



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP

**Office fédéral de la justice OFJ**  
Domaine de direction Droit privé  
Unité Droit civil et procédure civile

## **08.3169 Mo. Conseil national (groupe LR). Sanctionner les mauvais payeurs**

# **Rapport explicatif concernant l'avant-projet**

**Août 2010**

## Condensé

*L'art. 104 du code des obligations donne au créancier le droit de recevoir un intérêt moratoire de 5 % si le débiteur est en demeure pour le paiement d'une dette d'argent. Ce taux d'intérêt est en règle générale plus faible que celui qu'il faudrait verser pour se procurer l'équivalent de la somme due sur le marché des capitaux. Le débiteur qui a besoin de liquidités est donc incité à retarder le règlement des factures, faisant du créancier un prêteur forcé. Les chiffres relevés dans l'Union européenne montrent que les retards de paiement ont d'énormes répercussions économiques et causent un grand nombre de cas d'insolvabilité.*

*Le Conseil fédéral propose donc de relever le taux légal de l'intérêt moratoire en le portant de 5 % à 10 %, mais uniquement dans le domaine des ventes commerciales. Contrairement aux États de l'Union européenne, ce taux ne sera pas indexé sur une valeur de référence, car un taux variable implique des calculs complexes qui requièrent un logiciel idoine.*

# 1 Introduction

La crise économique a conduit à une dégradation sensible des pratiques de paiement des entreprises suisses, qui sont de moins en moins promptes à régler leurs factures ; alors qu'au premier trimestre 2008, les retards de paiement étaient de 14,8 jours en moyenne, ils atteignaient 20,1 jours dans les premiers mois de 2009<sup>1</sup>. En 2008, seules 60 % des créances ont été acquittées dans le délai prescrit. Une étude internationale a fourni d'autres chiffres-clefs pour 2008<sup>2</sup> :

Débiteur	Particuliers	Entreprises	Services publics
Délai contractuel moyen de paiement en jours	24,0 (27,0)	29,0 (31,0)	31,0 (32,0)
Délai effectif moyen de paiement en jours	35,0 (35,0)	42,0 (43,0)	47,0 (47,0)
Retard moyen de paiement en jours	11,0 (8,0)	13,0 (12,0)	16,0 (15,0)

En tardant à régler leurs impayés, les débiteurs épargnent les coûts qu'ils devraient supporter pour se procurer des liquidités. Ils se servent de leurs créanciers comme de banques, car l'intérêt moratoire fixé par la loi en Suisse pour les débiteurs en demeure, qui se monte à 5 %, est généralement inférieur à l'intérêt dû pour un découvert sur un compte courant ou au taux usuel sur le marché pour un crédit bancaire<sup>3</sup>. De nombreux débiteurs utilisent sciemment ce biais, sachant que les créanciers renoncent souvent à exiger immédiatement leurs créances pour ne pas fâcher leurs clients. Par ailleurs, ce sont surtout les grandes entreprises et les autorités qui ont tendance à payer leurs factures avec un certain retard, tandis que les PME sont plus souvent des victimes de ce phénomène.

Ayant ainsi fait involontairement crédit à leurs fournisseurs, les créanciers sont parfois obligés de se procurer des liquidités ailleurs, ce qui leur occasionne des coûts supplémentaires. Dans les cas extrêmes, un retard de paiement peut entraîner l'arrêt des activités d'une entreprise faute de liquidités. Il ne nuit pas seulement au détenteur de la créance, mais aussi aux créanciers de celui-ci (effet domino). Les conséquences du manque de solvabilité d'une entreprise sont injustement reportées sur des tiers.

Comme l'atteste le récent développement des retards de paiement, le problème est encore plus aigu en cas de crise. D'une part, le nombre d'impayés croît. D'autre part, la crise tarit les autres sources de financement tels que les lignes de crédit et les prêts bancaires que les PME utilisent en temps normal pour pallier les défauts de paiement.

Les pertes occasionnées affectent non seulement l'entreprise concernée mais l'ensemble de l'économie. La Commission européenne a déterminé que les retards de paiements étaient responsables d'*un quart des faillites* et donc de la perte de 450 000 emplois par an sur le marché intérieur européen<sup>4</sup>. Vu les habitudes de paiement similaires en Suisse, on peut déduire par extrapolation que les retards de paiement causent à notre économie des dommages comparables.

---

<sup>1</sup> D&B, Global Payment Index 2009; voir aussi European Payment Index 2009, 4.

<sup>2</sup> European Payment Index 2009, 35. Entre parenthèses, les chiffres pour 2007, issus du European Payment Index 2008, 35.

<sup>3</sup> D&B, Pratiques de paiement T3, 4.

<sup>4</sup> Etude sur l'efficacité, 117 ss.

## 2 Contexte

### 2.1 La motion 08.3169 «Sanctionner les mauvais payeurs»

La motion «Sanctionner les mauvais payeurs», déposée le 20 mars 2008, a la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est chargé de modifier l'article 104 du code des obligations (CO) en relevant de manière appropriée le taux de l'intérêt moratoire (fixé aujourd'hui à 5 %), de sorte notamment à ce que les coûts engendrés pour les créanciers soient couverts. Les prescriptions correspondantes de la Confédération applicables aux taux d'intérêt (conditions générales) seront également adaptées.»

Le Conseil fédéral a proposé de l'adopter le 21 mai 2008, rendant l'avis suivant:

«Le taux de l'intérêt moratoire dû actuellement, selon l'article 104 CO par le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent est considéré comme trop bas par différents milieux. Il ressort d'une comparaison avec les régimes en vigueur dans les pays voisins que ceux-ci connaissent des taux d'intérêt moratoire plus élevés, particulièrement dans les transactions commerciales (par exemple, l'Allemagne: 11,32 %, l'Autriche: 11,19 %; la France: 11,2 %). Dans ce contexte, il convient de rappeler la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Aux termes de cette directive, le taux de l'intérêt moratoire que le débiteur est tenu d'acquitter doit correspondre au taux directeur de la Banque centrale européenne, majoré d'un minimum de 7 points.

Le Conseil fédéral estime que l'objectif que poursuit l'auteur de la motion se justifie dans son principe quand bien même le taux de l'intérêt moratoire fixé à l'article 104 CO ne représente qu'un taux minimum qui peut être relevé contractuellement.

Il reste, toutefois, à examiner dans quelle mesure le taux de l'intérêt moratoire est de nature à avoir une influence sur les mauvais payeurs et à quel niveau il faut le porter pour qu'il soit approprié. Il importe, en outre, de déterminer si le nouveau taux doit être fixe ou variable (en fonction, par exemple, des fluctuations de l'un des taux directeurs appliqués par la Banque nationale suisse). Il y a également lieu d'étudier si l'augmentation du taux de l'intérêt moratoire doit s'appliquer de manière générale ou être limitée aux transactions commerciales et s'il s'impose de l'étendre aux créances de l'Etat, en particulier aux créances fiscales, et aux créances contre l'Etat.

A la différence de la motion 08.3168 du groupe de l'Union démocratique du centre intitulée "Sanctionner les mauvais payeurs", celle du groupe radical libéral se borne à demander un relèvement approprié du taux de l'intérêt moratoire. Elle ménage donc au Conseil fédéral la latitude nécessaire à la mise en œuvre.

Le Conseil national a approuvé la motion le 13 juin 2008, le Conseil des Etats le 17 décembre 2008. Le Conseil national a accepté le 3 mars 2010 une motion déposée le même jour, demandant une augmentation du taux de l'intérêt moratoire à 10 %<sup>5</sup>.

### 2.2 La réglementation actuelle de l'intérêt moratoire en Suisse

Selon la définition donnée par le Tribunal fédéral, l'intérêt moratoire est une indemnisation que le créancier peut exiger pour avoir été privé d'une somme qui lui était due<sup>6</sup>. Le code des

---

<sup>5</sup> Motion 08.3168 «Sanctionner les mauvais payeurs».

<sup>6</sup> ATF 130 III 591, 596.

obligations consacre à la question ses art. 104 et 105. L'art. 104, al. 1, dispose que le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel. Si le contrat stipule un intérêt supérieur à 5 %, cet intérêt peut être exigé du débiteur en demeure (art. 104, al. 2, CO). L'intérêt moratoire est dû même si le débiteur est en demeure sans faute de sa part. Il faut aussi noter que les normes du code des obligations sur l'intérêt moratoire sont de nature *dispositive*. Les parties au contrat sont libres de convenir d'un taux plus ou moins élevé, dans les limites de la loi<sup>7</sup>.

L'intérêt moratoire légal est, du moins au départ, une *indemnisation forfaitaire*<sup>8</sup> : il compense les dommages causés au créancier du fait qu'il ne peut pas capitaliser ni faire fructifier la somme impayée<sup>9</sup>. La prétention du créancier se fonde aussi en partie sur le fait que le débiteur rénitent à l'avantage de pouvoir disposer de la somme ou d'éviter les frais d'un crédit<sup>10</sup>. On ne saurait néanmoins réduire la fonction de l'intérêt moratoire à l'indemnisation du créancier ou à la compensation du gain que s'est procuré le débiteur : le droit des obligations actuel prévoit un taux minimum *fixe*, indépendant des variations des taux d'intérêt sur le marché. Le législateur a sciemment ignoré le fait que le taux de l'intérêt moratoire serait, au moment du retard de paiement, plus élevé ou moins élevé que le taux du marché – qu'il s'agisse du taux applicable au créancier ou du taux applicable de manière générale – et ne correspondrait pas au dommage engendré. Si le taux du marché est plus haut que le taux de l'intérêt moratoire, le créancier y perd. S'il est plus bas, cela profite au créancier qui réalise un gain aux frais du débiteur<sup>11</sup> ; après tout, l'intérêt moratoire présente aussi un élément de *pénalisation*<sup>12</sup>. Lorsque le dommage éprouvé par le créancier du fait du retard est supérieur à l'intérêt moratoire légal, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 106 CO)<sup>13</sup>. En pratique, les preuves sont excessivement difficiles à obtenir<sup>14</sup>, si bien que cette disposition est rarement appliquée et que le créancier doit se contenter de l'intérêt moratoire prévu à l'art. 104, al. 1, même si le préjudice qu'il subit est plus grand.

Le CO contient une réglementation spéciale applicable en matière de commerce : selon l'art. 104, al. 3, entre commerçants, tant que l'escompte dans le lieu du paiement est d'un taux supérieur à 5 %, l'intérêt moratoire peut être calculé au taux de l'escompte. La disposition ne précise pas davantage à qui elle s'applique<sup>15</sup>. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne suffit pas qu'une personne exerce l'activité de commerçant pour jouir du privilège de l'art. 104, al. 3, CO. Selon lui, la disposition ne concerne que la *vente commerciale objective*, c'est-à-dire que la transaction concernée par le retard de paiement doit relever objectivement des relations commerciales : l'affaire doit être en rapport immédiat et objectif avec l'activité commerciale des deux parties<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> ATF 117 V 349, 350.

<sup>8</sup> ATF 130 III 591, 599, voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2006, n° 4C.277/2005, c. 5; WEBER, Berner Kommentar, Art. 104 n° 7.

<sup>9</sup> ATF 123 III 241, 245; l'intérêt moratoire légal est dû même si le débiteur peut prouver que le créancier n'aurait pas tiré de gain de la somme impayée, ou en aurait tiré un gain inférieur, durant la période où il était en demeure, voir ATF 129 III 535, 540.

<sup>10</sup> ATF 123 III 241, 245.

<sup>11</sup> MÜLLER, 226.

<sup>12</sup> ATF 130 III 312, 319 s.

<sup>13</sup> ATF 123 III 241, 245.

<sup>14</sup> WEBER, Festschrift Bucher, 791 ss.

<sup>15</sup> KUSTER, 275 ss.

<sup>16</sup> ATF 122 III 53, 55 s.; cf. WEBER, Festschrift Bucher, 790.

En outre, l'art. 104, al. 3, CO, tel qu'il est formulé, n'est guère appliqué. Le « taux de l'escompte » (*üblicher Bankdiskonto, sconto bancario ordinario*), sur lequel s'aligne le taux de l'intérêt moratoire, n'est pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le taux d'intérêt appliqué par la Banque nationale aux crédits en comptes courants ; il s'agit du *taux de l'escompte privé*, soit le taux auquel les banques escomptent les effets bancaires et les effets de change sur des débiteurs de premier ordre<sup>17</sup>. Le montant de ce taux d'escompte est fixé individuellement, selon la liquidité des marchés financiers, l'échéance, la monnaie et la solvabilité du souscripteur. Ce n'est pas une valeur objectivement observable ; chaque banque utilise un autre taux<sup>18</sup>, quand elle n'applique pas des taux différents selon les clients. Comme il lui est difficile de prouver quel serait ce taux dans son cas particulier, le créancier ne peut guère, en pratique, démontrer qu'il serait supérieur au taux légal de 5 % de l'intérêt moratoire<sup>19</sup>. L'art. 104, al. 3, CO est donc resté lettre morte<sup>20</sup>.

## 2.3 Droit uniforme

La Convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>21</sup>, que la Suisse est tenue d'appliquer, ne contient pas de règles sur le montant de l'intérêt moratoire. L'art. 78 prévoit seulement qu'en cas d'impayé, le créancier a droit à un intérêt. Par ailleurs, les avis sont partagés, dans la doctrine et la jurisprudence, quant au droit applicable au montant de l'intérêt<sup>22</sup>.

## 2.4 Droit comparé

Un aperçu des réglementations européennes montre que les taux de l'intérêt moratoire sont sensiblement plus élevés dans les Etats de l'Union européenne (UE) qu'en Suisse, essentiellement à la suite des actions entreprises par la Commission européenne pour lutter contre les retards de paiement. Au cœur de ce dispositif se trouve la *directive retard de paiement*<sup>23</sup>.

### 2.4.1 La directive retard de paiement

Les retards de paiements préoccupent l'UE depuis longtemps. Dès 1995, la Commission européenne a émis une recommandation concernant les délais de paiement dans les transactions commerciales<sup>24</sup>, en exécution d'une résolution du Parlement européen du 21 avril 1993 qui l'invitait à faire des propositions spécifiques sur la question des retards de paiement. La recommandation soulignait d'une part les répercussions négatives des longs délais de paiement sur les PME, la croissance et la compétitivité ; d'autre part, elle invitait les Etats membres à adopter des mesures efficaces pour conduire à la réduction des délais de paiements et pour les harmoniser à l'échelle du marché intérieur. Le 4 juillet 1996, le Parlement européen a émis une nouvelle résolution demandant à la Commission d'élaborer un instrument efficace pour limiter la longueur des délais de paiement. La Commission

---

<sup>17</sup> ATF 116 II 140, 140 s.

<sup>18</sup> KUSTER, 278.

<sup>19</sup> KUSTER, 278.

<sup>20</sup> WEBER, Festschrift Bucher, 790.

<sup>21</sup> RS 0.221.211.1.

<sup>22</sup> Cf. à ce propos BACHER, in: SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art. 78 CISG n° 26 ss.

<sup>23</sup> Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JO L 200, 8.8.2000, p. 35.

<sup>24</sup> Recommandation 1995, 19.

européenne y a répondu par un rapport du 17 juillet 1997<sup>25</sup> dans lequel elle constatait que la recommandation de 1995 n'avait guère apporté d'améliorations. Peu après, la Commission présentait un projet de directive, qui a été adopté le 29 juin 2000 par le Parlement européen et est entré en vigueur le 8 août 2000.

Cette directive se fonde sur la considération que de lourdes charges administratives et financières pèsent sur les entreprises, en particulier petites et moyennes, en raison des délais de paiement excessifs et des retards de paiement<sup>26</sup>, que ces problèmes constituent l'une des principales causes d'insolvabilité menaçant la survie des entreprises et qu'ils entraînent de nombreuses pertes d'emplois<sup>27</sup>. Elle se fixe donc explicitement pour objectif d'inverser la tendance, « pour faire en sorte que les conséquences d'un dépassement des délais de paiement soient telles qu'elles découragent cette pratique »<sup>28</sup>. Un autre aspect pris en considération a été celui des coûts pour les transactions entre Etats membres engendrés par la disparité des régimes nationaux. Ces différences ont été vues comme un obstacle à la création du marché intérieur européen<sup>29</sup>.

#### 2.4.2 Contenu de la directive

La directive 2000/35/CE a pour objectif la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales. Son champ d'application est donc limité aux « paiements effectués en rémunération de transactions commerciales ». Celles-ci désignent les « transactions entre des entreprises ou entre des entreprises et les pouvoirs publics », à l'exclusion donc des « transactions effectuées avec les consommateurs » et des « intérêts en jeu dans d'autres types de paiements, par exemple les paiements effectués au titre de la législation sur les chèques et les lettres de change, ou les paiements effectués dans le cadre de l'indemnisation de dommages, y compris ceux effectués par les compagnies d'assurance »<sup>30</sup>.

Pour ce qui est de l'intérêt moratoire, la directive enjoint aux Etats-membres d'adopter la réglementation suivante : le débiteur est automatiquement en demeure le jour suivant la fin du délai de paiement fixé dans le contrat, sauf si les parties en ont convenu autrement. Le paiement du montant de la transaction échoit 30 jours après la date de réception de la facture ou, s'il n'y a pas de facture, 30 jours après la réception des marchandises ou la prestation des services. Passé ce terme, le créancier est en droit de réclamer des intérêts pour retard de paiement, sans qu'un rappel soit nécessaire<sup>31</sup>. Le taux de cet intérêt correspond au taux repo de la Banque centrale européenne (BCE), son « *taux de base* », majoré d'un minimum de sept points.

La directive prévoit en outre, pour le créancier, un droit de réclamer au débiteur un dédommagement raisonnable pour tous les *frais de recouvrement* encourus par suite d'un retard de paiement de ce dernier, mis à part les cas où le débiteur n'est pas responsable du retard<sup>32</sup>. Il s'agit des frais encourus pour obtenir l'acquittement de la dette après l'échéance du délai de paiement. Les Etats membres doivent aussi veiller à ce qu'il existe des moyens

---

<sup>25</sup> Rapport délais de paiement 1997, 10.

<sup>26</sup> 7<sup>e</sup> considérant du préambule; l'étude sur l'efficacité qualifie même la protection des PME de principal objectif de la directive, 21.

<sup>27</sup> 7<sup>e</sup> considérant du préambule.

<sup>28</sup> 16<sup>e</sup> considérant du préambule.

<sup>29</sup> 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> considérant du préambule.

<sup>30</sup> 13<sup>e</sup> considérant du préambule.

<sup>31</sup> Art. 3, ch. 1, let. b.

<sup>32</sup> Art. 3, ch. 1, let. e.

appropriés et efficaces pour empêcher l'utilisation de conditions contractuelles qui, toutes circonstances considérées, sont manifestement abusives<sup>33</sup>. Enfin, la directive prévoit une réglementation uniforme de la réserve de propriété<sup>34</sup>.

### **2.4.3 Mise en œuvre de la directive**

Les Etats membres de l'UE ont eu jusqu'au 8 août 2002 pour mettre en œuvre la directive. Dans l'intervalle, ils ont tous procédé à des adaptations<sup>35</sup>. La plupart des Etats, s'inspirant de la directive, ont choisi comme taux minimal de l'intérêt moratoire le taux de base de la BCE augmenté de 7 points. L'Allemagne, l'Autriche et la Slovénie ont opté pour le taux de base de la BCE augmenté de 8 points. Le taux de base de la BCE était de 0,12 % le 1<sup>er</sup> janvier 2010. L'intérêt moratoire atteignait donc 8,12 % dans ces trois pays et 7,12 % dans les autres Etats membres de la zone euro. Dans les Etats hors zone euro, le taux applicable est le taux directeur de la banque nationale plus 7 ou 8 points de pourcentage.

En conclusion, on constate que le taux de l'intérêt moratoire est bien plus élevé qu'en Suisse, du moins dans le domaine des transactions commerciales. Tel n'est pas le cas des transactions avec les consommateurs, comme nous le montrerons dans notre tour d'horizon des réglementations des Etats voisins de la Suisse.

### **Allemagne**

Le droit allemand connaît un intérêt moratoire applicable à toutes les dettes d'argent. Si la transaction n'implique pas de consommateur, le taux est de 8 points de plus que le taux de base de la BCE (§ 288, par. 2, BGB). Dans tous les autres cas, l'intérêt moratoire est de 5 points de plus que le taux de base de la BCE (§ 288, par. 1, BGB).

### **France**

La France a pris en 2001 une série de mesures législatives pour mettre en œuvre la directive 2000/35/CE<sup>36</sup>. En particulier, l'Assemblée nationale a révisé l'art. L441-6 du Code du commerce, statuant un délai de règlement général de 30 jours suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée, sauf disposition contractuelle contraire. Elle a instauré dans la loi des pénalités de retard exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Cependant, ces dispositions se sont avérées peu efficaces, car les entreprises sont réticentes à exiger ces pénalités de retard. En 2006, 11 % seulement des entreprises françaises ont facturé à leurs partenaires les intérêts dus en vertu de la loi<sup>37</sup>. De nouvelles mesures ont donc été prises pour lutter contre les retards de paiement : en juillet 2008, la Loi de modernisation de l'économie a été adoptée. L'art. L441-6 du Code du commerce a de nouveau été modifié, de telle sorte que le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. En cas de retard de paiement, le taux légal des pénalités de retard est le taux de base de la BCE majoré de 10 points de pourcentage. Les parties peuvent convenir d'un autre taux, mais celui-ci doit être d'au moins trois fois le taux de base de la BCE.

---

<sup>33</sup> Art. 3, ch. 3 à 5.

<sup>34</sup> Art. 4; voir aussi SIEGENTHALER/HUNKELER, n° 2 ss.

<sup>35</sup> Etude sur l'efficacité, 151 ss.

<sup>36</sup> Loi n° 2001-420 sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

<sup>37</sup> Rapport 2008, 49 s.

En dehors des transactions commerciales, l'intérêt moratoire général (appelé « taux d'intérêt légal ») reste applicable (art. 1153 du Code civil; il était de 3,79 % en 2009). Ce n'est qu'après condamnation par un tribunal que le taux de l'intérêt légal est majoré de 5 points<sup>38</sup>.

### **Italie**

Le droit italien prévoit pour les transactions commerciales un intérêt moratoire de 7 points de plus que le taux de base de la BCE, conformément à la directive 2000/35/CE<sup>39</sup>. Pour les transactions avec les consommateurs, l'art. 1224, par. 1, du *Codice Civile* reste applicable. Il se réfère à l'art. 1284 du *Codice Civile*, qui prévoit que le taux légal (originellement de 2,5 %) peut être adapté chaque année par décret ministériel. Ce taux légal a été fixé à 1 % à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>40</sup>.

### **Autriche**

Le *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien prévoit un intérêt moratoire de 4 % pour les transactions avec les consommateurs<sup>41</sup>. Pour les relations entre entreprises, le taux légal est égal au taux de base de la BCE majoré de 8 points de pourcentage, selon le § 352 du *Unternehmensgesetzbuch*<sup>42</sup>.

### **Synopsis**

	<b>Transactions commerciales</b>	<b>Transactions avec des consommateurs</b>
<b>Allemagne</b>	taux de base de la BCE + 8 points (actuellement 8,12 %) <sup>43</sup>	taux de base de la BCE + 5 points (actuellement 5,12 %) <sup>44</sup>
<b>Autriche</b>	taux de base de la BCE + 8 points (actuellement 8,12 %) <sup>45</sup>	4 % (fixe) <sup>46</sup>
<b>France</b>	intérêt légal + 10 points (actuellement 13,79 %) <sup>47</sup>	intérêt légal (actuellement 3,79 %) <sup>48</sup>
<b>Italie</b>	taux de base de la BCE + 7 points (actuellement 7,12 %) <sup>49</sup>	<i>saggio degli interessi legali</i> (actuellement 1 %) <sup>50</sup>

#### **2.4.4 Etude sur l'efficacité**

En octobre 2006, l'UE a publié une étude très complète sur les effets de la directive 2000/35/CE. Cette étude comporte une analyse de l'impact légal de la directive et de sa mise en œuvre dans les régimes nationaux, ainsi qu'une vue d'ensemble de son impact sur

<sup>38</sup> Art. 3 de la loi du 11 juillet 1975.

<sup>39</sup> Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, «Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali».

<sup>40</sup> Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 4 dicembre 2009.

<sup>41</sup> § 1333, par. 1, en relation avec § 1000, par. 1, du ABGB.

<sup>42</sup> UGB, précédemment § 1333, par. 2, ABGB.

<sup>43</sup> § 288, par. 2, BGB.

<sup>44</sup> § 288, par. 1, BGB.

<sup>45</sup> § 1333, par. 2, ABGB.

<sup>46</sup> § 1333, par. 1, en relation avec § 1000, par. 1, ABGB.

<sup>47</sup> Art. L441-6 du Code du commerce.

<sup>48</sup> Art. L313-2 du Code monétaire et financier.

<sup>49</sup> Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, «Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali».

<sup>50</sup> Art. 1224, par. 1, en relation avec l'art. 1284, par. 1, du Codice Civile.

les pratiques de paiement des entreprises. Elle se fonde sur une évaluation de données économiques et sociales recensées à cet effet par les Etats membres ; ont été contactés notamment des services et institutions publics, des organisations professionnelles (notamment des avocats et des sociétés de recouvrement) et 37 500 entreprises.

L'étude aboutit à la conclusion suivante<sup>51</sup> : après la mise en œuvre intégrale de la directive dans tous les Etats en 2002, les retards de paiement ont diminué, mais ils n'ont pas pour autant été éliminés<sup>52</sup>. Il faut donc bien admettre que les dispositions de la directive relatives aux intérêts de retard sont adaptées et utiles mais n'ont pas un effet suffisamment dissuasif pour être totalement efficaces<sup>53</sup>. L'étude conclut qu'il faudrait pénaliser *d'avantage* les mauvais payeurs pour lutter plus efficacement contre les retards de paiement. Elle recommande donc de définir une somme minimum, à titre de réparation du dommage, exigible dès le premier jour où le retard est constaté, et d'y ajouter un taux quotidien composé<sup>54</sup>.

Il s'est avéré en outre que de nombreuses entreprises et notamment les PME ne réclament pas d'intérêt moratoire à leurs partenaires commerciaux, même si elles sont en droit de le faire<sup>55</sup>. D'une part, elles ne veulent pas fâcher leurs clients ; d'autre part, certaines dispositions importantes de la directive sont manifestement difficiles à comprendre et malaisées à appliquer. Enfin, nombre d'entreprises semblent être réticentes à supporter les charges administratives qu'entraînerait la réclamation au regard de la faible somme que représente l'intérêt moratoire.

#### **2.4.5 Travaux de révision en cours**

Les retards de paiement dans les transactions commerciales restent un sujet de préoccupation majeur pour l'UE<sup>56</sup>. Selon les dernières estimations de la Commission européenne, le volume des impayés se monte à presque 1,9 billion d'euros, dont 1,1 billion de dettes envers des PME. Le fait que le PIB de l'UE atteigne au total environ 11,3 billions d'euros donne la mesure du problème<sup>57</sup>.

La Commission européenne a donc adopté une refonte de la directive 2000/35/CE le 18 mars 2009. Tout en qualifiant les mesures prévues par la directive d'origine de piliers essentiels du cadre réglementaire de la lutte contre les retards de paiement, elle a créé d'autres instruments et entièrement revu la directive. Le nouveau texte soumet les administrations publiques aux mêmes délais de paiement que les entreprises. Elles devront en outre verser un dédommagement forfaitaire égal à 5 % de la somme due, s'ajoutant à l'intérêt moratoire et aux frais de recouvrement, et exigible dès le premier jour de retard<sup>58</sup>. Pour ce qui est des frais de recouvrement, le projet prévoit des sommes forfaitaires exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire et dépendantes du montant de la dette : 40 EUR pour une

---

<sup>51</sup> Etude sur l'efficacité, 187 ss.

<sup>52</sup> Etude sur l'efficacité, 239.

<sup>53</sup> Etude sur l'efficacité, 258.

<sup>54</sup> Etude sur l'efficacité, 261 s.

<sup>55</sup> Impact assessment, 12.

<sup>56</sup> Impact assessment, 7; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte), Exposé des motifs, 3.

<sup>57</sup> La Commission indique cependant que cette estimation donne une idée disproportionnée de l'étendue du problème dans la mesure où elle inclut indifféremment tous les paiements en demeure, même lorsque le retard est d'un jour seulement.

<sup>58</sup> Art. 5.

dette inférieure à 1000 EUR, 70 EUR pour une dette inférieure à 10 000 EUR et 1 % de la somme due au-delà de ce montant<sup>59</sup>. Le projet offre en outre aux entreprises de meilleures possibilités de se défendre contre les clauses manifestement abusives, par exemple des clauses de contrat excluant le versement d'intérêts pour retard de paiement<sup>60</sup>. La nouvelle directive devrait entrer en vigueur dans le courant de 2010.

## 2.5 Conséquences pour la Suisse

L'expérience des pays de l'UE est riche d'enseignements pour la Suisse : l'augmentation du taux de l'intérêt moratoire y a amélioré les pratiques de paiement, mais sans éliminer le problème. On est en droit de s'attendre à ce qu'un relèvement du taux de l'intérêt moratoire ait également en Suisse des effets positifs sur le comportement des débiteurs. Le Conseil fédéral trouverait cependant excessif de reprendre en droit suisse des mesures plus incisives semblables à celles qui sont en discussion dans l'UE et qui y seront sans doute bientôt instaurées.

# 3 Comment mettre en place une protection des créanciers efficace ?

La perspective d'un relèvement du taux de l'intérêt moratoire légal soulève une série de questions que nous examinerons dans ce chapitre.

## 3.1 Redéfinition du but de l'intérêt moratoire : de la réparation du dommage à la prévention du dommage

Si l'on veut conférer à l'intérêt moratoire une *fonction de prévention*, il ne suffit pas qu'il compense le gain réalisé par le débiteur ou la perte subie par le créancier (cf. les explications du ch. 2.2). Il faut créer des incitations à payer plus rapidement les dettes d'argent, ce qui ne peut être fait efficacement qu'en fixant l'intérêt moratoire légal plus haut que le dommage habituellement subi par le créancier du fait de la réalisation tardive de la créance (ou, selon le côté par lequel on regarde les choses, que le gain que vaut au débiteur d'avoir conservé par devers lui la somme due).

## 3.2 Restriction aux ventes commerciales

Le taux plus élevé de l'intérêt moratoire devra-t-il s'appliquer à tous les cas ou bien être circonscrit aux ventes commerciales ? A première vue, l'effet incitatif serait le même pour les consommateurs et pour les commerçants, mais plusieurs raisons majeures s'opposent à ce qu'on les mette sur un pied d'égalité.

(1) La proposition d'augmenter le taux de l'intérêt moratoire repose sur l'idée que ce taux poussera le débiteur à exécuter son obligation pécuniaire avant d'être en demeure, car ne pas s'acquitter de sa dette lui reviendra plus cher que de se procurer les liquidités nécessaires sur le marché des capitaux. Le chef d'entreprise, en tant qu'*homo economicus* agissant rationnellement, sera incité à régler plus rapidement ses factures. Or les commerçants et les entreprises seront bien plus sensibles à ces considérations que les particuliers parce que la pression de la concurrence les force à chercher le meilleur marché de se procurer des liquidités. Pour nombre de particuliers, un taux trop élevé de

---

<sup>59</sup> Art. 4.

<sup>60</sup> Art. 6.

l'intérêt moratoire entraînerait une accumulation des obligations pécuniaires, rendant de plus en plus difficile aux personnes concernées de se libérer du piège de l'endettement.

(2) La pratique montre que dans le cas des transactions avec des consommateurs, les conséquences des retards de paiement sont souvent fixées dans les conditions générales en dérogation au droit dispositif et au détriment des consommateurs (intérêt moratoire plus élevé, émoluments de rappel, peine conventionnelle, etc.). Il n'est en principe pas possible au consommateur de s'y opposer tant que les clauses en question restent dans les limites de la loi. Rien n'empêche non plus le créancier, en pratique, de faire valoir ces droits et d'en obtenir l'exécution. En matière de commerce, et en particulier pour les acteurs du marché les plus faibles, il est souvent impossible de convenir de telles clauses ou de les appliquer parce qu'elles remettraient en question le partenariat d'affaires existant. Les créanciers ont donc davantage besoin d'être protégés par la loi dans les transactions commerciales que dans les transactions avec des consommateurs. C'est tout particulièrement le cas des PME, qui ne sont pas en position de faire prévaloir suffisamment leurs intérêts dans un contrat.

(3) Un taux de l'intérêt moratoire plus élevé pour les consommateurs pourrait même s'avérer contreproductif dans de nombreux cas. Ce n'est pas parce qu'ils peuvent ainsi investir leur argent de manière plus productive que les particuliers ne paient pas leurs factures en retard, mais essentiellement parce qu'ils n'en ont pas les moyens. Si une entreprise insolvable est liquidée et disparaît du marché, il n'en va pas de même pour un particulier, qui demeure endetté et que ses dettes empêchent de rétablir durablement sa situation financière. Un taux d'intérêt plus élevé n'y change rien. Les intérêts relativement lourds qui grèvent les petits crédits et les cartes de crédit ne sont en rien prohibitifs pour nombre de particuliers. Une hausse du taux de l'intérêt moratoire n'aurait qu'un effet préventif général limité, et aggraverait dans de nombreux cas le problème de l'endettement.

(4) Il faut en outre considérer qu'un relèvement du taux de l'intérêt moratoire à des fins de prévention générale ne peut être efficace que si ce taux est supérieur au taux usuel des crédits accessibles au débiteur. Un commerçant peut emprunter en règle générale à moins de 10 %, donc un intérêt moratoire de 10 % est dissuasif pour lui selon des critères rationnels. Mais ce taux devrait être bien plus élevé pour correspondre au même mécanisme chez le consommateur, qui doit le plus souvent servir des intérêts de plus de 10 % s'il prend un crédit de consommation ou use de sa carte de crédit. Le taux de l'intérêt moratoire devrait être fixé à 15 % au moins, ce qui aggraverait encore le problème de l'endettement évoqué plus haut et ne représenterait donc pas une solution acceptable.

(5) Enfin, l'examen des législations étrangères montre la pertinence d'une distinction entre les transactions commerciales et les transactions avec les consommateurs<sup>61</sup>. La directive 2000/35/CE limite son champ d'application aux « paiements effectués en rémunération de transactions commerciales »<sup>62</sup>. Le droit communautaire ne contient aucune règle similaire pour les contrats avec des consommateurs, en conséquence de quoi l'intérêt moratoire est bien plus modéré, dans les pays voisins, en matière non commerciale qu'en matière commerciale. On ne pourrait donc pas justifier un relèvement du taux d'intérêt par un rapprochement avec les régimes appliqués à l'étranger.

En conclusion, nous proposons de limiter la révision aux ventes commerciales (art. 104, al. 3, CO), au lieu de relever le taux de l'intérêt moratoire de manière générale à l'art. 104, al. 1, CO ; cette solution rejoint la conception actuelle du code des obligations.

---

<sup>61</sup> WEBER, Festschrift Bucher, 799.

<sup>62</sup> 13<sup>e</sup> considérant du préambule.

Il faut évoquer ici une question soulevée par l'art. 104, al. 3, CO actuel – celle du champ d'application. Alors que le code des obligations utilise généralement l'expression « en matière de commerce » (art. 190, al. 1, et 215, al. 1), l'art. 104, al. 3, CO précise « entre commerçants ». Il met l'accent sur la qualité personnelle des parties et non pas sur les caractéristiques de l'acte juridique (cf. ch. 2.2). Le Tribunal fédéral a toutefois expressément rejeté cette interprétation et limité le champ d'application de la disposition à la vente commerciale objective<sup>63</sup>. Afin de clarifier cette question, la formulation sera adaptée et l'expression « en matière de commerce » introduite dans l'art. 104.

### 3.3 Taux d'intérêt variable ou fixe ?

Il faut encore déterminer si le futur taux d'intérêt devra être un taux légal fixe (comme aujourd'hui) ou, à l'exemple de la réglementation communautaire, un taux variable. Dans ce dernier cas, deux solutions se présentent : déléguer au Conseil fédéral la compétence d'adapter le taux déterminant par voie d'ordonnance, ou indexer le taux de l'intérêt moratoire sur un taux directeur comme le fait l'UE.

Comme on l'a exposé, les Etats européens, se fondant sur la directive 2000/35/CE, ont opté pour un taux variable doté d'un mécanisme d'adaptation automatique. Cette solution présente l'avantage de refléter l'évolution des taux, ce qui lui donne une certaine exactitude. Elle supprime le côté aléatoire du régime actuel, dans lequel l'intérêt moratoire favorise soit le créancier, soit le débiteur, en fonction des taux du marché<sup>64</sup>. Notons cependant que l'intérêt moratoire légal, même s'il est variable, ne compense jamais concrètement ni la perte du créancier, ni le gain du débiteur. Un autre inconvénient du taux variable est la fréquence de ses adaptations. Celui qui ne travaille pas régulièrement avec cette grandeur n'a guère de chances d'en connaître le taux actuel. Enfin, les intérêts doivent souvent être calculés rétroactivement, ce qui peut impliquer l'utilisation de plusieurs taux successifs et déboucher sur des calculs complexes impossibles à faire sans l'aide d'un logiciel de calcul. Pour illustrer ce point, nous reproduisons ci-dessous un exemple de calcul de l'intérêt moratoire sur une créance de 12 300 EUR, courant du 20 juillet 2006 au 21 juillet 2009, selon les dispositions du droit allemand en matière de commerce.

Période	jours	taux d'intérêt (taux de base + 8)	intérêt moratoire par jour	intérêt moratoire par période
20.07.2006 - 31.12.2006	165	9,95 %	3,3530 euros	553,25 euros
01.01.2007 - 30.06.2007	181	10,70 %	3,6058 euros	652,64 euros
01.07.2007 - 31.12.2007	184	11,19 %	3,7709 euros	693,84 euros
01.01.2008 - 30.06.2008	182	11,32 %	3,8043 euros	692,38 euros
01.07.2008 - 31.12.2008	184	11,19 %	3,7606 euros	691,95 euros
01.01.2009 - 30.06.2009	181	9,62 %	3,2418 euros	586,77 euros
01.07.2009 - 21.07.2009	21	8,12 %	2,7363 euros	57,46 euros
<b>Total de l'intérêt dû</b>	<b>1098</b>			<b>3928,29 euros</b>

En supposant qu'un commerçant ait des créances envers un seul et même débiteur sur un certain nombre de livraisons de marchandises étalées sur plusieurs années, dont le paiement est échu à des dates différentes, et qu'il doive faire un calcul similaire pour chacun de ces impayés, il apparaît vite qu'un taux variable est relativement impraticable. Des

<sup>63</sup> ATF 122 III 53, 55; sur l'ensemble de la problématique, voir KUSTER, 276.

<sup>64</sup> WEBER, Festschrift Bucher, 789.

computations de ce genre surchargeraient non seulement les parties, mais aussi les tribunaux et les offices des poursuites et des faillites. En outre, elles créeraient une insécurité du droit dans le sens où les parties au contrat ne seraient plus en mesure d'évaluer sur la base de la loi le montant approximatif des coûts du retard de paiement<sup>65</sup>. L'étude sur l'efficacité de la législation européenne en matière de lutte contre les retards de paiement a constaté d'ailleurs qu'il n'était pas toujours facile, en pratique, de déterminer quel taux d'intérêt devait être appliqué en vertu de la législation nationale. Ce facteur d'incertitude a manifestement mené un grand nombre d'entreprises à renoncer même à demander des intérêts, de peur de faire des erreurs que les débiteurs pourraient utiliser pour contester leurs factures<sup>66</sup>. On observe en outre que les parties qui s'entendent par contrat sur un intérêt moratoire choisissent généralement un taux fixe plutôt qu'un taux variable. Pour éviter un système inutilement complexe, nous proposons donc un taux fixe, plus facile à manipuler, tel que le connaît le droit suisse actuel<sup>67</sup>.

### 3.4 Montant du taux légal de l'intérêt moratoire

Il faut enfin définir le taux d'intérêt. Un taux d'intérêt fixe non indexé sur un taux directeur gouverné par des facteurs économiques ne sera forcément qu'une approximation d'une valeur réelle qui fluctue sans cesse et ne pourra donc pas atteindre une exactitude absolue. C'est déjà vrai de la réglementation actuelle. Or si l'on se détache de l'idée d'un intérêt moratoire uniquement destiné à compenser un dommage, l'écart entre le taux légal et la perte effective subie par le créancier devient d'une portée accessoire. Il s'agit plutôt de fixer le taux d'intérêt à un niveau suffisamment élevé pour que le débiteur soit incité à payer rapidement sa dette. Un taux annuel de 10 % semble adéquat : il est facile à retenir, à utiliser et à calculer<sup>68</sup>.

### 3.5 Nature dispositive de la norme

Le code des obligations est fondé sur le principe de la liberté contractuelle, et d'autant plus en matière de commerce. Les parties resteront donc, comme aujourd'hui, libres de choisir leur propre solution en convenant d'un intérêt moratoire plus élevé ou moins élevé, voire en l'indexant sur un taux directeur.

### 3.6 Faut-il modifier d'autres dispositions ?

Il reste à déterminer si le relèvement du taux de l'intérêt moratoire doit s'accompagner d'une adaptation des autres dispositions légales fixant un taux d'intérêt. Nous pensons notamment à l'art. 73, al. 1, CO qui prévoit que celui qui doit des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention, ni par la loi ou l'usage, les acquitte au taux annuel de 5 %. Cette règle s'applique uniquement en l'absence de disposition spéciale - tel l'art. 104 consacré à l'intérêt moratoire. Si l'on s'en tient au raisonnement exposé plus haut, selon lequel l'intérêt, plus élevé, n'a plus pour fonction première de compenser l'inexécution d'une obligation pécuniaire mais doit surtout inciter au paiement rapide des créances, il ne paraît pas judicieux d'augmenter le taux d'intérêt prévu à l'art. 73, al. 1, CO. Relever les taux d'intérêt n'a de sens que lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette *en enfreignant ses obligations*, comme c'est le cas d'un retard de paiement. S'il n'est pas en retard mais qu'il doit un intérêt comme simple

---

<sup>65</sup> Cf. avant tout le rapport du Conseil fédéral de 1971, 183.

<sup>66</sup> Etude sur l'efficacité, 241 s.

<sup>67</sup> Cf. le rapport du Conseil fédéral de 1971, 183.

<sup>68</sup> C'est d'ailleurs le taux demandé dans la motion 08.3168 « Sanctionner les mauvais payeurs » déposée le 20 mars 2008. Cette motion ne prévoyait cependant pas de le limiter à la vente commerciale comme nous le faisons ici.

contre-prestation du fait qu'une somme d'argent a été mise à sa disposition, il n'est pas nécessaire ni même juste de créer une incitation à rembourser rapidement. La hausse du taux d'intérêt doit donc être limitée à l'art. 104 CO.

### **3.7 Autres conséquences d'un relèvement du taux légal de l'intérêt moratoire**

Le relèvement du taux de l'intérêt moratoire en matière de commerce dans le code des obligations aura des conséquences au-delà de ce code, car les renvois directs à ces dispositions ne manquent pas. Des intérêts moratoires sont également dus dans les transactions régies par le droit public fédéral ou cantonal<sup>69</sup> du moment qu'ils ne sont pas exclus par une disposition spéciale<sup>70</sup>. Leur montant est régi soit par la législation spéciale<sup>71</sup>, soit, à titre subsidiaire, par l'art. 104 CO, auquel cas c'est généralement le taux de 5 % prévu à l'al. 1 qui est appliqué<sup>72</sup> et non la règle de l'al. 3, soit parce qu'il n'est pas possible d'apporter la preuve du taux d'escompte pertinent (nous avons exposé ce problème au ch. 2.2), soit parce qu'il ne s'agit pas d'une vente commerciale. Si le taux de l'intérêt moratoire en matière de commerce est porté à 10 % comme nous le proposons et que la preuve du dommage concret n'est plus nécessaire, à l'instar de l'al. 1, la délimitation entre le domaine commercial et le domaine non commercial portera bien plus à conséquence qu'aujourd'hui. Dans le cas des pouvoirs publics, les ventes seront en général non commerciales car la Confédération, les cantons et les communes ne font normalement pas de transactions dans des buts de revente. Le taux d'intérêt plus élevé ne s'appliquera donc pas à eux. De plus, tant la Confédération que les cantons peuvent toujours prévoir une réglementation particulière de l'intérêt moratoire, soit en adaptant les lois et ordonnances de droit public, soit en établissant leurs conditions générales. C'est déjà le cas dans certains domaines.

### **3.8 L'importance des délais de paiement**

Outre l'intérêt moratoire, les délais de paiement jouent aussi un rôle essentiel lorsqu'il s'agit de pousser un débiteur à régler rapidement sa dette. Le code des obligations ne contient pas de disposition sur le temps qu'un débiteur peut attendre pour payer une facture avant d'être en demeure. Il revient aux parties de fixer le jour de l'exécution (art. 102, al. 2, CO) ou au créancier de mettre le débiteur en demeure en l'interpellant (art. 102, al. 1, CO). Cette réglementation s'est avérée satisfaisante et doit être maintenue.

## **4. Adaptation des conditions générales (CG) de la Confédération**

La motion contient une deuxième exigence : l'adaptation dans le sens de la motion des conditions générales appliquées par la Confédération, c'est-à-dire le relèvement du taux de l'intérêt moratoire dans ces textes. Selon l'art. 3, al. 2, de l'ordonnance du 22 novembre 2006

---

<sup>69</sup> SPAHR, 381.

<sup>70</sup> ATF 95 I 258, 263.

<sup>71</sup> Voir par ex. l'ordonnance du DFF du 11 décembre 2009 sur les taux de l'intérêt moratoire et de l'intérêt rémunérateur (RS 641.207.1), qui fixe d'une part l'intérêt moratoire en cas de retard dans le paiement de la TVA et des droits de douane, d'autre part l'intérêt rémunérateur en cas de retard dans le remboursement de ces contributions. Dans les deux cas, le taux d'intérêt est actuellement de 4,5 %.

<sup>72</sup> ATF 93 I 382, 389.

sur l'organisation des marchés publics de la Confédération<sup>73</sup>, les services qui acquièrent les biens et les services pour le compte de la Confédération sont l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) et le groupe armasuisse.

Selon l'art. 29, al. 3, de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics<sup>74</sup>, le service adjudicateur applique en principe ses conditions générales, sauf si la nature du marché exige l'application de conditions particulières. On ne trouve aucune clause concernant l'intérêt moratoire dans les conditions générales de l'OFCL (notamment les conditions générales de la Confédération de mars 2001 relatives à l'achat de biens, importantes dans la pratique, et les conditions générales de la Confédération de mars 2001 relatives à l'achat de services) et celles d'armasuisse (conditions générales de commande d'armasuisse du 1er janvier 2010). Elles se réfèrent aux dispositions du code des obligations qui s'appliquent directement à titre subsidiaire (respectivement ch. 10.1 et 12.1 des CG de l'OFCL, ch. 18 des CG d'armasuisse). En conséquence, le relèvement du taux de l'intérêt moratoire dans le code des obligations concernera aussi la Confédération en cas de retard dans l'exécution de ses obligations. Il n'en sera toutefois ainsi qu'en cas de transaction commerciale, occurrence exceptionnelle car la Confédération réalise la plupart de ses acquisitions pour ses propres besoins.

Face au problème des retards dans l'acquittement de ses propres obligations, la Confédération préfère mettre l'accent sur le respect des délais de paiement. Les conditions générales de la Confédération prévoient, du moins dans certains cas, que l'adjudicateur effectue le paiement dans les 30 jours à compter de la date de réception de la facture et au plus tôt 30 jours après réception des biens ou prestation du service, sauf accord contraire (ch. 3.3 des CG relatives à l'achat de biens, ch. 14 des CG d'armasuisse).

Suite à plusieurs interventions parlementaires, les mesures suivantes ont été prises récemment :

- l'Administration fédérale des finances (AFF) a envoyé début mars 2009 une circulaire à tous les directeurs d'unités administratives pour leur rappeler l'importance du respect des délais de paiement ;
- vu l'évolution de la situation économique, le Conseil fédéral a chargé l'AFF, en avril 2009, d'enjoindre à toutes les unités administratives de régler les factures des fournisseurs immédiatement après vérification, même si le délai de paiement n'est pas écoulé. Cette directive, valable jusque fin 2009, a été prorogée par l'AFF d'une année, donc jusqu'à la fin de 2010, dans le cadre des directives concernant la clôture des comptes 2009 ;
- à la requête de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (CSFC), le Département fédéral des finances a demandé aux services fédéraux chargés de la gestion immobilière (OFCL, Conseil des EPF et armasuisse), à l'Office fédéral des routes et à l'Office fédéral des transports de prévoir à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2010 un délai maximum de 30 jours pour le paiement des factures. Un délai maximum de 45 jours peut être convenu uniquement en cas de vérifications particulièrement complexes;
- la CSFC a recommandé à ses membres dans les cantons et les communes ainsi qu'aux services de la construction et des immeubles extérieurs à l'administration fédérale (Immobilier Poste, CFF et Alptransit Gothard SA) d'adopter une réglementation analogue à compter de la même date;

---

<sup>73</sup> Org-OMP, RS 172.056.15.

<sup>74</sup> OMP, RS 172.056.11.

- dans le domaine de l'achat de biens logistiques, une modification de l'ordonnance sur les marchés publics, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, a consacré la pratique antérieure en fixant un délai de paiement de 30 jours en règle générale. Si les délais de paiement sont respectés conformément à ces objectifs, la question de l'intérêt moratoire ne se posera même pas.

## **5. Droit transitoire**

Pour ce qui est du droit transitoire, l'art. 1 du titre final du code civil s'applique. Il s'ensuit qu'un débiteur en demeure devra l'intérêt moratoire prévu par l'ancien droit (art. 104, al. 1, CO) pour toute la période précédant l'entrée en vigueur de la modification proposée. Le nouveau taux de l'intérêt moratoire (art. 104, al. 3, CO) s'appliquera à la période postérieure à cette date, même si le débiteur s'est trouvé en demeure avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.

## **6. Conséquences**

### **6.1 Conséquences pour la Confédération**

Du fait que ses conditions générales renvoient au code des obligations, la Confédération pourrait être tenue de payer l'intérêt moratoire plus élevé quand elle acquiert des biens ou services de tiers et se trouve créancière. Comme l'augmentation du taux de l'intérêt moratoire ne vaut qu'en matière de commerce, elle ne sera touchée que si elle acquiert des biens ou des services non pas pour ses propres besoins mais pour en faire le commerce à son tour, ce qui sera très rarement le cas. Une autre condition sera qu'elle ne respecte pas un délai de paiement.

### **6.2 Conséquences pour les cantons et les communes**

Les cantons et les communes, eux aussi, seront concernés dans la mesure où leur législation ou leurs conditions générales se réfèrent au code des obligations, à la condition qu'il s'agisse d'une vente commerciale et que les délais de paiement ne soient pas respectés. Il sera loisible aux cantons d'adapter leur droit ou leurs conditions générales pour appliquer des règles dérogatoires dans leur domaine d'activité.

### **6.3 Conséquences pour l'économie**

Si les débiteurs rénitents en matière de commerce pâtiront de la disposition proposée, les créanciers en bénéficieront directement. La nouvelle norme mettra un terme à l'allocation inefficace des ressources qui est un effet pervers de la situation actuelle.

# Bibliographie

## Suisse

Dun & Bradstreet (Schweiz) AG, D&B Global Payment Index: Les entreprises paient avec 20,1 jours de retard (consultable à l'adresse:

<http://www.dnb.ch/download/htm/1470/fr/Medienmitteilung-Juni-2009-Firmen-zahlen-Rechnungen-20%2C1-Tage-zu-spaet.pdf>; cit. D & B, Global Payment Index).

Dun & Bradstreet (Schweiz) AG, Statistiques des comportements de paiement : le comportement de paiement des entreprises en Suisse, janvier à avril 2009 (consultable à l'adresse : <http://www.dnb.ch/download/htm/1470/fr/Medienmitteilung-Juni-2009-Firmen-zahlen-Rechnungen-20%2C1-Tage-zu-spaet.pdf>; cit. D & B, Comportements de paiement T1).

Dun & Bradstreet (Schweiz) AG, Statistiques relatives aux pratiques de paiement : Les performances des entreprises en Suisse, 3<sup>e</sup> trimestre 2009 (consultable à l'adresse: <http://www.dnb.ch/download/htm/1609/fr/Zahlungsverhalten-Statistik-3.-Quartal-FR.pdf>; cit. D & B, Pratiques de paiement T3).

intrum justitia, European Payment Index 2009 (cit. European Payment Index).

KUSTER MATTHIAS, Der Verzugszinssatz unter Kaufleuten nach Art. 104 Abs. 3 OR, PJA 2008, 275–279.

MÜLLER CHRISTOPH, Le temps c'est de l'argent: le concept des intérêts moratoires, in: Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), Le temps et le droit, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, 223–238.

Rapport du Conseil fédéral du 20 septembre 1971, Relèvement du taux de l'intérêt moratoire légal (art. 104, al. 1, CO) au-dessus de 5 % ? (cit. rapport du Conseil fédéral de 1971). [Publié en allemand : «Erhöhung des gesetzlichen Verzugszinses (Art. 104 Abs. 1 OR) über 5 % hinaus?», RSJ 1972, 181 ss.]

SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (éd.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), Munich 2008

SIEGENTHALER THOMAS/HUNKELER DANIEL, Schuldnerparadies Schweiz?, Jusletter du 12 août 2002.

SPAHR STEPHANIE, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, ZWR/RVJ 1990, 351–388.

WEBER ROLF H., Berner Kommentar, tome VI, 1<sup>re</sup> partie, 5<sup>e</sup> volume: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Berne 2000 (cit. WEBER, Berner Kommentar).

WEBER ROLF H., Neukonzeption der Verzugszinsregelung, Festschrift Eugen Bucher, Berne 2009, 781–802 (cit. WEBER, Festschrift Bucher).

WERRO FRANZ, Les intérêts moratoires et compensatoires dans la responsabilité civile: Le point sur quelques développements récents, in: Franz Werro (éd.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, 27–51.

## Union européenne et étranger

Accompanying document of the 8<sup>th</sup> of April 2009 to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (recast), Impact assessment, SEC(2009) 315 (cit. Impact assessment).

Communication de la Commission, Rapport sur les délais de paiement dans les transactions commerciales, JO C 216 du 17.7.1997, p. 10 (cit. rapport délais de paiement 1997).

Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JO L 200 du 8.8.2000 p. 35 (cit. directive 2000/35/CE).

Document de travail du 8 avril 2009 des services de la Commission accompagnant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte), résumé de l'analyse d'impact, SEC(2009) 316.

Etude sur l'efficacité de la législation européenne en matière de lutte contre les retards de paiement, menée par Hoche-Demolin-Brulard-Barthélémy pour la Commission européenne, DG Entreprises, octobre 2006 (consultable à l'adresse: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/late\\_payments/doc/finalreport\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/late_payments/doc/finalreport_fr.pdf); cit. étude sur l'efficacité).

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 8 avril 2009 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte) mettant en œuvre le *Small Business Act*, COM(2009) 126 final.

Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française, Paris 2008, 49 s. (consultable à l'adresse : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000041/0000.pdf>; cit. rapport 2008).

Recommandation de la Commission, du 12 mai 1995, concernant les délais de paiement dans les transactions commerciales, JO L 127 du 10.6.1995 p. 19 (cit. recommandation 1995).

Condensé .....	2
1 Introduction.....	3
2 Contexte .....	4
2.1 La motion 08.3169 «Sanctionner les mauvais payeurs».....	4
2.2 La réglementation actuelle de l'intérêt moratoire.....	4
2.3 Droit uniforme.....	6
2.4 Droit comparé.....	6
2.4.1 La directive retard de paiement.....	6
2.4.2 Contenu de la directive .....	7
2.4.3 Mise en œuvre de la directive .....	8
Allemagne .....	8
France .....	8
Italie.....	9
Autriche .....	9
Synopsis.....	9
2.4.4 Etude sur l'efficacité.....	9
2.4.5 Travaux de révision en cours .....	10
2.5 Conséquences pour la Suisse.....	11
3 Comment mettre en place une protection des créanciers efficace ?.....	11
3.1 Redéfinition du but de l'intérêt moratoire : de la réparation du dommage à la prévention du dommage .....	11
3.2 Restriction aux ventes commerciales.....	11
3.2 Taux d'intérêt variable ou fixe ? .....	13
3.3 Montant du taux légal de l'intérêt moratoire .....	14
3.4 Nature dispositive de la norme .....	14
3.5 Faut-il modifier d'autres dispositions ? .....	14
3.6 Autres conséquences d'un relèvement du taux légal de l'intérêt moratoire .....	15
3.7 L'importance des délais de paiement.....	15
4. Adaptation des conditions générales (CG) de la Confédération.....	15
5. Droit transitoire.....	17
6. Conséquences .....	17
6.1 Conséquences pour la Confédération.....	17
6.2 Conséquences pour les cantons et les communes.....	17
6.3 Conséquences pour l'économie .....	17
Bibliographie.....	18