

Les incidences de la procédure collective du cédant sur la cession de créance future : étude sur la proposition de réforme du droit japonais des obligations

Dai Shiraishi *

Cet article est une refonte d'une intervention faite au séminaire *Les réformes du droit civil en France et au Japon, Rencontre des étudiants de l'Université Waseda et des étudiants de l'Université Panthéon-Assas*, tenu au Centre Panthéon de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 13 novembre 2009 (Le style oral est conservé). Ce séminaire s'est organisé dans le cadre du *Program for Enhancing Systematic Education in Graduate Schools (Soshiki-teki na Daigakuin Kyoiku Kaikaku Suishin Program)* financé par le Ministère japonais de l'Education, de la Culture, des Sports, des Sciences et de la Technologie. L'auteur de cet article y participa comme étudiant en cycle de doctorat et chercheur associé de l'Université Waseda. L'auteur adresse ses vifs remerciements à Monsieur le Professeur Pierre Crocq de l'Université Panthéon-Assas, qui nous accueillit cordialement.

« PLAN »

A. Etat actuel

- 1) Problèmes
- 2) Débats doctrinaux

B. Proposition des Principes élémentaires

- 1) Dispositions proposées
- 2) Appréciation de la proposition

Les Principes élémentaires de réforme du droit japonais des obligations (les Principes élémentaires)¹ proposent que la cession de créance

* Professeur assistant, l'Université Waseda (Tokyo).

¹ Saikenho Kaisei no Kihon Hoshin (les Principes élémentaires de réforme du droit japonais des obligations) ont été rédigés et publiés en mars 2009 par Minpo

future soit opposable à celui qui recevra du cédant la qualité de partie du contrat, générateur de la créance cédée. Cette proposition implique qu'une telle cession n'est pas opposable à celui qui passera, en sa propre qualité, un contrat générateur d'une créance prétendument cédée. Selon cette règle, l'efficacité de la cession des créances futures pourra être limitée à l'égard de la procédure collective du cédant.

Dans la première partie, nous allons montrer l'état actuel de droit japonais à ce propos (A). Puis, dans la deuxième partie, nous allons expliquer la proposition des Principes élémentaires (B).

A. Etat actuel

1) Problèmes

En droit privé japonais, après l'évolution de la jurisprudence et de la législation depuis la fin du siècle précédent, l'efficacité de la cession de créance future s'est consolidée considérablement. D'abord, en 1999, la Cour suprême a jugé que la validité d'une telle cession n'était pas affectée même s'il était peu probable que les créances ainsi cédées naissent réellement². Grâce à cet arrêt, on peut céder des créances qui naîtront dans un futur lointain et dont la naissance est incertaine. Ensuite, en 2001, la Cour suprême a admis que la cession des créances futures peut être opposable aux tiers, même avant la naissance de celles-ci, par le moyen de la notification ou de l'acceptation prévues dans l'article 467 du Code civil japonais³, qui est l'équivalent de l'article 1690 du Code civil français⁴. Enfin, en 2004,

(Saikenho) Kaisei Kento Inkai (la Commission pour la réforme du droit japonais des obligations), le groupe de plus de 30 civilistes célèbres. En octobre 2009, le Ministère de la Justice commença les travaux préparatoires pour la révision du droit des obligations inclu dans le Code civil japonais, et ces Principes, avec les propositions des autres groupes, y servirent de base de discussion. Les grandes lignes de la réforme ont été annoncées afin de recueillir l'avis du public (du 1^{er} juin à 1^{er} août 2011).

² L'arrêt de la Cour suprême, 29 janv. 1999 (sous réserve de la suffisante identification des créances cédées).

³ L'arrêt de la Cour suprême, 22 nov. 2001.

⁴ L'article 467 du Code civil japonais : « La cession d'une créance nominative n'est opposable au débiteur et aux autres tiers que si elle a été notifiée par le cédant au débiteur ou acceptée par celui-ci. / La notification et l'acceptation, dont il est parlé à l'alinéa précédent, ne sont opposables aux tiers, autres que le débiteur, que si elles ont été faites dans un acte ayant date certaine. » Au Japon,

la loi portant sur l'opposabilité de la cession de créance⁵ a été modifiée, permettant que la cession de créance future devienne opposable par l'enregistrement, bien que le débiteur cédé ne soit pas encore identifié. Dans ce cas, on peut identifier les créances cédées par la marchandise, de la vente de laquelle elles naîtront.

Grâce à cette jurisprudence et à cette législation, on utilise de plus en plus des nouveaux mécanismes financiers tel que la mobilisation et *l'Asset Based Lending (ABL)*. La mobilisation est un mécanisme dans lequel une entreprise vend ses créances à une entreprise spécialisée, appelée *Special Purpose Company (SPC)*, et se procure ainsi de l'argent liquide immédiatement ; Cette *SPC* émet à son tour des parts représentatives de ces créances ; on appelle aussi ce mécanisme la « titrisation ». Quant à *l'ABL*, c'est un prêt avec cession de créance à titre de garantie : tant que l'emprunteur paie l'intérêt régulièrement, il peut toujours recouvrer la créance cédée et utiliser les fonds ; si l'emprunteur ne peut plus assurer le paiement, le prêteur lui-même recouvrera celle-ci et l'affectera à l'acquittement du prêt.

Cependant, en raison de son efficacité trop forte, on craint que la cession de créance future puisse faire obstacle au redressement de la vie économique du cédant en cas de procédure collective de celui-ci. Supposons qu'il semble possible à une entreprise en difficulté de poursuivre son activité, que la procédure de redressement judiciaire soit ouverte, mais qu'elle ait cédé ses créances futures avant l'ouverture de la procédure. Si l'on considérait que la créance, née de la vente de sa marchandise après l'ouverture de la procédure, est affectée au cessionnaire, le cédant ne recevrait pas le prix de la vente et la poursuite de son activité deviendrait impossible. Dans ce cas, la procédure de redressement judiciaire serait vouée à l'échec et l'entreprise serait mise en procédure de liquidation judiciaire. Ainsi se pose la question de savoir si une cession de

on n'a pas besoin de faire une procédure avec huissier, comme la signification par voie d'huissier en France, donc on utilise ici le mot « notification ».

⁵ Dosan oyobi Saiken no Joto no Taiko-Yoken ni kansuru Minpo no Tokurei-to ni kansuru Horitsu (la Loi portant des dispositions dérogatoires au Code civil sur l'opposabilité du transfert de droit réel mobilier et de la cession de créance), la loi du 12 juin 1998, révisée par la loi du 1^{er} déc. 2004.

créance future, effectuée antérieurement, poursuit ses effets après l'ouverture d'une procédure collective du cédant.

2) Débats doctrinaux

A ce propos, la doctrine japonaise a autrefois répondu à cette question par la négative⁶. D'une part, elle s'appuyait sur le souci pragmatique de permettre le redressement de l'entreprise en difficulté. D'autre part, elle était soutenue théoriquement par l'idée que l'ouverture de la procédure collective transfère au syndic le pouvoir de disposer des biens jusqu'alors appartenant à l'entreprise. Dans le cas d'une créance qui naît après l'ouverture de la procédure collective, l'entreprise n'a plus le pouvoir d'en disposer, mais c'est le syndic qui a ce pouvoir⁷.

Néanmoins, récemment, le courant doctrinal fait plutôt prévaloir l'efficacité de la cession de créance future sur celle de la procédure collective ; il considère que la cession poursuit ses effets aux créances nées après l'ouverture de la procédure⁸. Les fondements en sont pragmatiques et théoriques. D'abord, pragmatiquement, cette doctrine respecte l'attente de la banque cessionnaire. Elle reçoit des créances cédées en contrepartie d'un financement, et son attente légitime serait déçue si l'efficacité de la cession disparaissait avec l'ouverture d'une procédure collective du cédant. Puis, théoriquement, cette doctrine considère le syndic comme « le tiers » de l'article 467 du Code civil japonais. Rappelons que la Cour suprême a affirmé en 2001 que la cession des créances futures peut être opposable aux tiers, même avant la naissance de celles-ci, par une notification ou une acceptation préalables⁹. Désormais, elle l'est aussi par l'enregistrement prévu par la loi spéciale¹⁰. Alors, selon cette doctrine, une

⁶ Makoto Ito, *Saimusha Kosei Tetsuzuki no Kenkyu (L'étude sur la procédure judiciaire pour le redressement de débiteur surendetté)*, Nishi-Kanda Henshushitsu (1984), p.348 (en japonais); Mutsuo Tahara, *Tosan Tetsuzuki to Hitenkei Tanpoken no Shogu (La procédure collective et le traitement des sûretés réelles innomées)*, Bessatsu NBL (New Business Law) n° 69 (2002), p.81 (en japonais).

⁷ Comme il n'y a plus de syndic en France, pensez à la notion du dessaisissement ici.

⁸ V. par ex., Kazuhiko Yamamoto, note sous l'arrêt de la Cour suprême 15 févr. 2007, NBL n° 854 (2007), p.64 et s (en japonais).

⁹ V. *supra* note 3.

¹⁰ V. *supra* note 5.

fois que la cession des créances futures est devenue opposable, le cessionnaire doit pouvoir opposer la cession au syndic. En outre, la Cour suprême a jugé en 2007 que la titularité des créances futures est transférée définitivement par le contrat de cession¹¹. Cet arrêt suscite l'opinion selon laquelle la créance cédée est, quoi qu'elle soit future, déjà sortie du patrimoine du cédant au moment de la cession et n'est pas affectée par l'éventuelle procédure collective de celui-ci. Un spécialiste éminent de la procédure collective écrit même que « l'arrêt de 2007 a donné le coup de grâce à l'opinion qui nie l'efficacité de la cession sur la créance née après l'ouverture de la procédure collective du cédant.¹²»

Encore plus récemment, un autre auteur célèbre entend limiter l'efficacité de la cession des créances futures par rapport à la procédure collective seulement dans le cas de *l'ABL*. Son raisonnement est le suivant : ce mécanisme suppose que le cédant recouvre la créance cédée même après la cession ; il utilise des fonds récupérés pour son activité, de laquelle naît la nouvelle créance. Une fois que le cessionnaire a recouvré la créance lui-même, cette circulation est rompue et il ne peut plus espérer que la nouvelle créance naisse à son bénéfice¹³.

B. Proposition des Principes élémentaires

1) Dispositions proposées

Les Principes élémentaires de réforme du droit japonais des obligations proposent de créer des dispositions sur la cession de créance future : le code actuel ne dit rien à ce propos.

En premier lieu, les Principes élémentaires disposent que peuvent être cédées les créances qui naîtront dans le futur et qu'une telle cession devient opposable aux tiers par les mêmes moyens que la cession ordinaire¹⁴. Les Principes élémentaires constatent la cessibilité des créances futures, s'inspirant des Principes d'UNIDROIT 2004¹⁵, des Principes du

¹¹ L'arrêt de la Cour suprême, 15 févr. 2007.

¹² Yamamoto, *op. cit.* (note 8), p.65 (traduit par nous).

¹³ Makoto Ito, *Tosan Shori Tetsuzuki to Tanpoken (La procédure collective et les sûretés réelles)*, NBL n° 872 (2008), p.67 et s (en japonais).

¹⁴ Il faut noter que, dans les Principes élémentaires, la cession de créance pécuniaire ne deviendra opposable que par l'enregistrement.

¹⁵ L'article 9.1.5 des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (éd. 2004) : « Une créance future est réputée cédée au moment de la

droit européen du contrat¹⁶ et de l'avant-projet de réforme du droit français des obligations et de la prescription (rapport Catala)¹⁷.

Puis, les Principes élémentaires proposent que la cession de créance future soit aussi opposable à l'ayant cause à titre particulier du cédant, qui recevra du cédant la qualité de partie du contrat générateur de la créance cédée. A première vue, ce texte semble étendre la portée effective de la cession de créance future. Mais en réalité, il peut avoir pour rôle de réduire l'efficacité de celle-ci en cas de procédure collective du cédant. Pour comprendre l'opération de cette règle, énonçons deux hypothèses :

La première hypothèse : le vendeur consent à fournir la marchandise successivement à l'acheteur ; ils passent un contrat-cadre pour stipuler les conditions de leurs affaires ; le vendeur cède les créances qui naîtront de la fourniture ; mais il est mis en procédure de redressement judiciaire ; le syndic passe un contrat d'application avec l'acheteur et lui vend la marchandise.

La deuxième hypothèse : le bailleur d'une maison cède ses loyers futures pour avoir un financement ; mais le bailleur subit une procédure de redressement judiciaire ; malgré cela, la location est poursuivie.

Dans la première hypothèse, le fait générateur de la créance cédée est le contrat d'application, non pas le contrat-cadre. Il est possible de considérer que le syndic n'est pas l'ayant cause du vendeur et passe le contrat d'application en sa propre qualité. (Seulement, les Principes élémentaires ne proposent rien sur la qualité du syndic.) Si l'on considère ça, alors selon cette proposition, la cession faite par le vendeur avant la procédure collective de celui-ci ne poursuivrait plus son effet sur la créance née du contrat d'application passé par le syndic. Quant à la

convention, à condition que la créance, lorsqu'elle naît, puisse être identifiée comme la créance cédée. »

¹⁶ L'article 11 : 102(2) des Principes du droit européen du contrat : « Une créance future qui naîtra d'un contrat actuel ou futur est cessible à condition qu'elle puisse être identifiée comme faisant partie de la cession au moment où elle viendra à exister ou à tout autre moment convenu entre les parties. »

¹⁷ L'article 1252 du rapport Catala : « Peuvent être cédées des créances nées ou à naître. En cas de cession d'une créance future, l'acte doit comporter les éléments permettant, le moment venu, l'identification de la créance cédée. »

deuxième hypothèse, le droit privé japonais considère que le syndic reçoit du cédant la qualité de bailleur¹⁸. Donc, la cession des loyers serait opposable au syndic, y compris le loyer qui est la contrepartie de la jouissance après l'ouverture de la procédure collective.

Rappelons que l'arrêt de 2007 a soulevé la question du moment du transfert des créances futures¹⁹ : mais les Principes élémentaires ne tranchent pas cette question. C'est la différence avec les Principes du droit européen du contrat et avec le rapport Catala. Ces principes-ci disposent que « [1]a cession d'une créance future est subordonnée à sa naissance, mais, lorsque celle-ci survient, elle prend effet dès le moment de l'accord de cession ou à tel moment ultérieur dont le cédant et le cessionnaire sont convenus.²⁰» Quant au rapport Catala, il dispose que « le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers.²¹»

2) **Appréciation de la proposition**

Ainsi, les Principes élémentaires de réforme du droit japonais des obligations essaient d'harmoniser l'efficacité de la cession de créance future et celle de la procédure collective. Cependant, ils ne se prononcent pas explicitement en ce qui concerne la qualité du syndic, donc la solution à la première hypothèse n'est pas définitive. La Commission qui a préparé les Principes avoue qu'elle incline à considérer le syndic comme un sujet juridique distinct de l'entreprise mise en procédure collective²² : selon cette idée, la solution mentionnée ci-dessus s'appliquerait. Mais les Principes élémentaires gardent le silence sur ce point, dans le souci de laisser la discussion ouverte. Cette question touche aussi au droit de la procédure collective, et il serait imprudent de la trancher seulement dans le cadre du code civil²³. Un champion de l'étude sur la cession de créance a estimé cette attitude « assez réservée.²⁴»

¹⁸ Pourvu que le bail soit opposable à ceux qui ont acquis ultérieurement la propriété de l'immeuble loué (V. art. 605 du Code civil japonais).

¹⁹ V. *supra* note 11.

²⁰ L'article 11: 202 (2) des Principes du droit européen du contrat.

²¹ L'article 1254-1 du rapport Catala.

²² L'exposé de Madame le Professeur Masami Okino, *in* Bessatsu NBL n° 127 (2009), p.43 et s (en japonais).

²³ *Ibid*, p.44.

Par ailleurs, certains praticiens ont déjà manifesté leur opposition à cette proposition. Par exemple, un avocat spécialisé dans la « titrisation » des créances critique les Principes élémentaires comme suit²⁵ : « Il est vrai qu'une cession globale des créances futures risque de faire obstacle à l'aboutissement de la procédure collective... Mais c'est peut-être le problème commun [aux deux hypothèses mentionnées ci-dessus]. Le raisonnement des Principes élémentaires est douteux en ce sens qu'ils séparent les solutions selon que le contrat générateur a été passé avant la procédure collective ou après. » « Le droit positif permet de céder des créances futures tant qu'elles sont identifiées par une relation d'affaires avec un débiteur cédé. En plus, il existe des moyens par lesquels une telle cession devient opposable aux tiers. Si l'on entend maintenir ces règles, il faut considérer que, [dans les deux hypothèses,] la cession de créance future poursuit son effet après l'ouverture de la procédure collective du cédant. »

Apparemment, cette critique semble convaincante. Mais nous ne pensons pas que la distinction faite par les Principes élémentaires est irratio-
tionnelle. On peut défendre cette position par la comparaison avec le droit français. En France, une question similaire s'est posée en matière d'une cession de créance à exécution successive. Le cessionnaire acquiert-il le loyer échu postérieurement à l'ouverture de la procédure collective du cédant (la deuxième hypothèse) ? La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a répondu que oui²⁶ ; La chambre commerciale de la même Cour a répondu par la négative²⁷. Après la contradiction jurisprudentielle

²⁴ La parole de Monsieur le Professeur Masao Ikeda en 6^e séance de la Commission pour la réforme du droit japonais des obligations, 21 juillet 2008.

²⁵ Satoshi Inoue, *Kinyu Torihiki kara mita Saiken-Joto Hosei no Arikata (Les régimes désirables de la cession de créance du point de vue financier)*, Kinyu Homu Jijo n° 1874 (2009), p.78 et s (en japonais ; traduit par nous).

²⁶ Cass. 2^e civ., 10 juill. 1996, D. 1996. 625, note P. Ancel ; JCP G. 1996. II. 22723, note E. Putman ; JCP G. 1997. I. 4004, n° 11, obs. P. Pétel ; RTD civ., 1996, p. 716, obs. R. Perrot.

²⁷ Cass. com., 24 oct. 1995, D. 1996. 155, note F. Derrida ; JCP G. 1996. II. 22578, note E. Putman ; RTD civ., 1996, p. 483, obs. R. Perrot ; RTD com., 1996, p. 526, obs. A. Martin-Serf ; Gaz. Pal. 1. J. 199, note P.-P. Massoni ; Defrénois 1996, p. 256, obs. J.-P. Sénéchal ; Cass. com., 26 avr. 2000, D. 2000. 717, note C. Larroumet ; *ibid.* 265, obs. P. Pisoni ; JCP G. 2000. I. 269, obs. P. Pétel ; JCP E. 2000.1134, note D. Legeais ; *ibid.* 2001. 1333, obs. J. Stoufflet ; RTD com., 2000,

entre ces deux chambres, en 2002, la chambre mixte de la Cour de cassation a tranché cette question au bénéfice du cessionnaire²⁸. On dit que la clef du problème se trouve au niveau de la date de naissance de la créance née d'un contrat à exécution successive. La chambre mixte s'appuie sur la thèse classique selon laquelle chaque partie à un tel contrat devient, dès sa formation, créancière de l'autre pour la totalité des prestations à exécuter au cours du contrat. Le loyer ne serait qu'une créance à terme née au jour du contrat, et il serait déjà sorti du patrimoine du cédant par la cession effectuée avant la procédure collective de celui-ci²⁹. Quant à la créance née d'un contrat passé après la procédure collective (la première hypothèse), on ne peut pas imaginer son transfert immédiat au cessionnaire avant sa naissance, et elle serait affectée par la procédure collective du cédant. (Or, la loi Dailly³⁰ dispose que la cession devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise³¹. Mais en France, à la différence du Japon, la cession opposable aux tiers n'est pas toujours considérée ainsi par rapport à la procédure collective.) Donc, on pourrait dire que les Principes élémentaires de réforme du droit japonais des obligations aboutiront à une solution semblable à celle en droit français.

p. 994, obs. M. Cabrillac.

²⁸ Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, D. 2003. 445, note C. Larroumet ; JCP G. 2003. II. 10033, note D. Houtcieff ; RTD civ., 2003, p. 331, obs. P. Crocq ; RTD com., 2003, p. 148, obs. D. Legeais.

²⁹ Crocq, *ibid.*

³⁰ La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite « loi Dailly », est désormais intégrée dans le Code monétaire et financier (art. L313-23 à 29-2).

³¹ L'article L313-27, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier : « 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 quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs. »

The impact of the bankruptcy procedures
on the assignment of future claims:
Study on the proposals for the reform of
Japanese Civil Code (law of obligations)

Dai Shiraishi

In Japanese private law, due to some Supreme Court cases and the new legislation since the end of the last century, the assignment of future claims is now given considerable effectiveness as a method of creating security interest or realizing asset securitization. As a result, however, it can threaten to spoil the bankruptcy policy of debtor rehabilitation by capturing all the after-acquired claims much needed for the fresh start of the bankrupt assignor. Accordingly, some jurists insist on limiting the effect of such assignment vis-à-vis the bankruptcy procedures.

A parallel problem arose in France, concerning the assignment of future rents: after it had given the decisions contradictory to each other, the Court of Cassation finally decided its position in 2002 in favor of the assignee. Still, its rationale implies that the assignment of other types of future claims can yield to bankruptcy procedures.

Meanwhile, the Basic Principles for the Reform of Japanese Law of Obligations, prepared and published by the group of more than 30 renowned scholars, propose to introduce a new provision into Japanese Civil Code in order to establish an appropriate balance between the rights of the assignee and the rehabilitative purposes of bankruptcy legislation. This proposal can lead to nearly the same solutions as those in France, though the reasoning is different.

This article compares the legal treatment for the said issue in Japan and France, referring to the proposal mentioned above.