

# L'opposabilité des cessions de créances à des FCC à la procédure collective du cédant

## *Petite histoire d'un amendement législatif*

**PHILIPPE ARESTAN**

Responsable "Regulatory"  
Service juridique de la direction  
des marchés de capitaux  
Calyon CIB, Groupe Crédit Agricole



*La création législative n'est pas un long fleuve tranquille. Elle nécessite d'avoir un peu de suite dans les idées et de faire preuve d'un soupçon d'acharnement. Et lorsque le succès pointe le bout du nez, il faut savoir le saisir, même s'il ne présente pas toutes les apparences de la perfection...*

Nous verrons ainsi que, si les démarches visant à confirmer l'opposabilité des cessions à la procédure collective du cédant, se heurtèrent à un blocage lorsqu'elles furent présentées de façon large, comme visant à la fois les cessions à des sociétés de crédit foncier (SCF), à des fonds communs de créance (FCC) et les cessions de créances professionnelles (Dailly), ces initiatives rencontrèrent en revanche davantage de succès lorsqu'elles furent restreintes à des situations bien délimitées telles que les SCF ou les FCC.

## I. L'échec relatif des initiatives globales

Si une décision malencontreuse de la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>1</sup> fut à l'origine des débats qui eurent lieu en 2003 lors de la loi de Sécurité financière<sup>2</sup>, deux décisions ultérieures de la Haute juridiction<sup>3</sup> donnèrent matière début 2005 à de nouveaux échanges lors des travaux parlementaires relatifs à la loi de sauvegarde des entreprises<sup>4</sup> puis à la loi Breton<sup>5</sup>.

### 1. La loi de Sécurité financière

Au printemps 2003, le Sénat vota en première lecture un amendement relatif aux sociétés de crédit foncier (SCF), amendement qui est devenu l'article 96, III de la loi. En première lecture à l'Assemblée, cette disposition

fut adoptée sans modification par la commission des finances puis votée en séance.

Cet amendement visait à renforcer la sécurisation des actifs détenus par une SCF, en précisant que la cession des prêts et créances assimilées devient opposable aux tiers "nonobstant l'ouverture éventuelle de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du cédant postérieurement à la cession" et ce "quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances".

Cette avancée importante mais limitée aux SCF incita les parlementaires à aller plus loin. C'est ainsi qu'au cours des débats en première puis en deuxième lecture, les commissions des finances des deux chambres tentèrent successivement d'introduire, pour les FCC et pour les cessions Dailly, des dispositions identiques à celles votées pour les SCF. Mais les parlementaires se heurtèrent à l'opposition du Gouvernement, si bien que leurs tentatives restèrent finalement vaines. Les choses se passèrent ainsi.

Pour les FCC, le Sénat vota en première lecture un amendement qui devint l'article 64 de la loi. Cet amendement fut modifié en première lecture par l'Assemblée par un nouvel amendement visant à introduire pour les FCC la même dérogation aux procédures collectives que celle prévue à l'article 93, III, pour les SCF. Cet amendement prévoyait que le bordereau était opposable aux tiers "nonobstant l'ouverture éventuelle de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaires à l'encontre du cédant postérieurement à la cession". Malgré l'avis défavorable du Gouvernement tenant au fait qu'une réforme des procé-

1. Arrêt Westpack, Cass. Com., 26 avril 2000, Bull. Civ. IV, n° 84.

2. Loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003, JO du 2 août 2003, p. 13220 et s.

3. Ch. mixte, 22 novembre 2002, Bull. Civ. n° 7 ; Cass. Com., 7 décembre 2004, D. 2005, p. 77, obs. A. Lienhard.

4. Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JO du 27 juillet 2005.

5. Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, JO du 27 juillet 2005.

dures collectives était à l'étude, l'Assemblée adopta cet amendement en première lecture. À cette fin, les députés avancèrent deux arguments : ce vote permettra, d'une part, de réduire l'insécurité juridique résultant d'une divergence d'appréciation entre les chambres civile et commerciale de la Cour de cassation et, d'autre part, d'*inciter le Gouvernement à [faire preuve de] sagesse* dans le cadre de la réforme de la faillite.

En deuxième lecture au Sénat, alors que la commission des finances proposait d'adopter en l'état l'article ainsi modifié par l'Assemblée, le Gouvernement déposait un amendement visant à supprimer la dérogation aux procédures collectives insérée à l'article 64 par les députés. Le ministre estimait en effet que cette dérogation au droit des faillites pouvait *"mettre en cause l'équilibre des procédures de redressement judiciaire, voire empêcher tout redressement ou cession d'entreprise dans le cadre de telles procédures"*. Le rapporteur de la commission des finances demandait quant à lui aux sénateurs de rejeter l'amendement gouvernemental au motif que la précision apportée par l'Assemblée nationale servait l'attractivité de la place de Paris, notamment en clarifiant *"la jurisprudence de la Cour de cassation de novembre 2002 qui a validé la saisie-attribution de créances nonobstant la faillite de l'entreprise"*, et en allégeant *"les difficultés de financement des entreprises puisque le risque porterait séparément sur les créances et sur le bilan"* : *"supprimer cette [disposition] serait prendre le risque de limiter ce type de financements aux seules entreprises dont le bilan est solide"*. Mais le rapporteur de la commission de lois soutint le Gouvernement, si bien que les sénateurs votèrent finalement l'amendement du Gouvernement, supprimant ainsi la dérogation expresse au droit des faillites en faveur des créances titrisées. Toutefois, le reste du paragraphe, ajouté par les députés, n'étant pas visé par l'amendement du Gouvernement, était conservé dans la loi.

Dans sa rédaction définitive, l'article 64, I, de la loi modifie l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier pour préciser que la remise d'un bordereau au FCC constitue la seule formalité de cession des créances, cette cession devenant opposable aux tiers *"quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité"* de ces créances, donc notamment pour les créances futures, et *"quelles que soient la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs"*.

L'amendement relatif aux cessions Dailly suivi un sort parallèle à celui relatif aux FCC. Lors de la première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale, le rapporteur de la commission des finances déposa en séance un amendement visant à étendre à ces cessions les dispositions adoptées en première lecture par le Sénat pour les SCF et pour les FCC. À l'image des dispositions contenues à l'article 93, III, pour les SCF, ce nouvel amendement était destiné à sécuriser les cessions de créances futures réalisées par bordereau Dailly et à introduire pour ces cessions la même dérogation aux procédures collectives. A la différence des SCF, mais conformément à ce qui s'était déjà passé pour la titrisation, en première lecture l'Assemblée vota cet amendement malgré l'avis défavorable du Gouvernement.

En deuxième lecture, la commission des finances du Sénat adopta l'article 67 sans modification ; puis le Gouvernement déposa en séance un amendement visant à retirer de cet article la dérogation expresse aux procédures collectives. À l'appui de son amendement, le Gouvernement faisait valoir, comme pour les FCC, que les dispositions adoptées par l'Assemblée nationale pouvaient *"mettre en cause l'équilibre des procédures de redressement judiciaire, voire risquer d'aboutir à l'impossibilité de tout redressement ou cession d'entreprise dans le cadre de ces procédures"*. Le ministre ajouta qu'*"une telle option [devrait] être évaluée au regard des consultations menées sur la réforme des procédures relatives aux difficultés des entreprises, dans un débat global"* et que *"le Garde des Sceaux [menait] actuellement ces consultations, qui aboutiront au dépôt d'un projet de loi dans les prochains mois"*. Par cohérence avec leur vote relatif à la titrisation, les sénateurs votèrent l'amendement gouvernemental. L'article ainsi modifié fut ensuite voté conforme par l'Assemblée nationale en deuxième lecture.

Dans sa rédaction finale, l'article 67 de la loi modifie notamment le premier alinéa de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier d'une façon identique à ce qui a été voté pour la titrisation, en prévoyant que *"la cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité et ce quelles que soient la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs"*.

Ces débats relatifs aux cessions à des FCC et aux cessions Dailly ne devaient donc qu'être partie remise puisque la raison principale de l'opposition du Gouvernement était de ne pas anticiper sur la réflexion en cours relative à une éventuelle réforme des procédures collectives. Le débat devait donc être repris dans ce nouveau cadre. Mais, entre-temps, l'arrêt rendu par la Cour de cassation en novembre 2002 devait être complété, en décembre 2004, par une nouvelle décision.

## 2. La jurisprudence de la Cour de cassation

L'arrêt rendu le 7 décembre 2004 par la chambre commerciale rappelle qu'une créance, cédée avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre du cédant, échappe aux règles de la procédure collective. Le débiteur doit, en conséquence, payer la banque cessionnaire (en l'occurrence, le débiteur cédé avait initialement payé l'administrateur judiciaire).

Cette décision qui concerne une créance unique, faisait suite à un précédent arrêt rendu le 22 novembre 2002 en chambre mixte qui concerne, lui, des créances à exécution successive. Cet arrêt de 2002 affirme que la saisie-attribution d'une créance de loyers, pratiquée avant l'ouverture de la procédure collective du bailleur, poursuit ses effets après cette ouverture, sur tous les loyers résultant du bail.

L'arrêt de décembre 2004 a fait l'objet d'une note publiée au Bulletin d'information de la Cour de cassation<sup>6</sup>.

6. BICC n° 615, mars 2005.

Cette note rappelle que l'arrêt de décembre 2004 vise une cession unique alors que l'arrêt de 2002 visait une créance à exécution successive. La note précise par ailleurs que "la saisie-attribution équivaut à une cession forcée".

Or, certains commentateurs ont, à partir de l'arrêt de 2004 et de la note d'information publiée au BICC, élaboré des positions visant non pas à signaler que ces deux arrêts vont dans le même sens, à savoir celui prévoyant l'opposabilité à la procédure collective des saisies ou cessions de créances (uniques ou à exécution successive) dès lors que la cession a eu lieu avant l'ouverture de la procédure collective, mais au contraire à établir que l'arrêt de décembre 2004 constituerait un revirement partiel par rapport à la position dégagée par l'arrêt de novembre 2002.

En effet, un commentateur<sup>7</sup> indique notamment que "La Cour de cassation nous paraît adopter une double position : (i) en ce qui concerne les créances uniques, la cession Dailly résiste à la faillite du cédant, même si les échéances de paiement sont postérieures à l'ouverture de la faillite, mais (ii) en ce qui concerne les créances « futures », résultant des contrats à exécution successive (par exemple, les loyers), la jurisprudence Westpack doit continuer à s'appliquer, privant le cessionnaire des flux nés postérieurement à l'ouverture de la faillite".

En ce qui concerne la portée de l'arrêt de 2002, ce commentateur tire argument du fait que le Bulletin d'information de la Cour de cassation mentionne que "la saisie équivaut à une cession forcée", pour considérer que la solution de l'arrêt de 2002 n'est pas transposable aux cessions de créances.

L'analyse majoritaire est au contraire que les arrêts de 2002 et 2004 vont dans le même sens<sup>8</sup>, à savoir l'opposabilité à la procédure collective d'une cession ou d'une saisie-attribution de créance dès lors que cette cession ou cette saisie a lieu avant l'ouverture de la procédure collective.

### 3. La loi de Sauvegarde des entreprises

Comme cela avait été prévu lors des débats relatifs à la loi de Sécurité financière, la question de l'opposabilité des cessions à la procédure collective du cédant fut abordée dans le cadre de la loi de sauvegarde des entreprises. Cette occasion étant d'autant plus opportune que, comme nous venons de le voir, la jurisprudence de la Cour de cassation avait évolué favorablement. L'objectif était ainsi de conforter, par une disposition législative, la dernière jurisprudence de la Haute juridiction.

Lors de sa séance du 25 février 2005, la commission des lois de l'Assemblée nationale présenta un amendement<sup>9</sup> qui visait à insérer dans le livre VI du Code de commerce un article L. 622-15-1 prévoyant que "lorsqu'une créance a été cédée par le débiteur, avant le jugement d'ouverture de la procédure, conformément à l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier [titrisation], à la sous-section I de la section III du chapitre III du titre I<sup>er</sup> du livre III du même Code [cessions Dailly], ou à l'article L. 515-21 du même Code [SCF], le paiement dû au cessionnaire au titre des échéances exigibles postérieurement à l'ouverture de la procédure n'est pas affecté par celle-ci".

7. "Actualité sur la cession de créances futures", Cabinet Lovells, Paris Capital Market Newsflash, 29 avril 2005.

8. Sachant que le premier est relatif à la saisie-attribution d'une créance

Le rapporteur de la commission présenta l'amendement dans les termes suivants : "pour la garantie juridique du débiteur cédant comme du cessionnaire, il convient de conforter l'efficacité des cessions de créances à exécution successive, dans le cadre des cessions Dailly, des cessions à des FCC ou des cessions à des SCF. Une récente jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. Com., 7 décembre 2004) a clarifié le fait que, pour une cession Dailly, l'ouverture d'une procédure collective était sans effet sur les paiements dus en application du transfert opéré par une cession de créance antérieure à l'ouverture de la procédure, même si les créances n'étaient pas encore exigibles ou si leur exigibilité n'était pas encore déterminée. La Cour de cassation est ainsi revenue sur le principe suivant lequel la naissance de la créance résultait de l'exécution de la prestation, et a retenu, en revanche, la règle suivant laquelle la date de cession de la créance, telle que prévue par les textes, valait pour les créances exigibles postérieurement à l'ouverture de la procédure. Cette décision faisait suite à une jurisprudence plus ancienne qui, le 22 novembre 2002, en chambre mixte de la Cour de cassation, avait fait prévaloir le texte régissant la nouvelle procédure de saisie-attribution sur le droit dérogatoire des procédures collectives". Toujours selon le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée, "il importe de valider cette position de principe dans la loi, de façon à lui donner la portée la plus large possible, et à éviter tout éventuel revirement ultérieur de jurisprudence, dont les dommages sont souvent critiqués en raison de leur incidence sur la sécurité juridique. En l'occurrence, la jurisprudence récente précitée contredit un arrêt contraire, lui-même peu ancien (Cass. Com., 26 avril 2000)".

Ainsi, "la rédaction proposée donnera son plein effet à la modification apportée à l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier par le législateur dans le cadre de la loi de Sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003. Celle-ci a en effet prévu l'opposabilité aux tiers de la cession à la date apposée sur le bordereau, « quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances », mais sans régler le conflit potentiel avec le droit dérogatoire des procédures collectives".

En séance, le ministre déclara s'en remettre à la sagesse de l'Assemblée, ce qui était plutôt bon signe, mais pour tout de suite après se montrer "quelque peu hésitant sur cet amendement qui peut avoir l'inconvénient de favoriser un créancier au détriment des autres, alors que la logique du texte est de tout faire pour assurer la sauvegarde de l'entreprise"; si bien que l'Assemblée préféra ne pas adopter l'amendement de sa commission.

## II. Le succès partiel de l'initiative limitée à la titrisation

Une nouvelle occasion se présenta rapidement avec le projet de loi Breton.

Les professionnels n'avaient pas été demandeurs de l'amendement présenté par la commission des lois de l'Assemblée nationale dans le cadre du projet de loi de sau-

à exécution successive, et le second à la cession d'une créance unique.

9. Amendement n° 67 rectifié, présenté par M. de Roux, rapporteur au nom de la commission des lois.

vegarde des entreprises, estimant les deux décisions complémentaires de la Cour de cassation suffisamment claires et satisfaisantes. Mais le fait que cet amendement n'ait pas été voté par l'Assemblée pouvait conforter les interprétations minoritaires de certains commentateurs, et ainsi risquer de remettre en cause la sécurité juridique apportée par ces avancées jurisprudentielles. C'est probablement pour éviter de rester sur cet acte manqué que les parlementaires décidèrent de relancer un amendement dans le cadre du projet de loi Breton.

## 1. L'amendement présenté

Si le Gouvernement se montra réticent à l'idée d'un amendement relatif aux cessions Dailly, il manifesta une meilleure réceptivité à une clarification limitée et encadrée. L'amendement proposé fut donc centré sur l'aspect du sujet qui paraissait le mieux circonscrit, à savoir la titrisation : cet amendement<sup>10</sup> visait ainsi à ajouter au huitième alinéa de l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier, après les mots "la loi du pays de résidence des débiteurs", les mots "..., nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du cédant postérieurement à la cession".

La commission des finances du Sénat présenta cet amendement en séance lors de la première lecture du 5 juillet 2005.

## 2. Les débats en séance

Curieusement, alors que cet amendement portait sur les cessions à des FCC, les échanges en séance entre le rapporteur de la commission des finances, le rapporteur de la commission des lois et le ministre ne cessèrent de se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cession Dailly (alors, au surplus, qu'à la demande du Gouvernement le sujet des cessions Dailly avait été laissé de côté, car jugé trop sensible). En outre, lors de ces mêmes débats, un autre amalgame se fit, en matière d'opposabilité à la procédure collective du cédant, entre les créances à exécution successive et les créances futures.

Le ministre indiqua ainsi que "la titrisation de créances futures est une source non négligeable de financement alternatif à l'intervention bancaire. La loi de Sécurité financière a consacré leur opposabilité pour les sociétés de crédit foncier. Son extension à la titrisation est légitime, mais votre amendement concerne les créances cédées qui doivent avoir un montant déterminé postérieurement à la cession. Or les créances dont il est question font souvent l'objet d'une simple évaluation lors de leur cession. Votre amendement reprend la jurisprudence de la Cour de cassation, mais celle-ci a précisé dans son rapport de mars 2005 que la cession de créances futures n'était opposable qu'à la condition qu'elles ne résultent pas de contrats à exécutions successives dont le montant n'est pas déterminé. Je suggère donc de rectifier l'amendement en ce sens". Le ministre reçut alors le soutien du rapporteur de la commission des lois.

Le rapporteur de la commission des finances ne put alors que présenter un nouvel amendement ainsi complété : "..., nonobstant l'ouverture éventuelle d'une pro-

cedure visée au livre VI du Code de commerce à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, à l'exception des créances résultant de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé". L'amendement ainsi rectifié fut adopté par le Sénat.

## 3. La position de la commission mixte paritaire

Suite à l'amendement rectifié voté par le Sénat, le premier alinéa de l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier était ainsi rédigé : "La cession des créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations sont fixées par décret. Celle-ci 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, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs, nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure visée au livre VI du Code de commerce à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, à l'exception des créances résultant de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé".

Les débats en séance s'étant focalisés sur la mise au point du sous-amendement à l'amendement, cela n'avait sauté aux yeux de personne que l'exception relative aux "contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé", pouvait, du fait de sa place en fin de phrase, après une virgule, être comprise comme s'appliquant à l'ensemble de la phrase, et pas seulement au cas de l'ouverture d'une procédure collective. Plus précisément, on pouvait comprendre que, pour les créances résultant de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé, la cession des créances ne prenait pas effet entre les parties et ne devenait pas opposable au tiers ; ce qui, en d'autres termes, revenait à remettre en cause non seulement l'opposabilité d'une telle cession à la procédure collective du cédant, mais aussi et surtout la cession elle-même depuis l'origine.

Cette conséquence n'étant clairement pas l'objectif du législateur, la commission mixte paritaire décida, lors de sa réunion du 12 juillet, de remplacer le membre de phrase ajouté par l'amendement voté au Sénat, par une nouvelle phrase s'ajoutant à la phrase actuelle. C'est pourquoi le premier alinéa de l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier est désormais rédigé ainsi :

"La cession des créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations sont fixées par décret. Celle-ci 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, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs. Nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure visée au livre VI du Code de commerce à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, cette cession conserve ses effets après le jugement d'ouverture, sauf lorsque ces créances résultent de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé".

10. Amendement n° 144, présenté par M. Marini au nom de la commission des finances.

Cette disposition est devenue l'article 16 de la loi Breton du 26 juillet publiée au JO du 27.

#### 4. La portée de la nouvelle rédaction

La troisième phrase ajoutée au premier alinéa de l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier, d'une part confirme l'opposabilité de la cession à un FCC à la procédure collective du cédant, d'autre part déroge à cette opposabilité lorsque les créances cédées résultent de contrats à exécution successive et que les montants de ces créances ne sont pas déterminés.

Cette phrase confirme tout d'abord les termes de la seconde phrase du même alinéa selon lesquels la cession "*prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise*". La troisième phrase clarifie ainsi le fait que cette opposabilité de la cession demeure malgré la faillite du cédant.

Cette troisième phrase déroge par ailleurs à cette opposabilité en cas de faillite du cédant, et prévoit que la cession à un FCC n'est pas opposable à la procédure collective du cédant lorsque deux conditions sont réunies :

- les créances cédées sont à exécution successive ;

- les montants de ces créances ne sont pas déterminés.

En d'autres termes, pour expliciter le second critère du "*non déterminé*", ne sont pas opposables à la procédure collective du cédant les créances à exécution successive :

- soit non déterminées dans leur principe (qui, a fortiori, sont également non déterminées dans leur montant), *i.e.* les créances futures ;

- soit déterminées dans leur principe mais seulement déterminables dans leurs montants.

Cela signifie a contrario que la cession à un FCC de créances à exécution successive reste opposable à la procédure collective du cédant lorsque les montants de ces créances sont déterminés.

Il convient cependant de relever que l'alinéa ne précise pas à quel moment les montants de ces créances doivent être déterminés : est-ce à la date de la cession, ou à la date de l'ouverture de la procédure collective ? La seconde hypothèse paraît la plus favorable au cessionnaire, donc la plus à même de garantir dans la durée l'équilibre économique de la cession comme sa sécurité juridique, car plus la date de détermination du montant de la créance est tardive, plus grandes sont les chances de pouvoir en déterminer le montant. ■