



Stéphane Konkoly / Janusz Marty\*

## La notification des cessions de créances à titre de sûreté dans les transactions de financement

Réflexions critiques  
sur la cession conditionnelle



### Table des matières

- I. Introduction
- II. Définition de la cession à titre de sûreté
- III. Fonction économique de la cession à titre de sûreté
- IV. La cession à titre de sûreté: un acte fiduciaire
- V. Mécanisme pratique de la cession à titre de sûreté
- VI. Pouvoir d'encaissement et notification
- VII. Situation juridique
  - 1. La cession conditionnelle
  - 2. La simulation
- VIII. Problèmes liés à la cession conditionnelle
  - 1. Du point de vue des parties
    - 1.1 Nature et effet de la condition
    - 1.2 Manque d'intérêt des prêteurs et des emprunteurs
  - 2. Du point de vue de la structure de la transaction de financement
    - 2.1 Contradiction avec l'usage autorisé des fonds
  - 3. Position
- IX. Analyse
  - 1. Autonomie privée
  - 2. Analogie avec le contrat de gage quant au but de la sûreté
  - 3. Protection des débiteurs cédés et des tiers?
- X. Conclusion

## I. Introduction

Depuis des siècles, les commerçants puis les entrepreneurs ont contracté des prêts à intérêts pour financer leur développement ou leur survie. Avec l'expansion du commerce suivant la révolution industrielle, les banques, qui ont peu à peu pris la place des prêteurs privés, ont été amenées à adapter leurs activités et se sont concentrées sur la mise à disposition de comptes de dépôt ainsi que de liquidités. Le prêt à intérêt est généralement considéré comme une activité lucrative, mais également risquée, pour les banques puisqu'elle est éminemment dépendante de la solvabilité de l'emprunteur. Dès lors, dans le cadre des transactions de financement qu'elles concluent<sup>1</sup>, les banques s'évertuent à se prémunir contre

ce risque dans toute la mesure du possible. A cette fin, elles exigent régulièrement des sûretés personnelles et/ou réelles<sup>2</sup>, parmi d'autres solutions<sup>3</sup>.

En Suisse, les gages mobilier et immobilier ont su s'imposer comme sûretés réelles généralement fiables. Une autre forme de sûreté est cependant régulièrement utilisée pour garantir les prêts ou crédits bancaires: la cession de créances à titre de sûreté (*Sicherungszeession*) et son pendant, le transfert de propriété à titre de sûreté (*Sicherungsübereignung*). HANS BERGMAIER<sup>4</sup> a été parmi les premiers à avoir posé les jalons concernant les caractéristiques de cette forme de sûreté. Depuis la parution de sa thèse en 1945, la majorité des auteurs a repris les principes généraux de la cession à titre de sûreté qui y

vue de financer leurs activités commerciales ou leur développement. Ces contrats se sont passablement compliqués au fil du temps et peuvent porter sur des sommes considérables. Dans les financements faisant intervenir des banques européennes, le contrat est souvent établi selon les modèles LMA (*Loan Market Association*), adaptés en fonction du droit applicable que les parties auront choisi. Ces transactions se caractérisent (mais pas toujours) par un rapport de force plus équilibré entre la banque et l'emprunteur. Dans la pratique bancaire suisse traditionnelle, les modalités (notamment celles d'une cession de créances à titre de sûreté) sont généralement imposées par la banque à l'emprunteur sans que celui-ci ne puisse véritablement les discuter.

<sup>2</sup> Il est fréquent qu'une entité suisse soit impliquée dans une transaction de financement, si ce n'est comme emprunteur, du moins en tant que garant (au sens d'une garantie indépendante) des obligations de sa société-mère étrangère ou d'autres sociétés du groupe découlant de la transaction de financement. La problématique des garanties *upstream* ne sera pas abordée ici, même si elle est récurrente. Il est également fréquent que le garant s'oblige à fournir des sûretés réelles en plus de sa garantie personnelle. Si le contrat de financement est soumis à un droit étranger, il est usuel que les sûretés offertes par une partie domiciliée en Suisse soient régies par le droit suisse, ceci principalement afin de faciliter leur réalisation.

<sup>3</sup> Outre les garanties (personnelles ou réelles), on peut citer certaines dispositions du contrat de financement qui cherchent avant tout à permettre au prêteur de mettre un terme au contrat et à réclamer le remboursement du financement avant que l'emprunteur ne se retrouve sans moyens financiers suffisants, telles que les obligations d'avis de l'emprunteur, les restrictions aux engagements financiers subséquents, les différents ratios de couverture, etc.

<sup>4</sup> HANS BERGMAIER, *Die Sicherungszeession im Schweizerischen Recht*, Diss. Zurich, Aarau 1945. Selon l'avant-propos de la thèse, il s'agit pour BERGMAIER de saisir la nature essentielle de la cession de créances à titre de sûreté et d'en tirer les conclusions générales en droit suisse.

\* Avocats, LL.M., tous deux chez VISCHER SA, Zurich/Bâle.

<sup>1</sup> La présente contribution étudie la problématique des cessions de créances à titre de sûreté sous l'angle particulier des transactions de financement au sens étroit. Par ce terme, on entendra les contrats de prêt ou de crédit d'un volume important conclus par une ou des banques avec une ou des personnes morales d'un même groupe en

sont développés. La présente contribution fera dans un premier temps quelques rappels de la notion, de la fonction et du mécanisme de la cession de créances à titre de sûreté. Dans un deuxième temps, elle présentera les cas dans lesquels la cession de créances à titre de sûreté est considérée comme une cession conditionnelle par la doctrine majoritaire et les questions ou problèmes pouvant se poser dans ces cas. Dans un troisième et dernier temps, elle déterminera si l'évolution de la pratique ainsi qu'un éclairage différent sur ce type de sûreté pourraient remettre en question le caractère conditionnel d'une cession lorsque la doctrine la qualifie comme telle.

## II. Définition de la cession à titre de sûreté

La loi suisse prévoit explicitement certaines sûretés comme le gage, le cautionnement ou le porte-fort. Le procédé de la cession à titre de sûreté quant à lui s'est développé en marge des codes. Il a été soutenu par la doctrine et confirmé par la jurisprudence. On peut considérer, dès lors, qu'une règle coutumière a complété à cet égard les sûretés établies par la loi<sup>5</sup>.

La cession à titre de sûreté consiste en ce que le titulaire d'une créance ou d'un autre droit (le cédant/fiduciant), qu'il a à l'encontre d'un tiers (le débiteur cédé), cède cette créance ou ce droit à une personne (le cessionnaire/fiduciaire) en garantie d'une créance (la créance principale garantie) que cette personne a envers lui<sup>6</sup> ou, plus rarement, envers un tiers; le cessionnaire prend de son côté l'engagement envers le cédant de ne pas faire de la créance ou du droit cédé un usage qui va au-delà de ce qu'exige la sûreté elle-même<sup>7</sup>. Il pourra cependant, en cas de défaut, se désintéresser avec la créance ou le droit cédé<sup>8</sup>. En revanche, si la créance principale garantie a été remboursée, il aura l'obligation de rétrocéder ou de transférer au cédant la créance ou le droit cédé<sup>9</sup>. Cette construction juridique confère donc au bénéficiaire de la

sûreté une position plus forte qu'un simple droit de gage sur une créance ou un autre droit, au sens des articles 899 ss. CC<sup>10</sup>.

## III. Fonction économique de la cession à titre de sûreté

La cession à titre de sûreté joue un très grand rôle en pratique<sup>11</sup> et présente pour son bénéficiaire certains avantages vis-à-vis du gage, notamment en matière de réalisation<sup>12</sup>. Elle comporte cependant certains inconvénients pour le bénéficiaire de la sûreté (on pense notamment à l'insolvabilité des débiteurs cédés, problème qui peut également frapper les droits de gage, ainsi qu'au risque de double cession)<sup>13</sup>. Dans la pratique, les établissements bancaires peuvent exiger tant des sûretés sous forme de cession que sous forme de gage. Il semble pourtant qu'aujourd'hui la cession à titre de sûreté a en grande partie remplacé la mise en gage de créances<sup>14</sup>. Ce développement est dû en partie à la situation plus forte et plus simple du cessionnaire par rapport au créancier gagiste en cas de faillite du cédant notamment<sup>15</sup>.

Toutes les créances sont cessibles, y compris les créances soumises à une condition ou à un terme et les créances futures (pour autant qu'elles soient déterminées ou au moins déterminables)<sup>16</sup>, à moins que la cession elle-même ne soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire (art. 164 al. 1 CO). Il n'y a pas d'autre limite à la cessibilité d'une créance, en dehors de la règle

<sup>5</sup> FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, De la cession globale de créances à titre de garantie, Réflexions sur deux récents arrêts du Tribunal fédéral in: Dessemontet/Piotet (édit.), Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, 208.

<sup>6</sup> EMILIO ALBISETTI/MAX BOEMLE/PAUL EHRSAM et al. (édit.), Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4<sup>ème</sup> édition, Thoune 1987, 713. Il se peut que d'autres prêteurs interviennent aux côtés du cessionnaire, notamment dans les prêts syndiqués. Les relations entre les différents prêteurs sont alors réglées dans le contrat de financement ou dans un contrat séparé (*intercreditor agreement*), lequel prévoit que l'un des créanciers (*security agent*) est chargé de conclure et de gérer les contrats de sûretés, en son propre nom et pour son propre compte ou comme représentant des autres créanciers, selon les cas.

<sup>7</sup> ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, tome II, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich 1974, 339.

<sup>8</sup> ZK-OFTINGER/BÄR, Systematischer Teil vor Art. 884 ff. ZGB, N 308 ss.

<sup>9</sup> BERGMAIER (n. 4), 21.

<sup>10</sup> PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, tome III, 3<sup>ème</sup> édition, Berne 2003, 384 ss.

<sup>11</sup> WOLFGANG WIEGAND, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1980, 560.

<sup>12</sup> En cas de faillite du cédant, la cession à titre de sûreté comporte l'avantage de permettre la réalisation privée de la chose cédée. Le cessionnaire ne sera pas tenu de produire dans la faillite du cédant, ni de requérir des poursuites à son encontre. En tant que titulaire des créances cédées, le cessionnaire pourra en disposer et se désintéresser directement avec elles à concurrence de la créance garantie. En cas de faillite du cessionnaire (fiduciaire), le cédant (fiduciant) n'a aucun droit de revendiquer dans la masse en faillite la créance qu'il a cédée au cessionnaire à titre fiduciaire.

<sup>13</sup> NICOLAS DE GOTTRAU, Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et application dans le domaine bancaire, in: Giovanoli/Dessemontet/Foëx et al. (édit.), Sûretés et garanties bancaires, CEDIDAC n° 33, Lausanne 1997, 236. Par double cession, on entend une cession antérieure faite par le cédant, laquelle rend bien évidemment impossible toute cession subséquente, alors que l'art. 903 CC permet l'engagement subséquent d'une créance déjà grevée, sous certaines conditions.

<sup>14</sup> PETER REETZ, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Habil. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2006, 27.

<sup>15</sup> Un contrat de gage sur des créances peut prévoir certaines modalités qui facilitent la réalisation, telles que le droit à la réalisation privée et la possibilité pour le créancier de se porter personnellement acquéreur du bien grevé dans certaines limites (*Selbsteintritt*). Ces modalités de réalisation sont toutefois inopérantes en cas de faillite du débiteur.

<sup>16</sup> STEINAUER (n. 10), 386 ss.

générale de l'art. 27 al. 2 CC<sup>17</sup>. Il arrive que des créances individualisées soient cédées (p. ex. des créances découlant d'une police d'assurance particulière ou en relation avec un compte ou dépôt bancaire, un droit au dividende), mais en règle générale, il s'agit plutôt de céder en garantie au cessionnaire (prêteur) les créances actuelles et futures résultant de l'activité du cédant (emprunteur)<sup>18</sup>, le plus souvent les créances commerciales ou créances clients (*trade receivables*)<sup>19</sup>. En ce qu'elle peut porter sur des créances futures, la cession de créances à titre de sûreté est un instrument adapté pour le cédant (emprunteur) qui n'a pas suffisamment de moyens existants pour garantir autrement son financement. On pensera ici aux petites et moyennes entreprises<sup>20</sup>, lesquelles peuvent également participer à une transaction de financement aux côtés d'autres sociétés d'un groupe (voir n. 2).

#### IV. La cession à titre de sûreté: un acte fiduciaire

La cession de créances à titre de sûreté fait partie des actes juridiques fiduciaires<sup>21</sup> et se distingue ainsi par les caractéristiques suivantes: d'une part, les parties concluent un contrat fiduciaire (*pactum fiduciae*), soit l'acte générateur d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*), qui comprend, entre autres, l'accord entre le cédant et le cessionnaire sur la nature fiduciaire de la cession<sup>22</sup>; d'autre part, le contrat fiduciaire est complété par un acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*), soit le transfert au cessionnaire (à titre de sûreté, mais néanmoins en pleine propriété) de la titularité de la créance à l'encontre du débiteur cédé<sup>23</sup>. Le contrat de fiducie n'est pas prévu par la loi et est considéré par certains auteurs comme un contrat innommé ou un contrat *sui generis*<sup>24</sup>. Le cessionnaire répond des violations du contrat de fiducie (p. ex. utilisation de la créance cédée de manière contraire au contrat ou viola-

tion du devoir de diligence requis dans l'administration des créances cédées)<sup>25, 26</sup>.

A la différence de la cession simple, la cession à titre de sûreté se fait à titre fiduciaire uniquement. De cette manière, le cédant s'assure que le cessionnaire lui rétrocède les créances cédées au moment où la créance principale garantie a été remboursée. Mais comme dans la cession simple, l'effet principal de la cession de créances à titre de sûreté est de substituer au créancier originel (le cédant) un nouveau créancier (le cessionnaire) qui acquiert, en lieu et place du cédant, la pleine titularité de la créance cédée<sup>27</sup>. Le cédant perd alors le pouvoir de disposition sur la créance cédée, il ne peut plus la transférer à un tiers ou la faire valoir<sup>28</sup>. Si le cédant cède la même créance une seconde fois à un tiers, seule la première cession sera valable, et ce indépendamment du fait de savoir si le second cessionnaire avait connaissance ou non de la première cession (application du principe «*prior tempore, potior iure*») et si elle a été notifiée au débiteur cédé ou non. Ainsi, si le débiteur cédé s'acquitte de la dette en mains du second cessionnaire, il est admis que le premier cessionnaire aura dans tous les cas une créance en remboursement contre le second<sup>29</sup>.

Selon la théorie du transfert intégral des droits (*Vollrechtstheorie*), le cessionnaire reçoit du cédant la titularité pleine et entière (*zu vollem Recht*) de la créance cédée, bien qu'il reste tenu de respecter les accords contractuels fiduciaires conclus avec lui<sup>30</sup>. Le cessionnaire (fiduciaire) reçoit alors plus de pouvoir (*Können*) que ce à quoi il est autorisé par le contrat (*Dürfen*) selon la formule consacrée: «*Der Fiduziar kann mehr als er darf*»<sup>31</sup>. Si le cessionnaire qui est pleinement titulaire de la créance cédée en dispose alors même que le cédant a respecté les termes du contrat de financement, il violera les dispositions du contrat de cession (voir aussi les dispositions du contrat de financement ou d'un éventuel *intercreditor agreement*) prévoyant généralement qu'il ne disposera pas de la créance cédée au-delà de ce qui est nécessaire au but de la sûreté. En tant que propriétaire des créances cédées,

<sup>17</sup> LUC THÉVENOZ, La fiducie, cendrillon du droit suisse, RDS 1995 II, 308 ss. THÉVENOZ rappelle que les cessions véritablement globales (*Totalzession*) qui porteraient sur toutes les créances du cédant, sans limite de temps ou d'objet, ne sont pas admises; STEINAUER (n. 10), 385 ss.

<sup>18</sup> BK-ZOBL, CC 884–887 N 1658 ss.; REETZ (n. 14), 246.

<sup>19</sup> URS EMCH/HUGO RENZ/Franz BÖSCH, Das Schweizerische Bankgeschäft, 4<sup>ème</sup> édition, Thoune 1993, 315. Dans la suite de cette contribution, les auteurs se limiteront à la cession de ce type de créances, l'analyse valant pour les autres créances *mutatis mutandis*. REETZ (n. 14), 27.

<sup>20</sup> ATF 71 II 100; REETZ (n. 14), 16; THÉVENOZ (n. 17), 305 ss.; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 271.

<sup>21</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 274. Pour REETZ, le contrat de fiducie comporte quatre points: la promesse de céder (*pactum de cedendo*), l'accord sur le but aux fins de sûreté de la cession avec pour conséquence que le cessionnaire ne pourra disposer des créances cédées que de la manière prévue par le contrat de fiducie, l'accord sur le moment de la réalisation des créances en cas de violation du contrat par le cédant et l'accord sur le moment de la rétrocession des créances (REETZ (n. 14), 19 s.).

<sup>22</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 274.

<sup>23</sup> BERGMAIER (n. 4), 69; BK-ZOBL (n. 18), N 1376; REETZ (n. 14), 19.

<sup>24</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1615.

<sup>25</sup> Pour REETZ, qui considère que l'accord sur la rétrocession des créances cédées prévu dans le contrat de fiducie est soumis à une condition suspensive, le cessionnaire doit se conformer à la maxime selon laquelle il ne peut pas disposer librement de la créance cédée en vertu de l'art. 152 al. 3 CO. Si le cessionnaire dispose des créances qui lui ont été cédées à titre de sûreté uniquement, la validité de ses actes de disposition sera soumise à une condition résolutoire, soit l'avènement de la rétrocession; voir PETER REETZ, Die Anwendbarkeit von Art. 152 Abs. 3 OR im Rahmen der Sicherungszession, recht 6/2006, 233 ss.

<sup>26</sup> NICOLAS DE GOTTRAU, Cession à fin de garantie: droit du cédant de faire valoir en son nom une créance cédée contre le débiteur cédé, RSDA 2007, 115.

<sup>27</sup> DE GOTTRAU (n. 27), 115.

<sup>28</sup> DE GOTTRAU (n. 13), 232.

<sup>29</sup> ATF 119 II 326, 328 consid. 2b; REETZ (n. 14), 51.

<sup>30</sup> BK-KRAMER, CO 18, N 119; ATF 119 II 326, 328; THÉVENOZ (n. 17), 269; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 273.

le cessionnaire a toutefois le pouvoir d'en disposer valablement<sup>32</sup>, mais répondra du dommage sur la base de l'art. 890 al. 2 CC (*Kausalhaftung*) par analogie ou de l'art. 97 al. 1 CO selon les cas<sup>33</sup>. La mauvaise foi du tiers acquéreur, créancier gagiste ou autre, ne change rien à la validité de l'acte du cessionnaire<sup>34</sup>. La fiducie est limitée par le principe de la relativité des conventions. Dès lors, les dispositions particulières entre le cédant et le cessionnaire quant au transfert des créances cédées ne touchent pas les tiers<sup>35</sup> et les restrictions des compétences du fiduciaire prévues dans le contrat de fiducie leur sont inopposables<sup>36</sup>. Le cessionnaire jouit de la légitimation active et passive en ce qui concerne la créance cédée, en particulier à l'encontre du débiteur cédé<sup>37</sup>.

## V. Mécanisme pratique de la cession à titre de sûreté

La cession de créances à titre de sûreté fait intervenir trois parties: le cédant, le cessionnaire et le débiteur cédé<sup>38</sup>. Le cédant (créancier originel des créances cédées à titre de sûreté) est en règle générale le débiteur de la créance principale garantie, soit directement au titre d'emprunteur, soit au titre de garant<sup>39</sup> (plus rarement il octroie une sûreté en faveur d'un tiers); le cessionnaire est le créancier de la créance principale garantie (soit seul, soit avec d'autres<sup>40</sup>) et le débiteur cédé est le débiteur de la créance cédée à titre de sûreté<sup>41</sup>.

Dans la cession à titre de sûreté, comme dans la cession simple, le cédant peut céder la créance au cessionnaire sans le consentement du débiteur cédé (art. 164 al. 1 CO). Il est d'ailleurs fréquent en pratique que le cessionnaire renonce provisoirement, à titre précaire, à notifier la cession au débiteur cédé, afin notamment de ménager les intérêts commerciaux du cédant; la cession demeure ainsi «latente» (ou «cession tacite» (*stille Zession*)) tant que le cédant respecte ses engagements relatifs à la créance prin-

cipale garantie à l'égard du cessionnaire<sup>42</sup>. Dans ce cas, le débiteur cédé est valablement libéré s'il paie de bonne foi entre les mains du cédant (art. 167 CO).

En tant que titulaire des créances cédées, le cessionnaire peut également renoncer à les encaisser auprès des débiteurs cédés et confier un pouvoir d'encaissement correspondant (*Einziehungsrecht*) au cédant. Généralement, il y renoncera jusqu'à la survenance d'un événement précis prévu à l'avance dans le contrat<sup>43</sup>. Dans ce cas, il révoquera le pouvoir d'encaissement donné au cédant et notifiera la cession au débiteur cédé. A partir de ce moment, le débiteur cédé ne pourra se libérer valablement qu'en mains du cessionnaire (art. 167 CO) et ce dernier pourra se désintéresser sur les créances cédées. S'il reste un excédent (*superfluum*), le cessionnaire devra le rétrocéder au cédant<sup>44</sup>.

## VI. Pouvoir d'encaissement et notification

Les contrats de cession de créances à titre de sûreté peuvent prévoir que le cédant est autorisé à continuer son activité avec les débiteurs cédés comme auparavant, en particulier à encaisser les créances qu'il détient à leur égard et qu'il a cédées au cessionnaire<sup>45</sup>. Il peut le faire en qualité de représentant direct ou indirect du cessionnaire ou sur la base d'un pouvoir d'encaissement<sup>46</sup>. La formule choisie par les parties aura une influence sur la titularité de la créance cédée et la propriété des fonds perçus du débiteur cédé par le cédant<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> STEINAUER (n. 10), 387.

<sup>43</sup> CHK-REETZ/BURRI, OR 164 N 19. Ces événements sont appelés *default* ou *event of default* ou encore *enforcement event* dans les contrats anglo-saxons. Outre le cas évident où l'emprunteur ne respecte pas ses obligations de remboursement du capital et de versement des intérêts ou devient insolvable, ces événements peuvent couvrir nombre d'autres circonstances qui font craindre au prêteur un défaut de remboursement du financement: violation d'autres obligations découlant du contrat de financement telles que la violation des clauses financières (*financial covenants*) ou des engagements de s'abstenir (*negative undertakings*), cas d'un jugement final condamnant l'emprunteur ou une de ses filiales à payer un certain montant (généralement important), cas où une des filiales donnant des sûretés n'est plus une filiale de l'emprunteur, cas de la cessation des activités de l'emprunteur, etc.

<sup>44</sup> REETZ (n. 14), 305 ss; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 315.

<sup>45</sup> BERGMAIER (n. 4), 132.

<sup>46</sup> REETZ (n. 14), 112 ss.

<sup>47</sup> En cas de représentation directe du cessionnaire par le cédant, le cessionnaire reste titulaire des créances cédées et les montants perçus en son nom par le cédant entrent directement dans le patrimoine du cessionnaire. En cas de pouvoir/mandat d'encaissement, le cessionnaire sera seul titulaire des créances cédées mais les montants perçus par le cédant entrent d'abord dans le patrimoine du cédant. Enfin, en cas de représentation indirecte, le cédant redevient titulaire des créances cédées aux fins d'encaissement (ce qui prive le cessionnaire de la protection originellement recherchée par la cession à titre de sûreté) et les fonds perçus entrent dans le patrimoine du cédant. Dans tous les cas, le cessionnaire pourra revendiquer les fonds perçus par le cédant (soit selon l'art. 242 al. 2 LP, soit sur la base de l'art. 401 al. 3 CO); REETZ (n. 14), 112 ss.

<sup>32</sup> EUGEN BUCHER, *Kreditsicherung durch Zession*, in: *Probleme der Kreditsicherung*, Berner Tage für die juristische Praxis, Berne 1982, 11; WIEGAND (n. 11), 560 ss.

<sup>33</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1614 avec renvoi à N 1438 ss; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 296.

<sup>34</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1601; d'un avis différent REETZ (n. 14), 53 s.

<sup>35</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 296.

<sup>36</sup> THÉVENOZ (n. 17), 269.

<sup>37</sup> DE GOTTRAU (n. 27), 113 ss; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 292; BK-ZOBL (n. 18), N 1600.

<sup>38</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 271 ss; REETZ (n. 14), 14. En revanche, seuls le cédant et le cessionnaire sont parties au contrat de cession. Pour des raisons de simplification, les parties intervenantes seront désignées de la même manière dans la suite de cette contribution (à savoir cédant, cessionnaire et débiteur cédé), malgré les différentes dénominations qui pourraient s'appliquer (fiduciant/fiduciaire, mandant/mandataire, débiteur/créancier, etc.) selon le rapport juridique considéré.

<sup>39</sup> Voir n. 2 ci-dessus.

<sup>40</sup> Voir n. 6 ci-dessus.

<sup>41</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 272.

Ce maintien des relations commerciales s'explique généralement par le fait que le cédant reste le cocontractant des débiteurs cédés<sup>48</sup> et est celui qui connaît le mieux ses contreparties et les spécificités des contrats conclus avec elles, dont découlent les créances cédées. En outre, le cédant dispose du personnel, des informations et des documents nécessaires pour les opérations d'encaissement des créances. L'encaissement prend également du temps, que le cessionnaire n'a pas toujours à disposition<sup>49</sup>. Enfin, dans leur relation fiduciaire, le cessionnaire a un devoir de diligence envers le cédant en ce qui concerne les créances cédées et il se doit de préserver les droits du cédant pendant la durée du contrat. Une mauvaise administration des créances, dont leur encaissement auprès des débiteurs cédés fait partie intégrante, peut contraindre le cessionnaire au paiement de dommages-intérêts sur la base de l'art. 97 al. 1 CO ou de l'art. 890 al. 2 CC par analogie<sup>50</sup>. Le cessionnaire peut également se rendre coupable sur le plan pénal pour abus de confiance au sens de l'article 138 CP<sup>51</sup>. Dès lors, tant que la créance principale garantie n'est pas en danger, il est plus judicieux pour lui de laisser au cédant le soin d'encaisser les créances cédées.

Afin de ménager les intérêts commerciaux du cédant, comme on l'a vu plus haut, la cession de créances à titre de sûreté s'effectue en règle générale sans notification au débiteur cédé<sup>52</sup>. Ce dernier peut dès lors continuer à payer le cédant et est ainsi valablement libéré tant qu'il n'a pas été prévenu de la cession et qu'il est de bonne foi (art. 167 CO). Dans la pratique bancaire suisse, où le rapport de force penche en faveur de la banque, c'est la cession tacite qui est généralement prévue<sup>53</sup>, la banque se réservant le droit de notifier la cession lorsqu'elle le juge utile<sup>54</sup>. Elle le fera notamment lorsqu'un événement défavorable tel que la menace d'un défaut de remboursement de la créance principale garantie se précise ou qu'un défaut est intervenu<sup>55</sup>. Dans les transactions de financement, la pratique est plus contrastée, et il arrive que certains contrats ne prévoient la notification de la cession que dans certains cas de défauts spécifiquement prévus<sup>56</sup>. Cependant, l'incertitude juridique quant à la nature de telles cessions (voir VII.1 ci-dessous) débouche sur une tendance à inclure systématiquement, dans les contrats de cession de créances à titre de sûreté, le droit du cessionnaire de notifier la cession au débiteur cédé en tout temps, avec comme corollaire la possibilité de révoquer en tout temps le pouvoir d'encaissement ou le pouvoir de représentation du cédant (cette révocation ayant comme

base juridique additionnelle et indépendante l'art. 404 CO, respectivement l'art. 34 CO)<sup>57</sup>.

De manière logique, le pouvoir d'encaissement ou de représentation donné au cédant et la renonciation (momentanée) à la notification de la cession au débiteur cédé se font parallèlement. De même, si le cessionnaire décide de révoquer le pouvoir d'encaissement ou de représentation, il décidera également de notifier immédiatement la cession aux débiteurs cédés. L'insatisfaction provient cependant du fait que, selon les modalités régissant la notification au débiteur cédé (et dans une moindre mesure la révocation du pouvoir d'encaissement du cédant), le caractère (conditionnel ou non) de la cession elle-même peut s'en trouver modifié même indépendamment de la volonté des parties.

## VII. Situation juridique

### 1. La cession conditionnelle

Selon HANS BERGMAIER, en particulier, dont la thèse a largement inspiré la doctrine majoritaire, une cession de créances ne signifie rien d'autre que le transfert du droit du créancier dans le rapport de dette (*Schuldverhältnis*), le cédant se retirant et le cessionnaire le remplaçant. Dans la mesure où l'objet essentiel du droit du créancier réside dans la faculté d'exiger du débiteur, en son propre nom, les prestations découlant du rapport de dette, il est inhérent à la notion de cession que le cessionnaire soit autorisé à réclamer la créance en son propre nom. Une séparation du droit à l'encaissement de la qualité de créancier signifierait une scission inadmissible de la créance. Une cession sans transfert du droit d'encaissement au cessionnaire n'est donc pas envisageable<sup>58</sup>.

Dès lors, pour la doctrine majoritaire, si le cessionnaire ne se réserve pas le droit de notifier la cession en tout

<sup>48</sup> BUCHER (n. 32), 10.

<sup>49</sup> BUCHER (n. 32), 10.

<sup>50</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1614 avec renvoi à N 1438 ss.

<sup>51</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 296.

<sup>52</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 295; BK-ZOBL (n. 18), N 1586; BUCHER (n. 32), 14; EMCH/RENZ/BÖSCH (n. 19), 315.

<sup>53</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1583; DE GOTTRAU (n. 27), 116.

<sup>54</sup> DE GOTTRAU (n. 27), 116.

<sup>55</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1585.

<sup>56</sup> Voir n. 43.

<sup>57</sup> Que les parties au contrat parlent de mandat d'encaissement, de pouvoir d'encaissement, de représentation directe ou indirecte, la grande majorité des auteurs qualifient de mandat la relation entre le cédant et le cessionnaire sur ce point. Certains éléments parlent néanmoins en faveur d'une requalification. En effet, le contrat de cession à titre de sûreté est un contrat innommé (voire *sui generis*) dont le pouvoir d'encaisser du cédant constitue un élément important pour des impératifs pratiques. On peut se demander si l'individualisation de ce rapport, faisant partie d'un ensemble qui est le contrat de cession de créances à titre de sûreté, peut être défendue, ce d'autant plus que, selon le contrat de fiducie qui lie le cédant au cessionnaire, ce dernier ne peut pas utiliser les fonds encaissés comme bon lui semble tant et aussi longtemps que le cédant respecte ses obligations contractuelles et que le contrat de financement n'a pas été dénoncé. A tout le moins, en cas de révocation, la question de savoir si elle intervient en temps inopportun devrait immanquablement se poser tant que le cédant agit avec la diligence requise dans l'encaissement des créances cédées. En revanche, la renonciation à notifier la cession au débiteur cédé n'est pas soumise aux dispositions du mandat.

<sup>58</sup> BERGMAIER (n. 4), 129.

temps au débiteur cédé, mais qu'il convient avec le cédant que la notification n'aura lieu qu'à la survenance de certains événements, alors la cession devra être considérée comme une cession conditionnelle<sup>59</sup>. La condition à l'avènement de laquelle la créance cédée passe au cessionnaire est une condition suspensive<sup>60</sup>. En général, tant que la notification n'a pas eu lieu, le cédant peut encaisser les créances. Une notification au débiteur cédé implique cependant généralement la révocation du pouvoir d'encaissement<sup>61</sup>.

Pour PETER REETZ cependant, la volonté des parties est prépondérante pour déterminer la nature de la cession. Les parties peuvent décider que la cession sera conditionnelle, mais elles peuvent également décider que la faculté du cessionnaire de la notifier au débiteur cédé sera restreinte de manière obligationnelle, sans que la cession elle-même ne soit conditionnelle<sup>62</sup>.

Cette récente évolution se heurte à la doctrine majoritaire et les prêteurs et les emprunteurs s'achoppent régulièrement sur ce thème, les prêteurs réclamant une cession inconditionnelle (et donc la possibilité de notifier la cession en tout temps, même s'ils n'ont pas forcément l'intention de faire usage de ce droit avant un cas de défaut), les emprunteurs préférant garder le contrôle sur la relation commerciale avec leurs clients et éviter une notification par le prêteur qui ne se baserait que sur une appréciation subjective de la situation.

## 2. La simulation

Dans certains cas extrêmes et plutôt rares en pratique (voire inexistant), la doctrine majoritaire considère que

la cession n'est pas conditionnelle, mais qu'elle constitue une simulation. Le Tribunal fédéral définit la simulation comme suit: «On est en présence d'une simulation, si les deux parties sont d'accord que les déclarations réciproques doivent produire un effet juridique qui ne correspond pas à leur volonté, parce qu'elles veulent soit feindre un rapport contractuel, soit cacher avec le contrat simulé un autre contrat réellement voulu.»<sup>63</sup> La simulation suppose une convention qui porte sur le rapport entre les déclarations réciproques des parties et les effets juridiques qui y sont attachés<sup>64</sup>. Un contrat de cession sera simulé quand, selon la volonté des parties, le transfert de la créance du cédant au cessionnaire n'a pas lieu, mais qu'il est uniquement simulé à l'égard de tiers<sup>65</sup>. Dans un cas (probablement) purement théorique, si les parties au contrat de cession ont convenu que la notification de la cession aux débiteurs cédés ne pouvait jamais avoir lieu, on pourrait alors retenir une simulation<sup>66</sup>. En effet, la cession ne serait pas valable car son but, à savoir la faculté pour le cessionnaire de réclamer la créance, ne pourrait pas être atteint<sup>67</sup>.

## VIII. Problèmes liés à la cession conditionnelle

### 1. Du point de vue des parties

#### 1.1 Nature et effet de la condition

Lorsque la cession est conditionnelle (selon l'approche de la doctrine majoritaire), la condition est de nature suspensive<sup>68</sup>. C'est seulement à l'avènement de la condition que l'objet de la cession passera dans le patrimoine du cessionnaire. Jusqu'à ce moment, le cédant restera seul titulaire des créances contre ses débiteurs. En revanche, les effets de la condition ne sont pas clairs: *ex nunc* ou *ex tunc*? Les parties ne veulent généralement pas d'une cession conditionnelle. Dès lors, on ne peut pas s'attendre à ce qu'elles se prononcent, dans le contrat de cession, sur l'effet d'une condition qu'elles n'ont pas voulue. Faute d'une intention contraire des parties, la loi attache un effet *ex nunc* à la réalisation de la condition (art. 151 al. 2 CO). Cela laisse le cessionnaire dans une situation évidemment insatisfaisante puisque, au moment de l'avènement de la condition, il n'aura aucun droit sur les montants encaissés auparavant par le cédant auprès de ses débiteurs (devenus débiteurs cédés).

<sup>59</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1587; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 295; BERGMAIER (n. 4), 128 ss. Les représentants de la doctrine majoritaire renvoient régulièrement à la thèse de BERGMAIER pour ce qui est de la nature de la cession conditionnelle. Selon BERGMAIER, le droit d'encaisser du cessionnaire ne peut pas être entièrement exclu, mais doit pouvoir passer au cessionnaire au moins à certaines conditions; dans ce cas, la cession elle-même doit alors être considérée comme conditionnelle (p. 133). Cette analyse se réfère non pas à la révocation par le cessionnaire d'un mandat d'encaissement octroyé au cédant suite au transfert des créances, mais à une construction où les parties prévoient que la cession et le transfert du droit d'encaisser n'interviendrait (dans le futur) qu'à certaines conditions. BERGMAIER retient en effet deux cas: celui où le cédant reste titulaire des créances, qu'il encaisse en son propre nom, et s'engage à les céder au cessionnaire avec le droit d'encaissement à l'avènement d'une condition (ou après l'écoulement d'une certaine période), et celui où le cessionnaire devient titulaire des créances à la conclusion du contrat mais confère au cédant un mandat d'encaissement qu'il peut révoquer. Dans le premier cas, ce n'est qu'à l'avènement de la condition que la cession de créances devient efficace, que le cessionnaire sera titulaire des créances cédées et qu'il aura le droit de les encaisser et de notifier la cession aux débiteurs cédés. Dans le second cas, BERGMAIER ne semble pas exclure que les parties s'accordent sur les modalités de notification et d'encaissement, sans que cela ne transforme la cession en cession conditionnelle (sauf cas de simulation).

<sup>60</sup> REETZ (n. 14), 120.

<sup>61</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1585; BERGMAIER (n. 4), 132 ss.

<sup>62</sup> REETZ (n. 14), 120; BERGMAIER (n. 4), 132.

<sup>63</sup> ATF 123 IV 61 c. 5c/cc; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 71.

<sup>64</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 73.

<sup>65</sup> BERGMAIER (n. 4), 114.

<sup>66</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 295.

<sup>67</sup> VON TUHR/ESCHER (n. 7), 336 n. 60; REETZ (n. 14), 121 ss; BK-ZOBL (n. 18), N 1584; d'avis différent BUCHER (n. 32), 14 ss.

<sup>68</sup> BERGMAIER (n. 4), 131; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 295; REETZ (n. 14), 119.

En outre, si le cédant tombe en faillite (cas qui justifie en premier lieu le recours à une sûreté), le cessionnaire n'aura, dans tous les cas, pas plus de prérogative sur les créances futures, qui appartiendront à la masse en faillite et dont le cédant ne peut plus disposer librement<sup>69</sup>. Le cessionnaire ne bénéficiera alors que des créances nées entre l'avènement de la condition et la déclaration de la faillite. Il se verra alors en grande partie privé de la protection recherchée par la cession à titre de sûreté.

## 1.2 Manque d'intérêt des prêteurs et des emprunteurs

En pratique, le cédant qui a reçu le pouvoir d'encaisser les créances cédées n'a aucun intérêt à ce que le cessionnaire puisse révoquer ce pouvoir en tout temps. De son côté, le cessionnaire ne souhaite généralement pas se charger de l'encaissement de sa créance tant que le cédant s'en occupe convenablement, que le remboursement de la créance principale garantie n'est pas en danger et qu'aucun autre cas de défaut n'est survenu. Comme évoqué plus haut, cela tient au fait que, d'une part, le cessionnaire ne dispose pas toujours du personnel, ni du temps nécessaire pour les opérations d'encaissement et, d'autre part, que le cessionnaire n'a pas toujours les connaissances suffisantes au sujet des pratiques commerciales du cédant ou sur d'éventuels arrangements particuliers que ce dernier aura conclus avec ses débiteurs. En outre, le cessionnaire pourrait être tenu responsable de tout dommage subi par le cédant pour une administration inappropriée de l'encaissement des créances cédées.

En ce qui concerne la notification de la cession au débiteur cédé, là aussi, les parties n'ont pas avantage à ce qu'elle ait eu lieu avant la survenance d'un cas de défaut. En effet, tant que la créance principale garantie est remboursée selon ses termes, que les intérêts de la dette sont payés et que la situation ou le comportement du débiteur de la créance principale garantie ne justifie pas une dénonciation du contrat de financement, il n'y a pas lieu d'informer le débiteur cédé de la cession. Une telle notification pourrait avoir des conséquences négatives sur le rapport entre le débiteur cédé et le cédant, notamment quant à la crédibilité du cédant et aux doutes que le débiteur cédé pourrait alors avoir quant à la solidité financière de son partenaire commercial. Par ailleurs, cette possible, voire probable, péjoration des relations d'affaires entre le cédant et le débiteur cédé affecterait aussi inmanquablement la valeur de la sûreté accordée au cessionnaire.

En revanche, dès que les parties n'ont plus le même intérêt à maintenir le rapport triangulaire entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur cédé tel qu'il était avant la

cession (du moins dans les rapports externes), à savoir lorsque le remboursement de la créance principale garantie devient aléatoire ou qu'un autre cas de défaut survient, le cessionnaire voudra légitimement pouvoir notifier la cession au débiteur cédé sans délai et le cédant ne pourra raisonnablement pas s'y opposer. Parallèlement, le pouvoir d'encaissement du cédant sera également révoqué.

## 2. Du point de vue de la structure de la transaction de financement

### 2.1 Contradiction avec l'usage autorisé des fonds

Dans le contrat de cession de créances à titre de sûreté, régi par le principe de la bonne foi, le cessionnaire s'engage sur une base obligationnelle à ne pas utiliser sa position de créancier au-delà de ce qu'exige le but de la sûreté<sup>70</sup>. Cette obligation, même si elle n'est pas toujours intégrée explicitement dans le contrat, lui reste néanmoins applicable comme principe de droit suisse. Ainsi, le cessionnaire s'engage à ne pas disposer des créances cédées, que ce soit par leur cession à des tiers, par leur mise en gage ou d'autres actes de disposition encore, sauf cas de réalisation de la sûreté<sup>71</sup>.

Il est admis que les pouvoirs dont dispose le cessionnaire dans le cadre d'une cession de créances à titre de sûreté excèdent ceux d'un créancier gagiste et vont bien au-delà de ce qui est nécessaire à la protection de la créance principale garantie (voir IV. ci-dessus). Aussi, le pouvoir d'encaissement accordé au cédant n'est-il pas véritablement un privilège, mais constitue bien une conséquence logique de la nature de la cession à titre de sûreté qui restreint l'usage que le cessionnaire peut faire des créances cédées tant que les conditions autorisant leur réalisation ne sont pas remplies. Ces conditions sont typiquement prévues dans le contrat de cession et, dans les transactions de financement faisant intervenir plusieurs prêteurs, elles peuvent être implicitement ou explicitement reprises dans le document contractuel (appelé *intercreditor agreement*, s'il s'agit d'un contrat séparé) qui règle les rapports entre eux: il y est généralement stipulé que la banque chargée de gérer les sûretés (*security agent*) ne pourra réaliser les créances cédées qu'à la survenance d'un événement précis (et en outre exclusivement sur instructions des autres prêteurs), et devra utiliser les montants ainsi récoltés en vue de rembourser les sommes dues en vertu du contrat de financement, selon un ordre prédéterminé. Ce contrat ne prévoit pas toujours l'usage que le *security agent* pourrait faire des montants encais-

<sup>69</sup> HANS PETER WALTER, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in: Wiegand (édit.), Berner Bankrechtstag 1998, Mobilarsicherheiten, Berne 1998, 65 ss; BK-ZOBL (n. 18), N 1571; CHK-REETZ/BURRI, OR 164 N 90.

<sup>70</sup> VON TUHR/ESCHER (n. 7), 339; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 296; REETZ (n. 14), 18 ss; BK-ZOBL (n. 18), N 1565 avec renvoi à N 1390 ss.

<sup>71</sup> ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 296.

sés (ou ce que les autres prêteurs pourraient l'instruire d'en faire) lorsqu'aucune somme n'est en souffrance selon le contrat de financement. Tant que les conditions de la réalisation de la sûreté ne sont pas remplies, le *security agent* n'est pas autorisé à faire usage des fonds qu'il pourrait récolter des créances cédées. Dans une telle constellation, le droit de notifier la cession en tout temps et, corollairement, le droit d'encaisser en tout temps les créances cédées s'opposent à l'usage restreint que le cessionnaire peut faire des montants récoltés.

### 3. Position

Au vu de ce qui précède, le droit de notifier la cession au débiteur cédé et d'encaisser les créances cédées en tout temps ne semble pas constituer l'intérêt primordial des parties au contrat de cession de créances à titre de sûreté<sup>72</sup>. Ne conférer un tel droit qu'au moment où la créance principale garantie se trouve menacée ou qu'un autre cas de défaut survient correspond davantage au caractère de la cession à titre de sûreté, et c'est souvent ce que les parties veulent. En revanche, le cessionnaire pas plus que le cédant ne souhaite une cession conditionnelle. Dans ces circonstances, la solution prônée par la doctrine majoritaire fait entrer en collision des intérêts qui pourraient sans cela parfaitement s'harmoniser et le cédant se retrouve à devoir accorder, et le cessionnaire à devoir exiger, des droits qu'ils n'accorderaient respectivement ne réclameraient pas forcément.

Il convient dès lors d'examiner si la cession de créances à titre de sûreté peut tout de même être considérée comme inconditionnelle dans les cas où le cessionnaire s'engage à n'user de son droit à encaisser les créances directement auprès du débiteur cédé et à lui notifier la cession qu'à des conditions restrictives (conditions objectives). Pour ce faire, il s'agit d'analyser la place de l'autonomie privée dans le contrat de cession de créances à titre de sûreté et son influence pour déterminer si la cession est conditionnelle ou non.

## IX. Analyse

### 1. Autonomie privée

L'autonomie privée et la liberté de contracter, qui est un aspect de l'autonomie privée, sont des principes fondamentaux du droit suisse. La liberté contractuelle permet aux parties de définir leurs rapports contractuels selon leur volonté. Elle se compose elle-même de plusieurs libertés: la liberté de conclure un contrat et d'y mettre fin, la liberté de choisir son cocontractant, la liberté de choisir la forme du contrat et d'en déterminer le contenu<sup>73</sup>. L'autonomie privée n'est cependant pas infinie. Elle doit s'inscrire dans les limites de l'ordre juridique et respecter ainsi les droits de la personnalité, les bonnes mœurs, le droit impératif et l'ordre public<sup>74</sup>. En résumé, tout est facultatif ou permis sauf ce qui est expressément commandé ou défendu<sup>75</sup>. Ce qui nous intéresse tout particulièrement ici, c'est la liberté de déterminer le contenu du contrat et de savoir si les parties sont libres de fixer le type de contrat, sa structure, le genre et le nombre de prestations à leur guise. Si c'est le cas, les parties peuvent, en outre, fixer elles-mêmes l'étendue, la quantité, la durée et les modalités de chaque prestation<sup>76</sup>.

En règle générale, les créances cédées à titre de sûreté sont des créances commerciales (*trade receivables*) que le cédant a envers ses clients. Ce genre de cession est permis dans les limites de la loi. Si l'engagement du cédant n'est pas excessif (art. 27 CC) et si aucune norme impérative n'est violée, l'autonomie de la volonté des parties doit pouvoir garantir une protection aux parties désireuses d'aménager leur contrat de cession de créances à titre de sûreté comme elles l'entendent, en particulier de faire dépendre la notification au débiteur cédé de la survenance d'un événement précis.

La doctrine majoritaire distingue les cessions tacites objectives des cessions tacites subjectives<sup>77</sup>. Une cession tacite objective sera retenue quand le cessionnaire ne peut notifier la cession au débiteur cédé et encaisser lui-même les créances qu'à un moment déterminé qui ne dépend pas de lui (p. ex. demeure du cédant, perte de valeur des créances cédées) ou qu'après une certaine période (p. ex. une année après la cession)<sup>78</sup>. Dans ce cas, la cession est conditionnelle et la titularité de la créance ne peut pas être transférée au cessionnaire avant l'avènement de la

<sup>72</sup> Bien entendu, on peut arguer que les prêteurs ont toujours intérêt à obtenir la sûreté la plus large possible. Cela n'est pas contesté, mais ne remet pas en cause l'analyse. En effet, les banques pourront protéger leurs intérêts en calibrant au mieux l'événement (défaut) qui leur donnera le droit de notifier la cession. En cela, et c'est souvent le cas, elles ne se borneront pas aux cas de retard de paiement ou d'insolvabilité déclarée, mais se référeront à des événements qui peuvent anticiper une insolvabilité, un retard ou une impossibilité de paiement (voir n. 43). Elles peuvent également prévoir la notification au cas où le cédant n'encaisse pas les créances cédées avec la diligence requise.

<sup>73</sup> ANTONIO CARBONARA, *Privatautonomie und Vertragsschluss*, in: *Vertrauen-Vertrag-Verantwortung*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zurich 2007, 86 ss.

<sup>74</sup> BSK OR I-BUCHER, Vor Art. 1–40 N 10 ss.

<sup>75</sup> PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>ème</sup> édition, Berne 1997, 98 ss.

<sup>76</sup> ENGEL (n. 75), 104.

<sup>77</sup> Dans un cas comme dans l'autre, la cession est tacite parce qu'elle n'est pas notifiée au débiteur cédé au moment de la conclusion du contrat.

<sup>78</sup> REETZ (n. 14), 120.



condition objective. En revanche, on parle de cession tacite subjective quand le cessionnaire a la faculté, en tout temps, de notifier la cession au débiteur cédé et d'encaisser les créances. Une telle cession déploie pleinement ses effets dès la conclusion du contrat<sup>79</sup>.

En d'autres termes, deux cas de figure se présentent:

- Dans le premier cas, le cédant sera seul autorisé à encaisser les créances jusqu'à un moment déterminé ou jusqu'à la survenance d'un événement défini. Comme on ne peut pas séparer la titularité de la créance et le droit à l'encaissement, tout comme la créance ne peut pas être scindée en une prétention de fond et un droit d'action en droit suisse<sup>80</sup>, le cédant restera titulaire de la créance jusqu'à la survenance de l'événement ou de l'échéance déterminé et, selon le cas, l'effet de la cession sera soumis à une condition suspensive ou à un terme suspensif (*aufschiebend befristete Zession*). Jusque-là, le cédant encaissera les créances en son propre nom et pour son propre compte. La titularité de la créance ne sera transférée au cessionnaire qu'à la survenance de l'événement prévu. A ce moment, le cessionnaire sera autorisé à notifier la cession au débiteur cédé et à encaisser lui-même les créances. Cette structure est possible car la cession de créances comme tout autre acte juridique peut être conditionnelle ou soumise à un terme suspensif<sup>81</sup>.
- Dans le deuxième cas, la titularité des créances passe immédiatement au cessionnaire et ce dernier accorde au cédant un pouvoir d'encaissement. Le cédant peut encaisser, pour le compte du cessionnaire (et éventuellement en son nom), les créances auprès des débiteurs cédés tant et aussi longtemps que la cession ne leur a pas été notifiée. Le cédant agit alors comme représentant direct ou indirect du cessionnaire ou sur la base d'un pouvoir d'encaissement<sup>82</sup>. Pendant toute la durée du contrat, le cessionnaire a cependant la possibilité d'encaisser lui-même les créances cédées et de notifier la cession au débiteur cédé en tout temps.

Le plus souvent, le premier cas de figure ne correspond clairement pas à la volonté des parties au contrat de cession, qui recherchent une cession inconditionnelle, ni d'ailleurs au but de la sûreté, qui s'en trouverait fortement affaiblie (au détriment du cessionnaire mais aussi du cédant, qui se verrait probablement réclamer des sûretés additionnelles). Le second cas de figure assure une cession inconditionnelle, mais ne permet pas aux parties de moduler les modalités d'encaissement et de notification à leur guise, dans la mesure où elles doivent alors obligatoirement prévoir le droit du cessionnaire de no-

tifier la cession aux débiteurs cédés et, dans une moindre mesure, le droit de révoquer le pouvoir d'encaissement du cédant en tout temps.

La solution de la doctrine majoritaire a ainsi pour effet de restreindre l'autonomie de la volonté des parties et de les forcer à un choix insatisfaisant: soit elles conviennent librement des modalités qui leur siéent quant au droit d'encaisser les créances cédées et de notifier la cession, au risque de voir leur intention dénaturée par la position de la doctrine majoritaire<sup>83</sup>; soit elles se limitent dans les modalités d'encaissement et de notification afin de préserver leur intention, même explicite, quant au caractère inconditionnel de la cession. Cette situation n'est pas compatible avec la primauté de l'autonomie de la volonté des parties, telle que décrite plus haut. En effet, ni les droits de la personnalité, ni les bonnes mœurs, ni le droit impératif, ni l'ordre public ne limitent les parties dans l'aménagement des modalités de la cession selon leurs intérêts.

Dès lors, la doctrine majoritaire ne peut être suivie lorsque les parties au contrat de cession de créances à titre de sûreté s'accordent sur une cession inconditionnelle mais aussi sur le fait que le cessionnaire ne peut pas notifier le débiteur cédé tant et aussi longtemps qu'un cas de défaut n'est pas survenu. Dans un tel cas, la cession doit être valable et effective dès la conclusion du contrat, les parties aménageant entre elles les modalités d'encaissement et de notification de manière obligationnelle<sup>84</sup>. Cette solution a l'avantage de correspondre à la volonté des parties lorsqu'elles prévoient une cession inconditionnelle, ce qui est généralement le cas, pour les raisons commerciales et pratiques évoquées plus haut (voir VI. ci-dessus). En effet, les parties veulent généralement que seule la possibilité pour le cessionnaire de révoquer le mandat d'encaissement et de notifier la cession au débiteur cédé soit conditionnelle, et non la cession elle-même<sup>85</sup>.

Aussi, si le cessionnaire décidait malgré tout de révoquer le pouvoir d'encaissement ou de notifier la cession notwithstanding les dispositions contractuelles prévoyant l'avè-

<sup>79</sup> REETZ (n. 14), 119.

<sup>80</sup> ATF 78 II 265, 274 consid. 3a; ATF 130 III 417, 427; BERGMAIER (n. 4), 131; DE GOTTRAU (n. 27), 120.

<sup>81</sup> BERGMAIER (n. 4), 131.

<sup>82</sup> Voir n. 47.

<sup>83</sup> Il est intéressant de noter que la doctrine française s'est justement appuyée sur l'autonomie de la volonté et sur la dénaturation de l'intention des parties pour faire admettre la validité des cessions de créances à titre de sûreté (Cour de cassation, chambre commerciale, 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-16395; Cour de cassation, chambre commerciale, 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13388). Dans la mesure où le droit suisse a accepté depuis longtemps la validité de telles cessions, il faut *a fortiori* reconnaître que l'autonomie de la volonté doit pouvoir gouverner les modalités d'encaissement et de notification sans devoir courir le risque d'une dénaturation.

<sup>84</sup> REETZ (n. 14), 120. En revanche, il faut suivre la doctrine majoritaire lorsqu'elle estime que la cession n'est pas valable si les parties ont définitivement supprimé le droit du cessionnaire d'encaisser les créances cédées et de notifier la cession au débiteur cédé.

<sup>85</sup> Si les parties décidaient de soumettre la cession à une condition, celle-ci ferait partie intégrale du contrat comme élément essentiel et serait soumise à la forme écrite: REETZ (n. 14), 120; BK-ZOBL (n. 18), N 1589.

nement d'une condition objective, il en aurait le pouvoir (*Können*), mais s'exposerait à d'éventuelles actions en dommages-intérêts de la part du cédant que ce dernier pourrait faire valoir par voie de compensation (pour autant que le contrat de financement n'exclue pas la compensation).

Il faut même aller plus loin: vu les désavantages d'une cession conditionnelle pour le cessionnaire aussi bien que pour le cédant, il faut admettre que les parties ont en principe l'intention de conclure une cession inconditionnelle même si elles ne le mentionnent pas explicitement<sup>86</sup>. Généralement, le contrat de cession de créances à titre de sûreté prévoit que le cédant reçoit du cessionnaire un pouvoir d'encaissement sur la base duquel il sera autorisé à encaisser les créances cédées auprès du débiteur cédé<sup>87</sup>. Ce pouvoir d'encaissement est effectif à la signature du contrat. Cela présuppose que le cessionnaire soit devenu titulaire de la créance, à défaut de quoi il ne serait pas en mesure d'octroyer un tel pouvoir selon le principe «*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*». Ainsi, par le fait même d'avoir prévu et accepté la clause octroyant un pouvoir d'encaissement, les parties ont convenu et admis que les créances passeraient valablement du cédant au cessionnaire à la signature du contrat. Il faut alors admettre que les parties ont voulu, à tout le moins par actes concluants, que les créances soient cédées au cessionnaire de manière inconditionnelle<sup>88</sup>. Cela constitue un cas d'application de l'art. 18 CO qui oblige le juge à rechercher la «réelle et commune intention» des parties. Cette formulation excessivement brève sert en réalité de base normative à tout système d'interprétation développé par la doctrine et la jurisprudence<sup>89</sup>.

Pour résumer, plusieurs éléments vont à l'encontre de l'opinion de la doctrine majoritaire:

- Dans la plupart des cas, la position de la doctrine majoritaire s'oppose à la volonté des parties (explicite ou implicite) de céder sans condition les créances au cessionnaire et, partant, se heurte au principe de l'autonomie privée et aux règles d'interprétation de l'art. 18 CO.
- Les parties peuvent prévoir que la cession est immédiatement valable et cependant restreindre la possibilité d'encaisser les créances cédées et de notifier la cession au débiteur cédé de manière obligationnelle, sans que cela n'ait d'effet sur la nature de la cession<sup>90</sup>.

- Si les parties veulent que la cession soit conditionnelle, elles devraient, pour que cela soit valable, le mentionner par écrit dans le contrat de cession dans la mesure où il s'agit d'un élément subjectif essentiel du contrat de cession (art. 165 al. 1 CO)<sup>91</sup>. En cas de doute, la cession est présumée inconditionnelle<sup>92</sup>.
- La cession conditionnelle est contraire au but économique de la sûreté puisqu'elle restreint le volume des créances cédées et donc la valeur de la sûreté. Cela va évidemment à l'encontre des intérêts du cessionnaire, mais aussi du cédant.

## 2. Analogie avec le contrat de gage quant au but de la sûreté

Au-delà de l'autonomie privée et de l'interprétation du contrat de cession de créances à titre de sûreté, il est intéressant de constater que ce type de contrat présente des similitudes avec le contrat de gage et que la solution qui a été prévue par le législateur pourrait également lui être appliquée quant à son mécanisme, *mutatis mutandis*.

Le but économique de la cession à titre de sûreté est sans doute le même que celui du droit de gage, à savoir de donner au cessionnaire ou au créancier gagiste une sûreté pour le financement accordé et de lui conférer le pouvoir d'actionner cette sûreté à la survenance d'un événement précis. En d'autres termes, la cession (comme le droit de gage) fournit une assurance supplémentaire au cessionnaire pour le cas où le cédant ne s'acquitterait pas de la créance principale garantie conformément aux dispositions contractuelles. En matière de droit du gage, le créancier gagiste a alors le droit de se payer sur le prix provenant de la réalisation du gage (art. 891 al. 1 CC, par renvoi de l'art. 899 al. 2 CC). Cette réalisation ne peut intervenir qu'en cas de défaut du débiteur (tel que stipulé dans le contrat) et non pas à un autre moment que le créancier gagiste jugerait unilatéralement opportun. Il devrait en aller de même pour le cessionnaire qui, s'il n'est pas remboursé conformément à ce qui a été prévu contractuellement, pourra se payer au moyen de la créance cédée, soit en la faisant valoir lui-même (c'est-à-dire en l'encaissant), soit en procédant à une réalisation privée (par vente de gré à gré ou aux enchères volontaires)<sup>93</sup>. Pour cela, le cessionnaire n'a pas besoin de notifier la cession au débiteur cédé avant que la survenance de l'évènement objectif déterminé (p. ex. un défaut du cédant) ne soit intervenue. En effet, la notification de la cession est généralement l'action du cessionnaire ouvrant la voie à la réalisation de la sûreté. Cette possibilité de notifier devrait pouvoir être limitée à la seule survenance d'un évènement objectif, dans la mesure où

<sup>86</sup> A cela s'ajoute que, pour l'impératif de forme écrite évoqué à la note 85, la cession est présumée inconditionnelle en cas de doute; BK-ZOBL (n. 18), N 1589.

<sup>87</sup> Pour les différentes options voir n. 47 ci-dessus et REETZ (n. 14), 112 ss.

<sup>88</sup> Il convient de préciser que les contrats de cession de créances à titre de sûreté prévoient le plus souvent explicitement que les créances sont cédées de manière *inconditionnelle*.

<sup>89</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 14.

<sup>90</sup> REETZ (n. 14), 120; BERGMAIER (n. 4), 132.

<sup>91</sup> BERGMAIER (n. 4), 131 ss; ZK-OFTINGER/BÄR (n. 8), N 276; BK-ZOBL (n. 18), N 1589.

<sup>92</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1589.

<sup>93</sup> STEINAUER (n. 10), 389.

il est superflu, voire même contreproductif, de notifier la cession sans avoir le droit et la possibilité de réaliser les sûretés. En outre, une telle notification aurait pour conséquence de péjorer les relations commerciales entre le cédant et les débiteurs cédés ainsi que la situation de cédant et du cessionnaire.

### 3. Protection des débiteurs cédés et des tiers?

Il faut finalement admettre qu'une éventuelle protection des débiteurs cédés ou des tiers ne justifie pas une entorse au principe de l'autonomie privée.

La notification de la cession au débiteur cédé ne constitue pas une condition de validité de la cession, mais protège le cessionnaire contre un paiement libératoire en mains du cédant<sup>94</sup>. Si la cession est tacite, le débiteur cédé pourra valablement rembourser sa dette en mains du cédant; si la cession lui a été notifiée ou s'il en a connaissance autrement, il devra s'acquitter en mains du cessionnaire. Ainsi, le fait que le débiteur cédé n'a pas connaissance de la cession n'a aucune influence sur sa faculté de pouvoir se libérer valablement, pour autant qu'il soit de bonne foi. Le rôle de la notification n'est donc pas décisif<sup>95</sup>. S'il l'était, la loi devrait expressément prévoir que la validité de la cession dépend de la notification faite au débiteur cédé.

En ce qui concerne les créanciers du cédant (autres que les parties à la transaction de financement), les inconvénients peuvent découler de leur ignorance de la cession. Les transactions de financement requièrent généralement une cession globale qui englobe tant les créances actuelles que les créances futures liées à un certain type d'affaires et qui est limitée à la durée des relations entre le cessionnaire et le cédant (à savoir la durée du financement)<sup>96</sup>. La cession globale se fait cependant à l'abri de toute publicité et elle crée une classe de créanciers privilégiés que le législateur n'a pas prévue: sans que les créanciers du cédant ne disposent des moyens de le savoir, le patrimoine d'une entreprise peut avoir été cédé au profit d'un seul d'entre eux<sup>97</sup>. Souvent, ce n'est que quelque temps avant l'insolvabilité du cédant que les autres créanciers apprennent que le patrimoine du cédant appartient à un seul d'entre eux alors qu'ils pensaient qu'il allait être partagé entre tous<sup>98</sup>. La situation des tiers créanciers découle cependant du caractère particulier de la fiducie qui se trouve à la base de la cession de créances à titre de sûreté. Du moment où le principe de la fiducie est admis dans la jurisprudence comme dans la doctrine, une meilleure protection des créanciers du cédant nécessiterait une

modification plus profonde du système de la fiducie lui-même<sup>99</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, les intérêts des tiers ne sont pas plus protégés en jouant sur la nature conditionnelle ou non de la cession de créances à titre de sûreté. Bien sûr, indirectement, une cession conditionnelle réduirait le volume des créances servant de sûreté (voir VIII. 1 ci-dessus), ce qui offre une consolation aux créanciers du cédant. Cette consolation serait cependant illusoire puisque le cessionnaire demanderait alors probablement des sûretés supplémentaires, ce qui n'est ni dans l'intérêt du cédant, ni dans celui des autres créanciers.

## X. Conclusion

Les contrats de cession de créances à titre de sûreté peuvent présenter des modalités différentes quant à l'encaissement des créances et à la notification de la cession au débiteur cédé. Ces contrats visent pourtant tous un but commun qui est de fournir une assurance supplémentaire à la partie qui s'est exposée au risque de financer un tiers. Comme pour les autres contrats de droit suisse, l'autonomie privée doit permettre aux parties au contrat de déterminer son contenu dans le cadre des dispositions légales impératives. Elles peuvent donc fixer des limites d'ordre obligationnel interdisant à l'une ou à l'autre de faire tel ou tel usage de leurs droits ou prérogatives. Ces limites sont en outre inhérentes à la fiducie (*«Der Fiduziar kann mehr als er darf»*) et ne doivent aucunement empêcher la cession immédiate d'une créance lorsque telle est la volonté des parties. Ainsi, même si la notification de la cession au débiteur cédé ne peut pas être entièrement interdite dans le contrat, elle peut être restreinte et soumise à des conditions dans le but de ne pas perturber les relations commerciales entre le cédant et le débiteur cédé. Autoriser le cédant à encaisser lui-même les créances cédées (tant et aussi longtemps qu'aucun cas de défaut n'intervient) est également un arrangement qui a pour but d'améliorer la qualité de la garantie puisque le cédant est mieux outillé pour cette tâche. Toutes ces limitations poursuivent un but clair qui est celui d'optimiser la sûreté. Elles ne doivent pas à elles seules conduire à une modification de la nature de la cession et en faire une cession conditionnelle que les parties ne veulent généralement pas.

<sup>94</sup> THÉVENOZ (n. 17), 306.

<sup>95</sup> BK-ZOBL (n. 18), N 1583.

<sup>96</sup> STEINAUER (n. 10), 385 ss; REETZ (n. 14), 244 ss.

<sup>97</sup> THÉVENOZ (n. 17), 308.

<sup>98</sup> THÉVENOZ (n. 17), 309.

<sup>99</sup> WIEGAND (n. 11), 554 ss.