

La cessibilité de la créance dans le droit japonais

Dai Shiraishi

Introduction

1. Jusqu'à récemment, les banques japonaises comptaient beaucoup sur la sûreté immobilière : l'hypothèque était « la reine des sûretés ». Comme les prix des terrains augmentaient constamment pendant une longue période, les banques pouvaient prêter sur hypothèque avec confiance. Cependant, après le dégonflement de « la bulle immobilière » dans les années 1990, elles se trouvent maintenant confrontées au manque d'assiette de cette sûreté.

Il y avait un autre type de sûreté que les prêteurs japonais utilisaient beaucoup : le cautionnement. Néanmoins, la situation difficile des cautions surendettées est devenue un problème social¹ et il est de plus en plus courant pour les banques de se passer de cautionnement. La réforme du droit civil japonais des obligations, qui a été adoptée en 2017, va jusqu'à exiger l'intervention d'un notaire dans le cas d'un cautionnement par une personne physique non dirigeante d'une entreprise débitrice².

2. C'est dans ce contexte que les assiettes mobilières retiennent l'attention des banques. En réalité, les valeurs des comptes clients que les entreprises japonaises possèdent dépassent celles des terrains : selon les statistiques en 2017, elles ont possédé 219 billions de yens (1,8 billion d'euros) de comptes clients, par rapport à 185 billions de yens (1,5 billion

* Cet article est un texte d'une intervention faite au colloque *Le droit des sûretés pour demain* tenu à l'Université Keio le 7-8 avril 2018.

¹ Y. Saito, « *La protection de la caution personne physique au Japon* », in D. Mazeaud, M. Mekki, N. Kanayama et K. Yoshida (dir.), *Les notions fondamentales de droit civil : Regards croisés franco-japonais*, LGDJ, 2014, p. 263.

² Nouvel article 465-6 du Code civil japonais (*Minpô*).

d'euros) de terrains³. C'est ainsi qu'on commence à utiliser la cession de créance à titre de garantie pour ne pas trop recourir à la sûreté immobilière⁴.

3. Toutefois, une telle opération n'est pas sans entrave : dès sa promulgation en 1896, le Code civil japonais (dit le *Minpô*) a toujours une disposition qui admet la validité de la clause d'incessibilité de la créance (*pactum de non cedendo*). En effet, c'est un usage courant d'insérer cette clause dans le contrat entre les professionnels. Or, on reproche récemment à ce régime de faire obstacle à l'épanouissement du nouveau type de sûreté, et la réforme de 2017 essaie de faciliter celui-ci en atténuant la vigueur du *pactum de non cedendo*⁵.

D'abord, nous allons exposer le régime originel japonais sur la cessibilité de la créance (I). Après cela, nous expliquerons la réforme et examinerons si elle pourra atteindre son but (II).

I. La cessibilité de la créance avant la réforme

4. Actuellement sous le *Minpô*, on peut rendre la créance incessible par convention (A). Évidemment, cela cause des inconvénients pour le financement aux entreprises (B).

A. Le droit actuel au Japon

5. L'actuel article 466, alinéa 1^{er} du *Minpô* précise la cessibilité de la créance en disposant que « Le droit de créance est cessible, à moins que sa nature ne s'y oppose. » Cependant, l'alinéa 2 du même article pose une dérogation à ce principe en prévoyant que « Les dispositions de l'alinéa précédent cessent d'être applicables, lorsque les parties ont fait une déclaration de volonté contraire. Cette déclaration de volonté, toutefois, n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. » Habituellement, cette « déclaration de volonté contraire » prend forme de la clause d'incessibilité qui est insérée dans le contrat générateur de la créance. En ce qui concerne la « bonne foi » des tiers cessionnaires, la jurisprudence assimile la faute lourde à la mauvaise foi : si le cessionnaire ne connaissait pas

³ Ministère des Finances, *Statistiques des entreprises 2017* (taux de change : 1 euro=120 yen).

⁴ M. Ikeda, *Étude sur la cession de créance* (en japonais), tome 3, Kôbundô, 2010, p. 320 et s.

l'existence de la clause en raison de la négligence grave, il est réputé de mauvaise foi⁶.

6. Le deuxième alinéa de l'actuel article 466 était un résultat de compromis. Le premier Code civil japonais (*Kyû-Minpô*), rédigé par Gustave Boissonade et promulgué en 1890, supposait la cessibilité d'une créance. Toutefois, ceux qui opposaient sa mise en vigueur attaquaient ce Code sur ce point. Ils prétendaient que le débiteur peut se trouver dans la dure situation dès lors qu'on peut même céder sa créance au usurier : ils voulaient dire que ce code n'était pas approprié à la tradition du Japon, en ce qu'il mettait trop d'accent sur la liberté contractuelle et préconisait la loi du plus fort. Après tout, l'opposition l'emportait : le *Kyû-Minpô* n'est jamais entré en vigueur. Kenjiro Oumé, un des rédacteurs de l'actuel *Minpô*, connaissait bien tout le détail du débat. Bien qu'il adhéraît à la libre cessibilité d'une créance, il faisait une concession à ses adversaires et préparait la disposition qui admet la validité de la clause d'incessibilité⁷.

7. Si l'on cède la créance malgré la clause d'incessibilité, la cession est réputée nulle, dès lors que le cessionnaire a eu connaissance de celle-ci (ou qu'il y a eu la faute lourde de la part du cessionnaire). Selon la jurisprudence, elle est inefficace même entre le cédant et le cessionnaire⁸. Cependant, une telle clause n'est pas opposable au créancier du cédant qui a saisi cette créance, parce qu'il n'est pas permis de créer les biens insaisissables au moyen de l'accord privé⁹. De plus, si le débiteur cédé fait une approbation ultérieure de la cession, celle-ci est réputée valable dès le départ : comme la clause d'incessibilité vise à protéger les intérêts du débiteur, il ne sert à rien de ne pas admettre l'efficacité de la cession même après son autorisation¹⁰. En passant, la jurisprudence a jugé que le

⁵ Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1^{er} avril 2020.

⁶ Cour suprême, 19 juillet 1973, *Minsyû*, vol. 27, n° 7, p. 823.

⁷ A. Yonekura, *La cession de créance, effet de la clause d'incessibilité* (en japonais), Gakuyô Shobô, 1976, p. 21 et s.

⁸ Cour suprême, 17 mars 1977, *Minsyû*, vol. 31, n° 2, p. 308 ; Cour suprême, 5 juin 1997, *Minsyû*, vol. 51, n° 5, p. 2053.

⁹ Cour suprême, 10 avril 1970, *Minsyû*, vol. 24, n° 4, p. 240.

¹⁰ Cour suprême, 17 mars 1977, *Minsyû*, vol. 31, n° 2, p. 308 ; Cour suprême, 5 juin 1997, *Minsyû*, vol. 51, n° 5, p. 2053.

cédant ne peut pas prétendre l'inefficacité de la cession qui a été faite par lui-même en violation de la clause¹¹.

B. Les inconvénients du régime actuel

8. L'alinéa 2 de l'actuel article 466 du *Minpô* a toujours été exposé aux critiques de la doctrine¹². On constate souvent qu'en pratique la clause d'incessibilité est utilisée à d'autres fins que celles prévues par le législateur. Les rédacteurs du Code actuel avaient l'intention de protéger « le débiteur faible » en empêchant que sa dette soit transférée au créancier impitoyable sans son approbation. En réalité, cependant, les débiteurs qui bénéficient de cette règle sont généralement « les débiteurs forts » tels que les banques et les municipalités. Ces débiteurs incluent la clause d'incessibilité à diverses fins : 1° ils ne souhaitent pas à supporter la charge de travail supplémentaire causée par le changement de créancier ; 2° ils veulent éviter de payer à tort à la personne qui n'est pas vraiment son créancier ; 3° ils visent à préserver l'occasion de toute compensation contre le cédant. Pour « les débiteurs faibles », qui devraient avoir besoin de la protection offerte par cette règle, les chances qu'ils réussissent à insérer une telle clause dans le contrat sont minces : leur pouvoir de négociation est inférieur à celui des créanciers, et la clause est plutôt désavantageuse pour ces derniers.

9. Par ailleurs, on dit souvent que la clause pourrait entraver la diffusion des nouvelles méthodes financières mentionnées ci-dessus. Une fois qu'elle sait que la clause d'incessibilité est attachée à certaines des créances, la banque cessionnaire doit les exclure de l'objet de la sûreté, puisque leur cession serait nulle en vertu de l'article 466, alinéa 2 du *Minpô*. En outre, un arrêt de la cour d'appel d'Osaka a jugé que la banque qui n'avait pas trouvé la clause avant la cession avait commis la faute lourde, ce qui a conduit à sa nullité¹³. Dans cette circonstance juridique, on ne saurait reprocher aux banques d'être réticentes à offrir ce type de financement.

¹¹ Cour suprême, 27 mars 2009, *Minsyû*, vol. 63, n° 3, p.449.

¹² V. H. Nakata, *Théorie générale des obligations* (en japonais), 3^e éd., Iwanami-shoten, 2013, p. 523 et s.

¹³ CA Osaka, 6 février 2004, *Hanrei-jihô* 1851.120.

C'est la réforme de 2017 qui tente d'améliorer la situation.

II. La réforme sur la cessibilité de la créance

10. Avant d'expliquer les règles du *Minpô* révisé (B), nous reviendrons sur les débats à ce sujet au cours du processus de rédaction (A).

A. Les discussions au Conseil Législatif

11. Afin de résoudre les problèmes mentionnés ci-dessus, le Conseil Législatif du Ministère de la Justice (*Hôsei-Shingikai*) a examiné la proposition de révision qui atténuerait la vigueur du *pactum de non cedendo* : la cession de créance faite en violation de la clause d'incessibilité serait malgré tout valable¹⁴.

Il y avait des opinions opposées, parmi lesquelles étaient les suivantes¹⁵ : 1° le débiteur cédé ne peut pas être indifférent à la question de savoir à qui payer ; 2° la clause d'incessibilité a pour objet de déterminer le contenu de la créance, de sorte qu'elle naît dès le départ sans cessibilité ; 3° il serait contraire au principe de l'autonomie de la volonté de valider la cession malgré la clause, puisque ce serait autoriser le créancier à violer l'accord de ne pas céder qu'il a promis au débiteur ; 4° bien qu'il soit nécessaire de répondre aux exigences financières, on n'a pas besoin de changer la règle générale du Code civil (il suffirait d'adopter une loi spéciale).

12. Cependant, la plupart des membres du Conseil Législatif ont plutôt soutenu la proposition¹⁶. Un banquier a suggéré que la règle proposée augmenterait le volume des prêts bancaires accordés. En ce qui concerne l'opposition en raison de l'atteinte au principe de l'autonomie de la volonté (3°), il a été soutenu que le principe de libre disponibilité des biens a une portée générale et que son exception devrait être strictement limitée. De plus, l'idée de réduire la portée de la règle proposée (4°) a été abandonnée,

¹⁴ Conseil Législatif du Ministère de la Justice (*Hôsei-Shingikai*), *document de section de réforme du droit civil (droit des obligations)*, n° 9-2, le 13 avril 2010, p. 2 et s.

¹⁵ Conseil Législatif du Ministère de la Justice (*Hôsei-Shingikai*), *Procès-verbal de la délibération*, 7^e réunion, le 13 avril 2010 et 45^e réunion, le 17 avril 2012.

¹⁶ Conseil Législatif du Ministère de la Justice (*Hôsei-Shingikai*), *Procès-verbal de la délibération*, 45^e réunion, le 17 avril 2012 et 83^e réunion, le 4 février 2014.

parce qu'il était difficile de définir son champ d'application.

Après ces discussions, les rédacteurs ont adopté la règle qui diminuera l'efficacité de la clause.

B. Les règles du *Minpô* révisé

13. L'alinéa 1^{er} du nouvel article 466 du *Minpô* est inchangé, mais l'alinéa 2 du même article déclare la validité de la cession malgré l'existence de la clause d'incessibilité : « Même si les parties ont convenu que la cession de créance est interdite ou restreinte, elle est néanmoins valable¹⁷. » Toutefois, le nouveau régime ne néglige pas totalement les intérêts du débiteur cédé : l'alinéa 3 du même article dispose qu'il peut légitimement refuser de payer au cessionnaire de mauvaise foi, et que son paiement effectué entre les mains du cédant est libératoire.

Nous comparerons le nouveau régime avec l'ancien, en utilisant un exemple simple. Supposons que *A* ait une créance contre *B* ; la clause d'incessibilité y soit attachée ; d'abord, *A* cède cette créance à *C*, qui ait connaissance sur la clause ; ensuite, *A* cède la même créance doublement à *D*, qui soit de bonne foi. Sous l'empire de la règle actuelle, la première cession à *C* est nulle *erga omnes* et c'est *D* qui peut exiger le paiement à *B*. Après la réforme, par contre, la cession à *C* sera tout de même valable et il l'emportera sur *D* (*D* ne pourra pas obtenir la créance). Toutefois, *B* pourra opposer la clause à *C* et payer à *A* ; dans ce cas, *C* devra recouvrer de *A* les fonds reçus.

Il est évident que le nouveau régime sera plus favorable au cédant (*A*) et au cessionnaire (*C*). L'intérêt du débiteur cédé (*B*) sera quelque peu compromis, mais il sera toujours protégé dans la mesure où il pourra refuser de payer au cessionnaire de mauvaise foi et régler entre les mains de son créancier originaire.

14. Il reste à voir si la réforme réussira à faciliter le financement sur la cession de créance à titre de garantie. Sous le nouveau régime, cette sûreté n'est pas sans risques pour le cessionnaire de mauvaise foi, dès lors que le cédant peut faire faillite après avoir reçu le paiement du débiteur

¹⁷ Il convient de noter que la cession de compte bancaire aux tiers de mauvaise foi est toujours nulle (art. 466-5).

cédé. Le législateur vise à pallier cet inconvénient en utilisant la consignation : le nouvel article 466-3 du *Minpô* dispose que, dans le cas de la liquidation judiciaire du cédant, le cessionnaire d'une créance à laquelle la clause d'incessibilité est attachée peut forcer le débiteur cédé à consigner les fonds au Bureau des Affaires Juridiques (*Hômukyoku*). Ce faisant, l'argent que le débiteur a versé sera séparé du patrimoine du cédant et le cessionnaire sera mis à l'abri de la faillite de celui-ci. Cependant, cette règle n'est pas applicable en cas de redressement judiciaire du cédant. Même en vertu du Code révisé, donc, la clause d'incessibilité pourrait demeurer dangereuse pour le cessionnaire.

15. Par ailleurs, il y aura un autre problème qui pourrait empêcher les progrès de la cession de créance à titre de garantie : si la cession est efficace malgré la clause d'incessibilité, le cédant peut quand même assumer la responsabilité contractuelle à l'égard du débiteur cédé, parce que la clause n'est pas réputée nulle. Puisque la violation d'une telle clause ne causerait aucun préjudice au débiteur cédé, il semble que les dommages-intérêts seraient hors de question, mais les sanctions telles que la résiliation du contrat à exécution successive entre le cédant et le débiteur cédé seraient possibles. On peut alors se demander si le créancier se risquerait à rompre sa promesse.

Conclusion

16. Au Japon, comme nous l'avons vu, la récente réforme a modifié la disposition du *Minpô* concernant la clause d'incessibilité en réduisant son efficacité. En revanche, le Code civil français n'avait aucune disposition à ce sujet depuis 1804, mais la réforme de 2016 a finalement ajouté l'alinéa 4 de l'article 1321, qui suppose la validité d'une telle clause. À première vue, il apparaît que les réformes dans les deux pays visent des directions opposées. Toutefois, en fait, les règles au Japon et en France ne sont pas si différentes, parce que la disposition du Code civil français a une portée limitée : l'article L. 442-6 II c) du Code de commerce [avant le 24 avril 2019] dispose que « Sont nuls les clauses... prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité... d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ». On peut penser que cette

disposition du Code de commerce est applicable au cas du « débiteur fort ». Le régime français est donc dualiste ; d'une part, le « débiteur faible (non professionnel) » est permis de se prémunir contre une éventuelle cession par la clause d'incessibilité, ce qui est admis en application du Code civil ; d'autre part, dans le cas du « débiteur fort (professionnel) », le Code de commerce favorise le financement du cédant au détriment du débiteur cédé, en annulant le *pactum de non cedendo*. Si le but de la réforme au Japon s'avère inachevé, on pourra se modeler sur le régime français en adoptant la loi spéciale qui favoriserait davantage la cession de créance.

The Assignability of Claims in Japanese Law

Dai Shiraishi

Until recently, Japanese banks relied heavily on mortgage as collateral. However, since the bursting of the “real estate bubble” in the 1990s, they have been faced with limited availability of this type of surety. It is in this context that movable property is drawing their attention. In fact, the values of the accounts receivable that Japanese companies possess exceed those of the land. Now, Japanese banks begin to use the assignment of claims as surety so as not to depend too much on mortgage.

However, Japanese Civil Code had a provision which validates the non-assignment clause (*pactum de non cedendo*): the assignment of claims against such a clause was deemed to be void as long as the assignee knew its existence. This rule was regarded as a serious obstacle to the aforementioned surety, and the reform of law of obligations in 2017 aims to mitigate the severity of *pactum de non cedendo*: under the new rule, the assignment of claims against the non-assignment clause is nevertheless effective. On the other hand, the new rule does not entirely neglect the interests of the assigned debtor: if the assignee is aware of the clause, the assigned debtor may legitimately pay to the assignor, not to the assignee.

It remains to be seen whether this reform will actually facilitate the progress of the assignment of claims as surety. Even under the new rule, this surety is not without risk for the assignee in case of the assignor’s bankruptcy. In addition, if the assignment is valid in spite of the non-assignment clause, the assignor may still assume liability to the assigned debtor. It might have been better to distinguish between “the strong debtor (professional)” and “the weak debtor (non-professional)” and to establish different rules for each of them, as the French law did so until April 2019.