

UNIDROIT 1999
Study L – Doc. 62
(French only)

U N I D R O I T

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

WORKING GROUP FOR THE PREPARATION OF
PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

SET-OFF

(Position paper prepared by Professor C. Jauffret-Spinosi)

Rome, February 1999

LA COMPENSATION

Le développement des échanges commerciaux internationaux crée un ensemble de rapports obligatoires réciproques. Une personne peut fort souvent avoir la double qualité de créancière et de débitrice d'une autre personne. Doit-on considérer la créance et la dette de manière indépendante, chaque débiteur devant exécuter séparément son obligation indépendamment de l'existence de la créance que peut avoir aussi chacun des débiteurs, ou bien peut-on imaginer un lien entre les deux obligations en raison de leur réciprocité?

D'une manière générale, les différents systèmes de droit reconnaissent l'institution de la compensation, qui permet de lier les dettes et les créances réciproques et d'éviter un double paiement. Mais la conception de la compensation et son domaine peuvent être fort différents selon les systèmes.

Il semble qu'il y ait trois justifications principales à la reconnaissance de la compensation qui ont servi de fondement dans les différents systèmes de droit:

On peut avoir une appréhension pratique concrète et ne voir dans la compensation qu'une simple technique de simplification des relations entre créancier et débiteur. La compensation évitera un double transfert de fonds. La compensation peut alors intervenir de plein droit. Il suffit qu'il y ait une dette et une créance réciproque remplissant des conditions strictes pour que la compensation naisse.

Il peut paraître aussi injuste, inéquitable que celui qui doit une somme d'argent puisse en refuser l'exécution (qu'il puisse ou non assumer l'exécution de son obligation) tout en contraignant son propre débiteur à exécuter l'obligation qui lui incombe. L'un serait payé, l'autre pas. Il appartiendrait alors au juge de constater l'existence de la rupture de l'équité.

Enfin, la reconnaissance d'un lien réciproque permettant à un débiteur d'opposer sa propre créance à l'égard de son créancier conduit à lui donner une situation différente de celle des autres créanciers de son débiteur. Il sera dans une meilleure situation puisqu'il sera payé de sa dette par la compensation. La compensation est une garantie au bénéfice de celui qui est tout à la fois créancier et débiteur. Mais le débiteur est alors libre d'opposer la compensation. Il doit alors en aviser l'autre partie.

Ces différentes conceptions retenues dans les systèmes de droit conduisent à distinguer: compensation de plein droit, compensation judiciaire, compensation volontaire.

L'histoire et le droit comparé illustrent les différentes analyses adoptées dans les différents systèmes de droit : compensation judiciaire du droit romain, que l'on retrouve dans les pays de common law, c'est le triomphe de la notion d'équité. Compensation de plein droit du droit français (ayant servi de modèle au droit italien, au droit espagnol, aux droits d'Amérique latine) concrétisant la volonté d'éviter un double

paiement et de simplifier l'extinction des obligations. Enfin compensation par déclaration unilatérale de volonté de l'une des parties, c'est la conception allemande (imitée par la Suisse et la Hollande), qui fait de la compensation une garantie dont peut jouer celui qui l'oppose.

I) Les différentes conceptions de la compensation donnent de cette institution une approche assez différente

Il semble donc qu'avant de tenter de déterminer quels pourraient être les principes de la compensation, il convient de rappeler les différentes justifications de cette institution.

Dans le droit romain, il faut rappeler que la compensation n'est apparue que très graduellement. Elle n'a tout d'abord été que conventionnelle. Il fallait prévoir dans les contrats conclus entre personnes en relations d'affaire la volonté des parties de pouvoir ainsi éteindre leurs obligations respectives.

Lorsque à Rome s'est développée la procédure formulaire, il a été possible d'insérer dans la formule des exceptions, ce qui pouvait permettre au juge de compenser les créances réciproques de deux plaideurs. Il ne s'agissait pas d'une notion générale, l'exception de compensation n'existait que dans des cas précis et son application était différente. Parfois il fallait que les deux obligations soit nées du même rapport obligatoire, parfois cela n'était pas nécessaire. Il s'agissait en outre d'une exception en justice, le juge n'était jamais obligé de compenser la créance et la dette.

L'évolution du droit romain, avec l'apparition de la procédure extraordinaire, a conduit à un développement de la compensation comme une institution unitaire et la compensation pouvait jouer même si les dettes ne provenaient pas de la même obligation, si elles n'étaient pas « ex eadem causa ».

Sous Justinien, il sera dit que la compensation intervient « ipso jure » ce qui semble-t-il voulait signifier que le demandeur peut toujours demander le paiement de sa créance pour tout ce qui demeure dû après qu'ait été effectuée la compensation. Il ne semble pas que Justinien ait voulu dire que la compensation s'opérait de plein droit. Il apparaîtra d'ailleurs qu'elle pouvait être conventionnelle.

Le droit romain avait donc créé une compensation judiciaire. C'était une exception que le défendeur pouvait opposer à son créancier. Il appartenait au juge de décider si les deux obligations remplissaient les conditions qui pouvaient lui permettre de décider que la compensation devait avoir lieu. Le juge devait décider ou non de l'application de la compensation.

La compensation judiciaire est reconnue aujourd'hui dans les pays de common law. Il n'est pas surprenant que les anglais aient eu une conception judiciaire de la compensation. A Rome comme en Angleterre c'est par la procédure que sont apparues et que se sont développées les institutions. En Angleterre, la compensation est donc selon les meilleurs auteurs une technique purement procédurale. Il appartient au juge de décider ou non si les dettes doivent être compensées. Et c'est d'une procédure d'*equity*

dont il s'agit. En fait au début du XVIII^e siècle deux lois furent votées relativement à la faillite (*Insolvent Debtors Act - 1729* et *Debtors Relief Amendment Act - 1735*) qui ont prévu la possibilité que "one debt must be set against the other". C'est essentiellement en application de ces deux lois que le Chancelier a développé dans sa juridiction un ensemble de règles, "equitable set off", qui pouvait s'appliquer dans un grand nombre d'affaires.

En common law, il s'agit bien d'une compensation judiciaire même si le juge peut et il le fait presque toujours, rechercher s'il n'y a pas eu un accord entre les parties prévoyant de compenser leurs dettes et leurs créances réciproques. Mais, dans le principe, la compensation et une exception procédurale, qui ne naît qu'en justice, même si peut être des conditions sont requises pour que le juge puisse accorder la compensation. Mais c'est en définitive au juge de décider s'il est juste et équitable qu'un défendeur oppose sa propre créance au demandeur si cette opposition est recevable. Puisque c'est le juge qui décidera de l'existence ou non de la compensation, si celle-ci est admise ses effets partiront du jour du jugement, il n'y a pas normalement rétroactivité.

La doctrine moderne estime qu'il y aurait en droit anglais un glissement de la compensation judiciaire vers une application de la conception matérielle.

Le droit allemand a élaboré une théorie originale de la compensation. La compensation en Allemagne est essentiellement un acte volontaire laissé à la liberté de celui qui peut en bénéficier. C'est en réalité une forme de garantie que peut ou non exercer, selon son propre intérêt, celui à qui on demande de payer une somme d'argent, alors qu'il est aussi créancier de son créancier.

Toutes les règles du BGB relatives à la compensation témoignent du caractère de garantie de cette institution.

La grande caractéristique du droit allemand est que lorsque les conditions requises sont réunies, celui qui demande le paiement ou celui auquel est demandé ce paiement vont pouvoir unilatéralement déclarer que leur dette doit être éteinte par compensation. Cette déclaration est extra judiciaire et aucun formalisme n'est imposé. Aucune des parties n'est obligée de le faire. C'est en fonction de leur propre intérêt qu'elles déclareront ou non la compensation, elles peuvent décider de le faire plus tard, pour une autre dette, ou de ne pas le faire pour quelque raison. Il y a cependant quelques exceptions où la loi exclut la liberté de déclarer ou non la compensation (si une personne est devenue débitrice à la suite d'un délit prémédité, si l'une des créances est insaisissable). Mais la liberté contractuelle permet aux parties de déclarer dans un acte que la compensation sera automatique dès la naissance de la seconde obligation réciproque; cette déclaration pourra être remise en cause en cas de faillite.

Cette déclaration unilatérale rejaillit évidemment sur la nature de la compensation et sur ses effets. Il faut reconnaître que l'existence de cette déclaration unilatérale, très satisfaisante car elle informe l'autre partie de la volonté de compenser, en pratique peut soulever quelques difficultés.

Il faut tout d'abord constater que puisqu'il faut une déclaration, il ne peut y avoir compensation dans le patrimoine d'un mineur de manière automatique, il faut que le tuteur intervienne et fasse, au nom du mineur, selon les règles de la tutelle, une déclaration. Comme cette déclaration est un acte unilatéral, le principe est que cette déclaration ne peut être ni limitée ni conditionnelle. Le moment de la déclaration est laissé à la liberté de celui qui décide de l'opposer; soit avant tout procès, soit dans l'assignation, dans des conclusions, soit pendant le procès. Le débiteur peut ne pas opposer la compensation, voulant tout d'abord démontrer l'inexistence de la créance de celui qui l'a assigné en justice, puis selon l'évolution du procès il peut préférer déclarer la compensation. La déclaration de compensation peut aussi faire état de la dette que l'on désire éteindre si le créancier poursuivant a plusieurs dettes à l'égard du débiteur assigné.

Le droit français, bien que fortement influencé par le droit romain, n'a pas consacré le principe d'une compensation judiciaire. Le code civil a consacré une compensation jouant « de plein droit ». C'est essentiellement un procédé de paiement. La compensation dépend de la seule autorité de loi qui a fait de la compensation (articles 1289 à 1299) un double paiement automatique et forcé. Mais il existe aussi, à côté de la compensation légale, une compensation judiciaire et une compensation conventionnelle.

En France, la compensation est une cause d'extinction des obligations (comme le paiement dont elle se rapproche beaucoup, bien qu'elle soit différente) et c'est un mécanisme en principe automatique: dès que deux obligations réciproques coexistent avec les qualités légales requises, dès la naissance de la deuxième obligation, elles s'éteignent à concurrence de la plus faible. L'extinction est automatique, par la seule force de la loi, en dehors de toute intervention des créanciers-débiteurs. Une telle conception entend éviter toute appréciation du juge.

Mais cet effet automatique doit être nuancé, car la compensation n'est pas d'ordre public. C'est-à-dire que celui qui pourrait l'opposer peut ne pas s'en prévaloir, et l'exception de compensation ne peut pas être invoquée d'office par le juge. Il faut que le débiteur poursuivi déclare vouloir s'en prévaloir. L'offre de compenser vaut l'offre de payer. Par là le débiteur poursuivi reconnaît sa dette, il ne pourra plus ensuite se rétracter. Il faut donc distinguer la volonté de se prévaloir de la compensation - qui est donc un acte volontaire, du jeu même de la compensation, qui lui est automatique. Cette distinction n'a pas d'incidence pour le débiteur poursuivi, en revanche elle aurait des effets pour les tiers, qui ne pourront normalement pas s'opposer aux effets d'une compensation demandée mais en revanche ils pourront demander le jeu de la compensation à la place de leur débiteur si celui-ci ne l'a pas fait; ils ont donc un pouvoir de déclencher - au nom de leur débiteur, l'exception de compensation.

Certain auteurs (Mendegris) ont pu dire que la compensation en droit français avait donc un caractère volontaire, ce qui n'est pas tout à fait exact car le principe demeure la compensation de plein droit. Mais elle ne jouera pas si celui qui peut en bénéficier refuse de l'utiliser ou fait des actes inconciliables avec le jeu normal de la compensation, ainsi s'il paie en connaissance de cause sa dette. En fait la volonté de se prévaloir de la compensation n'a pas besoin d'être explicite elle peut être tacite, et il faut faire une distinction entre le fonctionnement automatique de la compensation et son déclenchement volontaire.

En raison de l'adoption d'une compensation de plein droit, des conditions strictes sont imposées, pour que les dettes soient compensables.

Mais il faut remarquer que si les conditions légales sont imposées pour que automatiquement s'éteignent les deux obligations, si ces conditions ne sont pas réunies, la volonté des parties peut néanmoins faire jouer la compensation par la compensation conventionnelle, et de même, il est possible au juge d'estimer que même si les conditions légales ne sont pas réunies, la compensation pourra être opposée par le débiteur aussi créancier. C'est la solution en cas de faillite, lorsque les dettes sont connexes. Le juge en permettant le jeu de la compensation permet à un créancier d'être payé par préférence aux autres créanciers du débiteur. La compensation apparaît donc bien aussi comme une garantie.

Les différentes conceptions de la compensation démontrent la richesse de l'institution mais aussi sa complexité.

Dans le cadre de ce rapport, destiné à proposer quelques règles relatives à la compensation qui pourraient être adoptées pour les contrats internationaux, il faudra se rallier à l'une des trois conceptions. Mais on va s'apercevoir qu'en réalité aucun pays n'a adopté une conception pure et que chaque conception, en pratique, n'est pas très éloignée des autres. Certaines règles semblent relever des autres conceptions. On a pu soutenir que la conception judiciaire peut n'être au fond qu'une compensation légale rendue possible par l'intervention du juge (qui pourra déclarer satisfaites les conditions qui pourraient ne pas l'être, ce qui interdisait la reconnaissance d'une compensation légale) et il peut aussi être prétendu que la conception allemande faisant de la compensation une garantie n'est pas non plus étrangère au système français. Il est certain que la compensation en France sert de même de garantie et la nécessité en France de se prévaloir de la compensation diminue le caractère d'automaticité de la compensation et la rend d'une certaine manière volontaire.

On peut donc hésiter sur le fondement de la compensation.

Mais il semble difficile de vouloir se rallier à une pure conception judiciaire, telle que reçue dans les pays de common law car il s'agit alors de règles procédurales qui ne peuvent relever des principes relatifs aux contrats.

Retenir la conception judiciaire reviendrait à intégrer la compensation dans des règles nationales de procédure. La compensation ne devrait donc pas pouvoir faire l'objet de règles pour les contrats internationaux. Chaque pays est en effet maître de sa procédure, de la recevabilité des demandes, des exceptions à ces demandes. Les règles procédurales sont propres à chaque juridiction nationale.

C'est donc semble-t-il vers l'une des conceptions des pays de civil law qu'il faudrait se rallier.

Mais cependant il faudra constater que le rôle du juge, quelles que soient les règles qui pourront être retenues, sera certainement très important, même si ces règles pourront justement être choisies pour éviter le plus possible des contestations qui seront

fatalement soumises à un juge. Il y aura donc souvent un aspect judiciaire à la compensation mais les pouvoirs du juge seront plus ou moins étendus, selon la conception retenue.

II) Si l'on écarte la conception purement procédurale de la compensation et que l'on se rallie aux conceptions des pays de civil law, qui font de la compensation une institution de droit substantiel, on peut hésiter sur la conception légale ou la conception volontaire.

De prime abord, la différence apparaît assez importante.

On peut illustrer la conception légale de la compensation par le droit français. L'article 1290 du code civil dispose :

« La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instance où elles se trouvent exister à la fois jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ».

A la lecture de ce texte il semblerait que les deux parties n'aient aucune initiative que la compensation se réalise en dehors d'elle, les deux dettes s'éteignant « à l'insu des acteurs de la compensation ».

Un grand nombre d'effets découlent de cette automaticité. Des règles, essentiellement relatives au droit des tiers, sont justifiées par le caractère automatique de la compensation. De même, un mineur peut opposer la compensation puisqu'elle joue de plein droit.

Mais il faut très vite nuancer ce principe de la compensation de plein droit, par une autre règle beaucoup plus générale (qui ne provient donc pas des règles de la compensation) : le principe selon lequel une situation légale ne peut être mise en oeuvre qu'après avoir été invoquée par une partie. Cela joue pour tous les droits que la loi reconnaît en dehors de l'intervention des parties. Ainsi la péremption d'instance de deux ans ne peut jouer que si on l'invoque, de même encore la prescription ne peut être relevée d'office par le juge.

C'est la même règle générale qui s'applique pour la compensation, le juge ne peut la soulever d'office; le débiteur, s'il est poursuivi en justice pour paiement de sa dette, devra obligatoirement payer s'il ne soulève pas l'exception de compensation. Il y aura renonciation au bénéfice de la compensation.

Mais une fois cette exception soulevée, démontrant la volonté du débiteur poursuivi de ne pas effectuer un paiement mais de vouloir compenser sa dette, le caractère automatique apparaît pleinement, le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation de la compensation, il n'aura qu'à constater que les conditions légales sont réunies, et dans ce cas il devra appliquer la compensation.

On voit bien la différence entre le déclenchement de la compensation, qui demande que celle-ci soit invoquée et l'automaticité de la compensation, une fois qu'elle est déclenchée.

Certains auteurs (Mendegrès) ont pu affirmer qu'en raison de la nécessité d'invoquer la compensation, celle-ci aurait un caractère volontaire. Cela n'est ni tout à fait exact ni tout à fait inexact. Il s'agit seulement pour l'une des parties de faire connaître qu'elle entend se prévaloir d'un droit que la loi lui reconnaît.

En fait, il semble que le caractère automatique de la compensation ait des effets essentiellement à l'égard des droits des tiers.

Le droit allemand confère à la compensation un caractère volontaire. Contrairement au droit français, ce n'est pas en application d'un principe général: demander l'application d'un droit reconnu par la loi qui fonde le caractère volontaire.

Il semble que le droit allemand en raison du rôle de garantie reconnu à la compensation ait voulu permettre de manière expresse à celui qui peut en bénéficier de l'opposer ou non.

L'article 388 du BGB impose donc une déclaration de compensation nécessaire à la naissance de la compensation « la compensation s'accomplit par la déclaration ».

Dans les textes la différence apparaît grande entre le droit allemand et le droit français. Et dans le principe cela est exact, mais dans le principe seulement, puisque le débiteur français devra invoquer la compensation.

La déclaration volontaire a l'avantage d'informer l'autre partie de l'intention de son débiteur créancier d'opposer la compensation, mais il ne peut être dénié que l'obligation de déclaration de compensation imposée par la loi allemande d'une certaine manière peut compliquer le jeu de l'institution.

Car il peut y avoir une déclaration extrajudiciaire - et selon le BGB dès l'énoncé de cette déclaration, la compensation a pris naissance et puis postérieurement il peut y avoir une déclaration en justice. On peut donc faire une différence entre la déclaration matérielle et la déclaration procédurale. Cela a posé en Allemagne des problèmes qui aujourd'hui sont résolus mais qui proviennent de l'exigence de la déclaration matérielle.

L'exigence de la déclaration volontaire pourrait être source de complexité.

On peut donc hésiter sur l'exigence pour les principes d'UNIDROIT de la déclaration de compensation volontaire.

Il s'agit semble-t-il plus d'une question de conception et de justification de la compensation que de résultat concret.

Mais cependant si, sur la plan international, on envisage la compensation comme une technique pour éviter un double paiement, plus que comme une garantie, il semble que l'absence de déclaration volontaire pourrait être souhaitable afin que le débiteur ignorant de cette exigence ne soit pas pénalisé. Pourquoi exiger le plus souvent deux déclarations.

Car si les deux parties sont d'accord pour reconnaître l'existence de la compensation, à quoi sert l'existence d'une déclaration volontaire, comme dans le droit allemand. Qu'il y ait ou non déclaration expresse la compensation aura évidemment été invoquée ou reconnue tacitement et alors il n'est nul besoin que la loi exige une déclaration entre parties.

Et s'il y a contestation, les parties se retrouveront devant un juge et c'est à ce moment-là que le débiteur qui veut opposer la compensation pour refuser le paiement qui lui est demandé invoquera la compensation. Il faudra toujours une déclaration – appelons-la procédurale - en justice. Si lors du procès le débiteur actionné ne soulève pas la compensation, il n'y aura pas lieu à compensation (que la compensation ne soit pas née, en l'absence d'une déclaration ou que le débiteur ait renoncé à un droit que lui reconnaissait la loi).

Au fond il s'agit seulement d'une réflexion différente qui entraîne un vocabulaire différent.

S'il n'y a pas lieu à déclaration expresse (compensation légale), mais que la compensation ne peut jouer que si elle est invoquée, la compensation ne jouera pas réellement « de plein droit » elle ne naîtra pas et n'aura pas d'effet entre les parties, le débiteur paiera son créancier.

Dans la compensation légale, lorsque le débiteur invoque la compensation, cela entraîne la reconnaissance de l'application de plein droit de la compensation, avec effet rétroactif, ce qui est parfaitement logique. Puisque la compensation se réalise de plein droit au moment de la naissance de la seconde dette, l'effet est évidemment rétroactif. En invoquant (et non en déclarant) la compensation, le débiteur ne fait que se prévaloir de la loi.

Invocation ou déclaration en pratique cela change peu, mais la seule invocation dans la compensation légale conduit logiquement à la reconnaissance de la rétroactivité. De par la loi la compensation se réalise au jour de la naissance de la seconde dette.

L'exigence en Allemagne d'une déclaration volontaire informelle, revient d'une certaine manière à l'invocation, en dehors de tout procès, de la compensation. Mais c'est la déclaration exigée par la loi qui fait naître la compensation et dont il faudra pouvoir rapporter la preuve. Or en Allemagne les effets de la compensation sont rétroactifs. La conception volontaire n'est pas pure. Les effets prendront date (par exemple arrêt des intérêts) au jour de la naissance de la seconde dette. On voit ici une influence de la conception légale. Selon une véritable conception de la compensation volontaire, les effets devraient se réaliser par la déclaration volontaire.

De plus si les parties vont en justice, il faudra une autre déclaration procédurale, puisque le juge ne peut être saisi que les prétentions des parties telles qu'exprimées dans leurs conclusions. Il y a donc évidemment une exigence d'une déclaration procédurale - qui devra respecter les règles de procédure.

Il semble que l'absence de déclaration formelle soit moins contraignante et permette d'éviter les risques de difficultés pouvant provenir de l'existence d'une déclaration extrajudiciaire et d'une déclaration judiciaire, mais l'exigence d'une déclaration permet une information de la volonté de compenser.

Cependant, en raison de l'inexistence de l'exigence d'une déclaration volontaire dans un grand nombre de pays (ceux rattachés au modèle français et les pays de common law), il ne serait peut-être pas souhaitable d'exiger une déclaration volontaire imposée à celui qui veut bénéficier de la compensation. Il suffit que l'exception de compensation soit invoquée. S'il y a contestation il y aura évidemment lieu à une déclaration procédurale.

III)- Rétroactivité des effets de la compensation ou non-rétroactivité

Il semble que la rétroactivité ou la non-rétroactivité doit logiquement être dépendante de la solution retenue relativement à la naissance de la compensation. Il semble en effet logique que les effets d'une institution se réalisent lorsque cette institution prend naissance.

Dès lors, dans la compensation de plein droit les effets devraient se réaliser dès la naissance de la seconde dette, dans la compensation volontaire, dès le jour de la déclaration de compensation, et dans la compensation judiciaire, au jour du jugement.

Certes, tout peut être admis et il est possible de prévoir un décalage dans le temps entre la naissance de l'institution et ses effets, ceux-ci pouvant être antérieurs par rétroactivité ou postérieurs. Mais il est certain que la cohérence d'une institution est souhaitable.

Si donc l'on admet que la compensation n'a pas besoin d'être déclarée et que la seule invocation n'est que la reconnaissance d'un droit préexistant, de par la loi, les effets de la compensation doivent être rétroactifs. Ils doivent jouer dès la naissance de la seconde dette, puisque c'est ce jour que, selon la loi, naît la compensation.

Si l'on adopte la compensation volontaire, les effets devraient courir à partir du jour de la déclaration volontaire, puisque c'est ce jour que naît la compensation. Mais n'y a-t-il pas un risque de difficultés sur la date du point de départ des effets si la déclaration est informelle ?

Si l'on adopte la compensation judiciaire c'est au jour du jugement que doivent se réaliser les effets.

Puisqu'il semble souhaitable de proposer la compensation légale, il faut également proposer l'effet rétroactif. C'est au jour de la naissance de la seconde dette que se réaliseront les effets de la compensation. Si les deux dettes sont certaines et liquides (c'est l'une des conditions qui est nécessairement retenue dans une telle conception de la compensation) cette date ne posera pas de problème. La date de la déclaration volontaire informelle peut semble-t-il soulever plus de difficultés.

Mais alors, et le problème est aussi très important, quand la compensation doit-elle jouer ? Quand deux dettes seront-elles compensables ?

IV) Domaine de la compensation

En relisant le compte rendu de la discussion que nous avons eue à Rome en Mars 1998, c'est le domaine de la compensation qui m'a paru poser le plus d'étonnement et d'interrogation, particulièrement par les représentants des systèmes de la common law.

Le domaine de la compensation peut être plus ou moins vaste, selon que l'on exigera ou non des conditions très précises et très strictes pour que les dettes soient compensables. Et il faut bien savoir que plus le domaine de la compensation sera limitée, plus les difficultés seront grandes pour savoir si la compensation peut s'appliquer et plus alors il y aura lieu à recourir au juge.

S'agissant de règles relatives aux contrats commerciaux internationaux on pourrait penser limiter la compensation aux dettes et aux créances nées entre commerçants liés par des relations d'affaires. Etant régulièrement débiteur et créancier entre eux, pourquoi imposer des paiements ponctuels ? En réalité la compensation est très peu utilisée entre commerçants qui sont en relations d'affaires. D'autres techniques financières, contractuelles, destinées à permettre l'extinction des obligations qui existent entre les parties sont employées, telles que le compte courant ou le compte-crédit. Dans ce cas, même si cela n'est pas dit expressément, les parties excluent la possibilité d'opposer la compensation pour les dettes nées de leurs relations d'affaires, mais cette exclusion ne joue que pour de telles dettes.

Faut-il limiter la compensation - comme semble le penser certains auteurs anglais - aux créances et aux dettes nées d'un même contrat ? Pourquoi pas ? Ce serait évidemment une conception plus limitée de la compensation.

L'idée de ne compenser que des dettes provenant d'un même contrat se comprend dans la conception procédurale de la compensation. Le juge est lié par les prétentions des parties et il ne peut connaître que de ce qui est en litige. Il paraît donc logique que si c'est le juge qui doit décider de l'existence de la compensation, il ne puisse le faire qu'en fonction de ce qui est dans le litige.

On peut remarquer qu'en matière d'arbitrage, seule la compensation de dettes émanant du contrat soumis à l'appréciation des arbitres peut être retenue par la sentence arbitrale.

L'idée d'un lien entre les dettes compensables existe aussi dans les pays de civil law qui connaissent la compensation des dettes connexes, mais on se trouve alors le plus souvent dans le cas d'une compensation judiciaire.

L'exigence que les dettes émanent d'un même contrat ou qu'elles soient connexes semble donc se rattacher à la conception judiciaire de la compensation. Si l'on entend se référer plutôt à une conception de civil law, il semble qu'il ne faille pas exiger

qu'elles proviennent d'une même convention ou qu'elles soient connexes, car la connexité n'est pas une notion simple pas plus que la délimitation "d'un même contrat". L'appartenance d'une convention à un groupe de contrats rend la qualification parfois fort mal aisée, comme en témoigne la jurisprudence anglaise.

Faut-il limiter la compensation aux dettes et aux créances provenant de contrats ? Limiter donc la compensation aux dettes et créances nées dans le champ contractuel ? On ne pourrait alors compenser une dette née de l'inexécution d'un contrat - par exemple le non-paiement du prix par l'acheteur de la chose achetée et une indemnité d'indemnisation due par l'acquéreur au vendeur. On retrouve ici les difficultés de qualification. Il n'est pas toujours simple de savoir si l'on est bien en présence d'un contrat ou d'un quasi contrat, ou en présence d'un quasi délit. Le domaine du contrat n'est pas toujours simple à déterminer. Il sera alors possible, si on limite la compensation entre dettes nées de contrats, de prétendre que la dette que l'on veut compenser n'est pas de nature contractuelle. Il faudra alors encore l'intervention du juge et celui-ci devra qualifier la situation de fait. Il ne semble pas qu'il faille donc limiter la compensation au seul domaine contractuel.

V) Conditions de la compensation

On est donc tenté de retenir des critères simples et précis pour que des dettes et des créances puissent être compensées.

C'est une question de choix; ou bien, et c'est une des conséquences de la compensation légale, le juge ne peut avoir de pouvoir sur la décision de compensation. Il ne peut que constater que les conditions requises sont ou non réunies. Ou bien le juge apprécie si la compensation doit être appliquée en fonction des éléments du litige. C'est alors plus une décision d'équité que d'application de strictes conditions légales, on passe de la conception légale à la conception judiciaire.

Néanmoins tous les systèmes posent des conditions - plus ou moins strictes - à l'application de la compensation.

a) Réciprocité

Les deux parties à la compensation doivent toutes deux être débitrices l'une de l'autre. Les difficultés peuvent provenir lorsque un tiers peut s'immiscer dans les relations commerciales, qui sont à l'origine des deux dettes. Or pour que la compensation puisse jouer il faut nécessairement qu'un débiteur soit également créancier de l'autre partie et seulement de cette autre partie. Des problèmes peuvent surgir lorsque l'un des débiteurs est une personne morale ou un associé d'une personne morale. En raison du principe de l'autonomie de la personne morale, l'associé d'une société qui serait débiteur d'un autre personne morale ne pourrait pas compenser la dette qu'il a en tant qu'associé avec une créance que la personne morale aurait avec la société dont il est associé. Il faut absolument que ce soit la personne débitrice qui soit aussi créancier de celui qui oppose la compensation. Une société mère ne peut pas opposer à l'un de ses créanciers la créance qu'aurait à l'égard de ce créancier l'une de ses filiales

et ce, même si la société mère garantit les dettes de la filiale. L'écran de la personne morale interdit la compensation. Les dettes ne sont pas réciproques.

Des difficultés peuvent survenir en cas de cession de créances; la réciprocité n'existant pas à l'origine.

Les solutions ne sont pas identiques dans les différents systèmes.

Un créancier demande paiement à l'un de ses débiteurs, et celui-ci (qui à l'origine n'était pas créancier) oppose la compensation en invoquant une créance dont il est devenu cessionnaire. Ceci ne sera valable que si la cession est bien opposable à ce créancier.

Ainsi, en France il faudra qu'aient été respectées les formalités requises (signification au débiteur cédé de la créance). Mais en raison de l'effet légal de la compensation, il n'est nul besoin que le débiteur ait autorisé la cession, il suffit qu'il en ait été avisé. Il n'en est pas de même en Allemagne où la déclaration de compensation est volontaire et fait naître la compensation. Il faut alors, en cas de cession de la créance, l'accord des trois parties, le cédant, le cessionnaire et le débiteur cédé.

b) La fongibilité des deux dettes

Des choses fongibles sont des choses de telle nature qu'elles puissent se remplacer l'une par l'autre sans qu'aucun intérêt soit lésé. Il semble que l'exigence que les dettes compensables soient de même nature est requise. Puisque la compensation évite un double paiement, tout doit se passer comme si les deux paiements avaient eu lieu. Il semble donc que cette condition soit essentielle à l'idée même de la compensation, si cette institution est bien un mode d'extinction des obligations.

Réciprocité et fongibilité font partie de la définition même de la compensation.

La compensation doit avoir lieu entre dettes qui ont pour objet des sommes d'argent. C'est de loin le cas le plus fréquent en pratique. Il semble que les pays de common law limitent la compensation aux dettes d'argent. Peut-être pourrait-on donc dans les principes d'UNIDROIT permettre la compensation seulement pour les dettes d'argent.

Les seules difficultés paraissent naître lorsque les dettes sont payables en devises étrangères. D'une manière générale les différents systèmes paraissent assez réticents à qualifier de dettes fongibles des dettes dont la monnaie n'est pas convertible, mais même aussi lorsque la monnaie est convertible. Il est certain que dans les rapports internationaux des dettes payables dans des lieux différents doivent se faire dans des devises différentes. Cependant la compensation paraît souhaitable et ne pas présenter de très grande difficulté si les deux monnaies sont convertibles.

Si l'on veut envisager un domaine plus large de la compensation, la compensation pourrait jouer lorsque les deux prestations compensables correspondent à des prestations en denrée dont le prix est incontestable car fixé par une mercuriale.

Il pourrait être proposé que pour que les dettes soient compensables les deux dettes aient pour objet une somme d'argent.

c) Le caractère liquide des deux dettes

Un dette est liquide lorsqu'elle est certaine et son montant déterminé.

Le caractère certain de la dette est capital. Il faut éviter le plus possible que l'une des parties à la compensation puisse discuter sa propre dette. Car en pratique les plus graves difficultés qui peuvent conduire en justice proviennent de l'affirmation par l'une des parties qu'elle n'est pas débitrice de l'autre ou que la dette n'est pas du montant invoqué.

Il est certain que si aucune contestation ne peut être formulée sur l'existence de la dette et sur son montant, la technique de la compensation sera facilitée.

Faudrait-il alors prévoir des règles de preuve aptes à assurer la certitude des deux dettes compensables ? Il ne semble pas, que d'une manière générale cela soit prévu dans les différents systèmes de droit. L'existence de la dette, son caractère certain semblent laissés aux règles de preuve ordinaire.

Mais peut-être pourrait-on imaginer un certain formalisme permettant de s'assurer de la réalité de la dette et de son montant. Evidemment si une dette est reconnue par une décision de justice, son caractère certain ne devrait pas être mis en doute. Il pourrait en être de même pour les actes authentiques. Mais en matière commerciale il est certain qu'un formalisme strict ne pourrait être reçu. Néanmoins, peut-être faudrait-il s'assurer qu'un document écrit contienne de manière formelle la dette.

Il semble qu'un écrit devrait constater l'existence d'une dette compensable.

En dehors de la certitude des dettes, faut-il que le montant des deux dettes soit déterminé dans son montant ?

La réponse est affirmative dans certain pays qui connaissent la compensation légale, comme en France. En effet à partir du moment où les effets de la compensation se réalisent dès la naissance de la seconde obligation, il faut évidemment que l'on sache exactement quel est le montant des deux dettes. Il ne peut y avoir d'appréciation possible. Il s'agit de deux sommes d'argent (en cas rarissime de compensation de chose fongible il suffit de faire un simple calcul).

Dans d'autres systèmes la liquidité des deux dettes n'est pas exigée. Il y aura lieu alors à faire fixer le montant d'une des deux dettes ou des deux dettes, et il faudra évidemment l'intervention d'un juge, - qui peut être le juge saisi de la demande principale ou un autre juge. Mais évidemment, apparaît encore ici la conception judiciaire de la compensation.

d) Le caractère exigible

Une dette est exigible lorsque le créancier peut en exiger le paiement. Il y a des dettes qui sont à terme et dont le paiement ne pourra intervenir qu'à une certaine date qui n'est pas encore survenue le jour où le créancier demande son exécution. Le débiteur peut refuser de payer car la dette n'est pas exigible avant le jour conventionnellement ou légalement prévu. En matière commerciale, il semble que seuls les délais qui ont été accordés pour le paiement puissent rendre une dette non exigible. Mais dans d'autres domaines une dette illicite comme l'est normalement un dette de jeu n'est pas non plus exigible.

La plupart des systèmes de droit requièrent que les dettes soient exigibles. Evidemment celle du demandeur principal mais également celle de celui qui oppose la compensation. Mais les parties peuvent déclarer qu'une dette non exigible pourra permettre la compensation.

Il devrait donc être prévu que la compensation ne peut jouer que quand les deux dettes sont exigibles.

Si les Principes d'UNIDROIT entendent se fonder sur la conception légale de la compensation, les dettes devraient pour pouvoir être compensées être certaines, liquides fongibles et exigibles. C'est au prix de l'existence de conditions strictes, ce qui limite le domaine d'application de la compensation, que l'on peut tenter d'éviter un recours au juge.

En revanche si l'on reconnaît un pouvoir d'appréciation des conditions au juge (et pas seulement un simple pouvoir de constater leur réunion), la compensation pourrait intervenir en présence de conditions plus souples. Il appartient alors au juge, en fonction des circonstances du litige, de décider ou non de la compensation des deux dettes. Le juge a alors un rôle beaucoup plus actif que dans un pur système de compensation légale où nécessairement des conditions strictes sont prévues par la loi.

V) En Conclusion il pourrait être proposé - si des règles relatives à la compensation devaient être adoptées dans les Principes d'UNIDROIT :

- Que la compensation soit considérée comme une institution substantielle du droit
- Que la partie qui entend bénéficier du jeu de la compensation
 - s'en prévale
 - ou
 - déclare son intention de compenser
- Que les effets de la compensation partiront du jour

de la naissance de la seconde dette
ou
du jour de la déclaration

- Que pour être compensables les dettes doivent être certaines, liquides, fongibles et exigibles.