

## *Close-out netting* et dite “compensation triangulaire”

Satoru Shibazaki

La société X, une filiale japonaise de la Lehman Bros. U.S., va être liée avec sa contrepartie Y (S. A., banque-trustee professionnelle) par des rapports contractuels de produit dérivé, surtout par ceux de swap de taux d'intérêts et de devises. L'X avait également des rapports contractuels de même nature avec la Z (S. A., banque d'investissement boursier, société “soeur” de l'Y). Entre l'Y et l'X s'est trouvée une clause dans leur convention-cadre sous la formule “*ISDA master agreement*”, qui permettait la “*close-out netting*”, opération dite “compensation” globale des “*early terminated*” swaps.

La clause aussi prévoit que l'Y puisse invoquer la compensation de sa dette envers l'X par jeu d'une créance de la Z contre l'X (compensation dite “triangulaire”). Pourtant, la Z n'avait donné son accord à cette clause de compensation qu'après l'ouverture de l'X.

Le 19 septembre 2008, à la suite de la défaillance de groupe de Lehman Bros. du 15 septembre, le juge du tribunal de première instance de Tokyo a décalé l'ouverture de la procédure collective de la société X.

Le 1er octobre, deux semaines après de la date d'ouverture, la Z a tardivement notifié aux sociétés X et Y son accord à la clause de cet accord de compensation “triangulaire”.

L'X a demandé à l'Y le paiement du solde de *netting*.

La cour d'appel de Tokyo a rejeté sa demande considérant que par l'effet

de la clause de netting triangulaire préalablement conclue entre l'X et l'Y sous la forme de la convention-cadre d'ISDA, le droit de créance de l'X contre l'Y avait été compensé et éteint par jeu d'un droit de créance qu'un tiers (la Z) pouvait invoquer contre l'X.

La Cour suprême, cependant, a ordonné l'Y de payer à l'X la somme du solde de netting en rejetant l'interprétation que la cour d'appel a retenu.

La compensation est une institution ayant pour objet de permettre aux parties qui avaient réciproquement des créances (de même objet et exigibles) de les régler par un procédé simple et équitable. Dans l'espèce, puisqu'entre l'X et l'Y la réciprocité des dettes n'avait pas été trouvée jusqu'à la fin, donc l'Y ne peut pas invoquer la compensation envers l'X.

L'arrêt attaqué et ses partisans croient que, sans demander la réciprocité des créances, l'opposabilité de la compensation invoquée par l'Y aux tiers puisse se justifier par l'application d'une interprétation consacrée par un arrêt de la grande chambre de la Cour suprême du 24 juin 1970, Minshu 24.6.587 qui protégeait la prévision du tiers débiteur (banque) de pouvoir opposer l'extinction de sa dette avant son échéance par la compensation dans le rapport avec sa contrepartie saisie, au créancier saisissant.

La Cour suprême a justement rejeté cette idée confuse, en appliquant l'art. 92 du Code de la procédure de redressement civil. Par ce que l'arrêt de 1970 supposait la réciprocité des créances pour la compensation.

L'auteur veut rappeler que dans la conception de la compensation en droit privé japonais, français et anglais, la réciprocité est toujours une condition absolue et indispensable de la compensation en règle générale. Par une cession de créance (la Z cède à l'Y son droit contre l'X) ou une cession de dette (la Z reprend la dette de l'Y contre l'X) effectuée et devenue opposable avant la date de procédure les parties peuvent par voie indirecte créer la réciprocité. Hormis cette méthode, ils peuvent aussi utiliser une institution

qui se fait par le triple consentement pour le remplacement des deux dettes à une : la délégation novatoire.

Enfin, l'auteur veut clarifier les confins de la terminologie. On utilise souvent l'expression "compensation" triangulaire, terminologie inadéquat, dans les cas divers. Il existe, en effet, (1) des applications de la compensation triangulaire au sens strict dans le code civil français et japonais. Sont la caution et le débiteur cédé ceux qui peuvent opposer la compensation aux tiers définis. Hormis ces hypothèses, (2) il y a aussi deux cas de la dite "compensation triangulaire": d'une part, pseudonomie de la délégation novatoire, d'autre part, (3) cas de l'extension de la procédure collective à l'autrui résultant de la fictivité de la personnalité morale ou la confusion du patrimoine, consacré par le code de commerce français et que le droit japonais ne connaît pas.