. Le réformateur a précisé, logiquement, dans ce nouvel article 2361-1 que le rang des créanciers est défini en fonction de la date de l'acte. Cependant, comme le droit au paiement résulte de la notification au débiteur (v. *infra*), cet article précise également que « *Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* ».

5. Droit au paiement du créancier nanti à compter de la notification au débiteur nanti. Le réformateur a également voulu « *clarifier le droit du créancier nanti au paiement* » en modifiant en profondeur l'article 2363 du code civil. Ce texte consacre dorénavant un droit exclusif au paiement au bénéfice du créancier nanti qui notifie, à la faveur d'un droit de rétention expressément attribué, en écho à une jurisprudence de la 2e chambre civile de la Cour de cassation qui avait déjà reconnu aux créanciers nantis ce droit exclusif au règlement des créances nanties[5]. À cet égard, il sera noté qu'il résulte du nouvel article 2355 du code civil que le droit de rétention fictif prévu à l'article 2286, 4°, ne s'applique pas en matière de nantissement, dans la lignée d'un arrêt rendu en 2013 par la chambre commerciale de la Cour de cassation[6]. L'attribution désormais explicite d'un droit de rétention au créancier nanti sur créances n'en est que plus significative.

6. Nouveau régime de l'opposabilité des exceptions. La réforme applique par ailleurs au nantissement des règles inspirées de celles relatives aux cessions de créances concernant l'opposabilité des exceptions, sachant que les textes étaient jusqu'à ce jour silencieux sur cette question.

Un nouvel article 2363-1 prévoit que le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions inhérentes à la dette ainsi que celles nées de ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit devenu opposable. En d'autres termes, les exceptions inhérentes à la dette (ex. : exception d'inexécution, compensation des dettes connexes) pourront être opposées par le débiteur au créancier nanti en tout état de cause, quelle que soit leur date de naissance, ce qui protège le débiteur ; à l'inverse, les exceptions qui ne sont pas inhérentes à la dette (ex. : octroi d'un terme, compensation de dettes non connexes) ne pourront l'être que si elles sont nées avant la date d'opposabilité du nantissement au débiteur, c'est-à-dire, le plus souvent, avant la date de notification du nantissement.

7. Protection des sommes payées au titre de la créance nantie. Il existait une incertitude sur le sort des fonds perçus par un créancier nanti alors qu'un contentieux serait en cours sur le bien-fondé de la créance ou de la sûreté ou de sa mise en œuvre. Le nouvel article 2364 du code civil vient préciser les conditions de conservation de ces fonds en prévoyant que le créancier nanti devra conserver les sommes sur un compte « *spécialement affecté ouvert à cet effet* » auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée. Cette précision particulièrement bienvenue va permettre d'individualiser les sommes qui pourront être reversées au constituant et, semble-t-il, de

(1) C. civ., art. 2357 en vigueur.

(2) C. civ., art. 2361.

(3) C. civ., art. 1323.

(4) C. mon. fin., art. L. 313-27.

(5) Cass. 2e civ., 2 juill. 2020, n° 19-11.417, publié au Bulletin ; Cass. 2e civ., 17 sept. 2020, n° 19-10.420, publié au Bulletin ; Cass. 2e civ., 10 déc. 2020, n° 19.19-340, publié au Bulletin.

(6) Cass. com., 26 nov. 2013, n° 12-27390.

s'assurer que les fonds versés par le débiteur de la créance nantie ne puissent être appréhendés par des créanciers du bénéficiaire de la sûreté ou par les organes de sa procédure collective au préjudice du constituant qui en réclamerait restitution en cas de nullité du nantissement ou de paiement de la créance garantie.

Consécration de la cession de créances civiles à titre de garantie

8. Innovation. Jusqu'à présent, seuls les établissements de crédit, les FIA et les sociétés de financement pouvaient se faire céder des créances (uniquement professionnelles) à titre de garantie au moyen de la cession Dailly prévue par le Code monétaire et financier et ce, uniquement par l'emprunteur. La jurisprudence prohibait le recours au mécanisme de la cession de créances de droit commun prévu dans le Code civil à titre de garantie seulement. En effet, la Cour de cassation requalifiait systématiquement la cession de créances à titre de garantie en nantissement(7). Au rebours de cette jurisprudence, la réforme consacre la cession de créances civiles à titre de garantie en codifiant cette sûreté aux nouveaux articles 2373 à 2373-3 du code civil, qui reprennent en partie les propositions de l'avant-projet Capitant diffusé en 2017. Il s'agissait d'un point attendu par les entreprises. En effet, cette sûreté répond à un besoin d'attractivité du droit français, la cession Dailly étant réservée aux établissements de crédit, aux FIA et aux sociétés de financement. En outre, au même titre que la fiducie-sûreté, la cession de créances à titre de garantie est un mécanisme connu des investisseurs étrangers et se retrouve dans plusieurs systèmes juridiques (notamment en droit OHADA ou en *Common law*).

> *C'est toujours la cession et le nantissement Dailly qui détiennent la palme de la simplicité*

Cette sûreté est soumise aux mêmes règles que celles applicables à la cession de créances de droit commun(8). On relèvera également la possibilité de céder des créances futures, lesquelles devront alors être identifiées ou déterminables dans des conditions analogues à ce qui est prévu en matière de cession Dailly(9). Par ailleurs, la cession sera opposable au débiteur cédé à compter de la notification ou de la prise d'acte(10) et aux autres tiers à compter de la date de l'acte(11). Les sommes payées au titre de la créance cédée s'imputeront sur la créance garantie lorsqu'elle est échue et, dans le cas contraire, le créancier cessionnaire conservera les sommes payées et la sûreté se reportera sur les fonds dans les mêmes conditions que celles prévues pour la cession de somme d'argent à titre de garantie (« gage-espèces »)(12), elle aussi consacrée par la réforme(13). Enfin, si la créance garantie par la cession est payée en intégralité avant que la créance cédée ne le soit, le cédant retrouve de plein droit son droit de propriété sur ladite créance cédée, qui revient ainsi dans son patrimoine(14).

Assouplissement du régime de la fiducie-sûreté

9. Évolutions. On sera plus rapide sur les assouplissements apportés au régime de la fiducie-sûreté, car le sort des créances données en garantie n'en est pas un élément central. Notons d'abord que cette sûreté va pouvoir désormais garantir des obligations futures, ce qui n'était pas évident à la lecture des textes antérieurs(15). Encore faudra-t-il évidemment que cette obligation future soit déterminable(16). Cette règle vient ainsi se calquer sur le régime de la cession de créances futures. La constitution de la fiducie est également simplifiée dès lors qu'il ne sera plus nécessaire lors de sa constitution d'évaluer le bien ou le droit transféré. L'article 2372-2 se voit en effet amputé de l'obligation de mentionner dans le contrat de fiducie conclue à titre de garantie « *la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire.* ». Le rapport au Président de la République indique que le réformateur a souhaité cette suppression dès lors qu'une telle estimation n'est exigée pour aucune autre sûreté. Il est à noter que la disparition de l'obligation de donner la valeur de la créance mise en fiducie n'est pas totale puisqu'elle reste nécessaire, pour un constituant personne physique, dans la fiducie rechargeable(17).

La réalisation de cette sûreté est également facilitée puisque est prévue la possibilité pour le fiduciaire qui ne trouverait pas un acquéreur au prix fixé par expert, de vendre le bien ou le droit cédé au prix qu'il estime, sous sa responsabilité, correspondre à sa valeur(18). Dans l'avenir, des contentieux pourraient ainsi naître du fait de la mise en jeu par le débiteur de la responsabilité du fiduciaire qui déciderait de vendre un bien ou un droit à un prix particulièrement faible. Il nous semble que le réformateur aurait plutôt dû

(7) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395, Bull. civ. IV, n° 250.

(8) C. civ., art. 1321 à 1326.

(9) C. civ., art. 2373-1, al. 2.

(10) C. civ., art. 1324.

(11) C. civ., art. 1323.

(12) C. civ., art. 2373-2. Sur cette consécration : A. Hontebeyrie et B. Evva, La consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie, Rev. Banque, avr. 2021, p. 68.

(13) C. civ., art. 2374 et s.

(14) C. civ., art. 2373-3.

(15) C. civ., art. 2372-1, al. 2, en vigueur.

(16) C. civ., art. 2372-1.

(17) C. civ., art. 2488-5, al. 2.

(18) C. civ., art. 2372-3.

opter, en cas d'absence d'acquéreur au prix fixé par l'expert, pour une diminution raisonnable de la valeur fixée par ce dernier, au lieu de laisser un blanc-seing au fiduciaire.

État des lieux des différentes options offertes aux entreprises pour donner leurs sûretés en garantie

10. À compter du 1er janvier 2022, les entreprises disposeront donc de cinq sûretés leur permettant de donner leurs créances en garantie à des créanciers : deux sûretés non translatives de propriété, à savoir le nantissement Dailly et le nantissement de droit commun, et trois sûretés translatives de propriété, à savoir la cession Dailly, la cession de droit commun et la fiducie-sûreté. Face à cette pluralité de sûretés, il parait nécessaire de comparer les attraits, limites et risques de chaque instrument au regard des trois critères qui sont les plus fréquemment pris en compte par les praticiens : les contraintes formelles et le coût de la sûreté, les facultés de cumul et les risques de conflits entre bénéficiaires qu'elle recèle, et le sort de la créance en cas de procédure collective.

Des fortes disparités en matière de formalisme et de coûts

11. Critères prégnants dans la pratique. Si, d'un point de vue juridique, les questions de coût et de complexité technique ne semblent pas forcément les arguments principaux pour choisir entre différentes sûretés concurrentes, il s'agit dans la pratique de critères particulièrement prégnants. Dans ce domaine, c'est toujours la cession et le nantissement Dailly qui détiennent la palme de la simplicité : la mention des créances cédées sur le fameux bordereau est la solution la plus simple techniquement malgré le formalisme minutieux applicable au bordereau. Il s'agit maintenant de documents normés dont les professionnels maîtrisent bien l'usage. La notification aux débiteurs cédés est, elle aussi, peu contraignante. De ce fait, ces sûretés sont aussi les moins coûteuses, les banques pouvant se passer du recours à des avocats pour les formaliser. On peut donc postuler que le « marché » du Dailly, très populaire pour les banques et leurs clients, ne sera pas chamboulé par la réforme des autres sûretés sur créances.

Pour les créanciers ne pouvant bénéficier du régime de la cession Dailly, le recours à la cession ou au nantissement de créances de droit commun s'imposera comme une solution alternative aujourd'hui renforcée par la réforme avec des contraintes formelles et financières limitées. Les actes formalisant ces sûretés peuvent être relativement succincts pour respecter les dispositions du Code civil (un acte écrit, de préférence enregistré, et une notification pour son opposabilité au débiteur s'il n'intervient pas à l'acte). Cependant, il existe de multiples risques tant pour le constituant que pour le bénéficiaire et le recours à un avocat reste conseillé. De ce fait, ces deux sûretés demeurent plus complexes (et donc potentiellement plus coûteuses) que leurs équivalents dédiés aux créances professionnelles.

Enfin, la fiducie-sûreté demeure la sûreté sur créances la plus contraignante et la plus coûteuse. Elle nécessite le recours à un professionnel spécifique, le fiduciaire, qui aura ses exigences rédactionnelles et son coût (pour la mise en place de la documentation, puis tout au long de sa mission et en cas de réalisation). Les parties font également plus souvent appel à des avocats pour formaliser cette sûreté. Par ailleurs, le contrat de fiducie-sûreté ainsi que ses avenants doivent être enregistrés à peine de nullité(19) et inscrits sur le registre des fiducies(20). Ainsi, les quelques assouplissements apportés au régime général de la fiducie-sûreté par la nouvelle réforme ne sont pas de nature à réduire le poids technique et financier de cette sûreté quand il s'agit de l'appliquer à des créances.

Cumuls et conflits de sûretés successives sur une même créance

12. Les cessions de créances étant translatives de propriété, elles ne permettent pas de faire bénéficier différents créanciers de cette même sûreté(21). Selon la jurisprudence, en cas de cessions Dailly successives, le débiteur cédé qui a reçu notification de la part des deux cessionnaires successifs doit payer le premier en date alors même que le second en date a notifié le premier(22). La même solution devrait s'appliquer en matière de cession de créances puisque le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date(23). Ce dernier dispose d'ailleurs d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement(24). La question de la pluralité de bénéficiaires se pose en fait principalement dans le nantissement, puisque la sûreté mise en place maintient la propriété des créances au constituant, ou encore dans la fiducie-sûreté en tant que celle-ci peut être stipulée rechargeable.

13. Nantissement de droit commun. En droit commun, même si ce point pouvait être discuté, la pratique des nantissements successifs, consistant pour le constituant à donner ses créances en garantie à plusieurs de ses créanciers, était assez répandue. La réforme vient consa-

(19) C. civ., art. 2019.

(20) C. civ., art. 2020.

(21) Il est cependant possible de donner cette sûreté en garantie de nouvelles créances du bénéficiaire, en signant un nouveau bordereau de cession de créances professionnelles en remplacement du premier s'agissant d'une cession Dailly ou en concluant une nouvelle cession de droit commun. Dans les deux cas, il conviendra de procéder à une nouvelle notification au débiteur s'agissant d'une nouvelle sûreté.

(22) Cass. com., 12 janv. 1999, n° 96-13723, Bull. civ. IV, n° 8 ; RTD com 1999, p. 479, obs. M. Cabrillac.

(23) C. civ., art. 1325.

(24) Même texte. V. G. Marain, Le recours de l'article 1325 du code civil dans le cadre des conflits entre cessionnaires successifs d'une même créance, AJ contrat 2017. 426.

crer ce schéma[25]. Le principe est que la date des actes de nantissement détermine le rang des créanciers nantis[26]. Cependant, le fait que le premier créancier nanti à notifier bénéficie « seul » du droit au paiement sur le fondement du droit de rétention soulève une interrogation sur les conséquences d'une notification postérieure par un créancier nanti de rang antérieur : à qui le débiteur nanti doit-il payer dans ce cas ? Il est vraisemblable que, tant que le nantissement de premier rang ne lui est pas opposable (notification ou prise d'acte), le débiteur nanti paie valablement entre les mains du créancier nanti de second rang si ce dernier a procédé à la notification ; le créancier premier en date bénéficiera cependant d'un recours envers l'*accipiens*[27]. Mais qu'en est-il une fois que le nantissement de premier rang lui a été rendu opposable, par exemple par notification, alors qu'il n'a pas encore payé le créancier nanti de second rang ? Sur ce point, le texte de l'ordonnance du 15 septembre 2021 peut susciter l'hésitation en tant qu'il précise qu'après notification « *le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit au paiement* »[28] sans envisager l'éventualité dans laquelle le nantissement aurait été notifié par plusieurs créanciers.

Une première solution consisterait à décider que le droit de rétention du créancier second en date qui aurait notifié en premier prime sur le créancier premier en date qui aurait notifié en second au motif qu'il ne peut y avoir cumul de droits de rétention sur un même bien. Dans ce cas, il s'agit d'une lecture stricte du nouvel article 2363, alinéa 1, du code civil, sanctionnant en quelque sorte le créancier nanti premier en date d'acte qui n'aurait pas notifié avant le créancier nanti d'un rang inférieur. Le créancier nanti premier en date ne pourrait alors pas opposer au créancier nanti second en date son droit de rétention inopposable et n'aurait donc pas la possibilité d'exiger paiement de la part du débiteur nanti. Mais il conserverait son recours « interne » envers le créancier *accipiens* de second rang sur le fondement de l'article 2361-1[29]. Une seconde solution consisterait à admettre que le droit de rétention du créancier nanti premier en date doit primer le second en date alors même que ce dernier a notifié le premier. Peu importe alors la date à laquelle la notification du créancier nanti premier en date intervient dans la mesure où le paiement n'est pas encore intervenu au profit d'un autre créancier nanti disposant d'un rang inférieur (cf. hypothèse d'un nantissement d'une créance à exécution successive, par exemple des loyers). Sous l'empire du texte actuel, c'est la thèse qui semble être privilégiée par la doctrine. Ainsi, Maxime Julienne semble soutenir cette idée dans sa thèse : « *si le nanti de premier rang notifiait lui aussi sa sûreté, c'est lui qui serait payé* »[30]. La même analyse devrait s'appliquer avec le nouveau texte[31]. La jurisprudence rendue à propos de la cession Dailly va d'ailleurs elle aussi dans ce sens[32]. Une précision du réformateur sur le sujet aurait cependant été la bienvenue pour sécuriser le débiteur nanti et il fait peu de doute que cette question sera sujette à contentieux.

14. Nantissement Dailly et fiducie rechargeable. S'agissant des créances nanties par voie de bordereau Dailly, elles peuvent également faire l'objet de conflits entre les droits concurrents de différents créanciers bénéficiaires, comme pour le nantissement de créances de droit commun. La meilleure solution, si une telle solution est envisagée est d'organiser les modalités de paiement des différents créanciers bénéficiaires du nantissement dans une convention cadre[33]. Enfin, la fiducie-sûreté permet de faire cohabiter transfert de propriété et pluralité de rangs puisqu'il est possible de recourir à une fiducie rechargeable[34], inspirée de l'hypothèque du même nom. Il est alors possible, en « rechargeant » la fiducie, de faire bénéficier un nouveau créancier de la même sûreté. Cette opération nécessite cependant l'accord du bénéficiaire de premier rang qui devra accepter de stipuler cette faculté de rechargement dans l'acte initial.

Les sûretés sur créances face à la défaillance du constituant

15. Sûretés sur créances translatives de propriété. S'agissant des cessions de créances et de la fiducie-sûreté, la créance quitte le patrimoine du constituant dès l'entrée en vigueur de chacune de ces sûretés : date apposée sur le bordereau Dailly s'agissant de la cession Dailly[35], date de l'acte

(25) C. civ., art. 2361-1.

(26) C. civ., art. 2361-1. À noter cependant qu'il est désormais précisé – à l'instar de la cession Dailly – qu'en cas de contestation la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen (C. civ., art. 2361). Il peut donc être utile de faire enregistrer l'acte de nantissement pour pouvoir prouver à tout créancier concurrent la réalité de la date de l'acte.

(27) C. civ., art. 2361-1. À noter cependant que la formulation de « créancier premier » peut porter à confusion et aurait pu être remplacée par « créancier de rang antérieur » afin d'éviter qu'un créancier de deuxième rang qui aurait notifié après un créancier de troisième rang puisse se voir opposer qu'il ne serait pas « premier ».

(28) C. civ., art. 2363, al. 1.

(29) L'efficacité de ce recours pourrait être préservée, dans une certaine mesure, par l'obligation qui est désormais faite au créancier nanti de déposer les sommes payées par le débiteur nanti sur un compte spécialement affecté (C. civ., art. 2364, al. 2).

(30) Cf. M. Julienne, Le nantissement de créances, Economica, 2012, préf. L. Aynès, p. 36.

(31) Ph. Dupichot, 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité, JCPE n° 40, 7 oct. 2021.

(32) V. en matière de cession de créances professionnelles : Cass. com., 12 janv. 1999, n° 96-13723, Bull. civ. IV, n° 8 ; RTD com. 1999, p. 479, obs. M. Cabrillac.

(33) D. Legeais, Synthèse – Nantissements, JurisClasseur Civil Code (date de fraicheur 1er juin 2021), n° 28.

(34) C. civ., art. 2372-5.

(35) C. mon. fin., art. L. 313-27.

s'agissant de la cession de créances de droit commun[36] et date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate pour ce qui est de la fiducie-sûreté[37]. Dès lors, à compter de la date concernée, les créances ont quitté le patrimoine du constituant et toute procédure collective dont il pourrait faire l'objet sera sans effet sur la propriété desdites créances et sur le droit du nouveau propriétaire – cessionnaire ou fiduciaire – à recevoir le paiement des débiteurs cédés[38], sans préjudice, bien sûr, des nullités de la période suspecte[39].

En outre, comme précédemment rappelé, le réformateur a supprimé la règle du report de l'opposabilité du transfert de la créance future à la date de sa naissance, par la modification de l'article 1323, alinéa 3, du code civil[40]. Ainsi, désormais, la sûreté prendra effet, même lorsque son assiette porte sur des créances futures, à la date de l'acte, ce qui aligne son régime sur celui de la cession Dailly. La cession Dailly conserve cependant un avantage pour le cessionnaire en ce qui concerne les créances éventuelles (c'est-à-dire celles qui ne découlent pas d'une condition légale) puisqu'elle s'applique expressément à ces dernières[41]. Pour ce qui est de la cession de droit commun, la question des créances éventuelles (ex. : créance de loyers au titre d'un bail envisagé mais pas encore conclu) n'a pas été explicitement traitée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (qui a réformé le droit des obligations) et ne l'a pas davantage été par celle du 15 septembre 2021 qui a consacré la cession de créances de droit commun à titre de garantie. Il est vrai que le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 indique que la consécration de la cession de créances futures s'opère « *conformément à la jurisprudence* », ce qui peut sembler renvoyer à un arrêt reconnaissant la possibilité de céder « *des créances futures ou éventuelles* »[42]. Cependant, le texte issu de ladite ordonnance indique seulement que la cession « *peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures* ». Cette absence de précision entraîne un risque pour les cessionnaires qui auront donc tendance, s'ils le peuvent, à préférer la cession Dailly s'agissant de créances éventuelles.

16. Sûretés sur créances non-translatives de propriété. Lorsque le nantissement de créances entre en vigueur, les créances concernées restent dans le patrimoine du constituant quand bien même le créancier nanti bénéficie d'un droit au paiement suite à la notification. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant, deux questions doivent alors être étudiées.

> *La fiducie-sûreté permet de faire cohabiter transfert de propriété et pluralité de rangs puisqu'il est possible de recourir à une fiducie rechargeable*

Premièrement, s'agissant du droit au paiement, il est en principe préservé puisque la notification a pour conséquence de créer un lien direct entre le créancier nanti et le débiteur nanti. Dans le cas du nantissement de créances de droit commun, on pourrait cependant se demander si le fondement de ce droit au paiement retenu par le nouvel article 2363 du code civil ne vient pas fragiliser la situation du créancier nanti en cas de procédure collective du constituant. En effet, le jugement ouvrant la procédure collective emporte de plein droit « *l'inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* »[43]. Cette inopposabilité devrait avoir pour conséquence logique de priver le créancier nanti de son droit au paiement direct résultant du même article. Si cette solution devait être consacrée par la jurisprudence, la réforme du droit des sûretés aurait pour conséquence, bien contraire à ses objectifs, de fragiliser fortement le nantissement de créances. Il y a toutefois peu de risques pour qu'il en soit ainsi. La raison en est que le droit de rétention octroyé par la réforme au créancier nanti est, selon toute vraisemblance, distinct du droit conféré par le 4° de l'article 2286, qui concerne le gage sans dépossession. On rappellera d'ailleurs qu'aux termes de l'article 2355 du code civil (inchangé sur ce point), les règles du droit commun du gage ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions spéciales et que le nantissement de créances fait précisément l'objet de telles dispositions, dont fait partie le nouvel article 2363 octroyant au nanti un droit de rétention[44]. En revanche, en ce qui concerne le nantissement de créances professionnelles, le créancier nanti bénéficie d'un simple droit de préférence à l'égard de la créance nantie (et non du droit exclusif consenti par la cession Dailly). Ce privilège peut donc être primé par des créanciers concurrents qui bénéficient d'un rang supérieur.

Deuxièmement, pour ce qui est de la faculté du bénéficiaire de se faire attribuer les créances nanties, elle n'existe qu'en matière de nantissement de droit commun.

(36) C. civ., art. 1323.

(37) C. civ., art. 2018-2.

(38) Il résulte également de ce transfert de propriété, qu'en cas de procédure collective du débiteur, c'est au nouveau titulaire de la créance concernée – cessionnaire ou fiduciaire – de procéder à la déclaration de créances.

(39) C. com., art. L. 632-1 et s.

(40) Il en va de même pour le nantissement de créances futures du fait de l'abrogation de l'article 2357 du code civil.

(41) C. mon. fin., art. L. 313-23, al. 2.

(42) Cass. 1re civ., 20 mars 2001, n° 99-14982, Bull. civ. I, n° 76.

(43) C. com., art. L. 622-7, al. 2 pour la sauvegarde et, sur renvoi de C. com., art. L. 631-14, pour le redressement judiciaire ainsi que, sur renvoi de C. com., art. L. 641.3, pour la liquidation judiciaire.

(44) C. civ., art. 2356 et s.

Il faut en outre distinguer selon le mode d'attribution. En ce qui concerne l'attribution conventionnelle, le jugement ouvrant la procédure collective fait obstacle à la réalisation du pacte commissoire[45]. Ce dernier reste en revanche possible pendant la période suspecte, sauf à ce que son déclenchement puisse être remis en cause sur le terrain des nullités facultatives en tant qu'acte à titre onéreux accompli par un créancier qui connaissait l'état de cessation des paiements[46]. La situation est légèrement différente pour l'attribution judiciaire, qui est également interdite en cas d'ouverture d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire[47], mais qui redevient possible pour le créancier gagiste en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire[48].

17. En conclusion, la réforme du droit des sûretés vient opportunément consacrer la cession de créances de droit commun à titre de garantie, moderniser le nantissement de créances et assouplir la fiducie-sûreté en tenant compte des dernières évolutions du droit des affaires et des critiques qui avaient pu être émises par les praticiens.

Il n'en demeure pas moins que la cession Dailly, lorsqu'elle est possible, continuera sans doute à avoir les faveurs des créanciers qui y sont éligibles et ce, en raison de son efficacité, de son coût modique et de la facilité à la constituer.

Pour autant, la cession de créances de droit commun à titre de garantie devrait également avoir de beaux jours devant elle et prendre le relais du nantissement de droit commun qui, en dépit du renforcement de son efficacité, continue d'être boudé par une partie des créanciers. La raison principale de ce désamour réside dans l'absence d'effet translatif de propriété qui y est attachée et qui met le créancier dans une situation désavantageuse et moins protectrice notamment lorsque le constituant est soumis à une procédure collective. Reste que le nantissement de créances permet la constitution de sûretés successives et, partant, optimise le crédit de l'entreprise.

Quant à la fiducie-sûreté, l'assouplissement de son régime la rend un peu plus attractive, même si les créances ne sont pas les biens les plus directement concernés par cette sûreté. ■

(45) C. com., art. L. 622-7, al. 3 pour la sauvegarde et, sur renvoi de C. com., art. L. 631-14, pour le redressement judiciaire ainsi que, sur renvoi de C. com., art. L. 641.3, pour la liquidation judiciaire.

(46) C. com., art. L. 632-2, al. 1.

(47) C. com., art. L. 622-7, al. 1 pour la sauvegarde et, sur renvoi de C. com., art. L. 631-14, pour le redressement judiciaire.

(48) C. com., art. L. 642-20-1.

Wolters Kluwer

Dans un contexte de **transformation des métiers juridiques** dont le rythme s'est encore accéléré avec la crise du Covid-19, **les professionnels du droit sont-ils prêts à relever les défis qui les attendent ?**

Un institut d'études a récemment mené une **enquête indépendante auprès de 700 professionnels du droit*** afin d'évaluer le niveau de préparation et la résilience du secteur juridique face au futur.

* Enquête menée en janvier 2020 par un institut d'études auprès de 700 professionnels du droit aux Etats-Unis et dans 9 pays européens dont la France, afin d'évaluer le niveau de préparation et la résilience du secteur juridique face au futur.

Téléchargez le rapport de l'enquête

A_FACEAUFUTURE_180x120_N_01-21 - [PB]

Wolters Kluwer France - Immeuble Euroatrium - 7 Rue Emmy Noether - CS 90021 - 93588 SAINT OUEN CEDEX - SAS au capital de 75 000 000 € - TVA FR 55 480 081 306 - SIREN 480 081 306 RCS BOBIGNY