

« LE CONTENTIEUX DES IMPAYÉS : UN ARSENAL À REVOIR POUR PLUS D'EFFICACITÉ »

En matière commerciale, la question des délais de paiement et son pendant, le recouvrement des impayés, restent une préoccupation quotidienne des entreprises. La préservation de leur trésorerie est en effet essentielle à leur survie.

Ainsi, 25 % des dépôts de bilan en France sont liés à des impayés.

Pourtant, les études montrent que ces impayés sont le fait de débiteurs majoritairement solvables (pour 82 %). Ne pas payer ses fournisseurs relève donc pour certains d'une véritable stratégie qui fragilise à l'excès la santé financière de leurs partenaires.

Les créanciers se trouvent donc régulièrement dans une situation délicate où ils ont besoin d'être réglés rapidement face à un débiteur qui « joue la montre ».

Au stade précontentieux, le recours aux huissiers de justice pour le recouvrement des créances n'excédant pas 4 000 € (articles L. 125-1 et R. 125-1 et suivants du CPCE) mis en place par la loi Macron du 6 août 2015 est peu utilisé et relativement inefficace. Ce dispositif trop coûteux ne vise que des créances d'un faible montant et suppose l'accord du créancier et du débiteur pour produire des effets utiles, à savoir l'émission d'un titre exécutoire.

De même, le projet de loi PACTE voté à l'Assemblée Nationale le 9 octobre 2018 qui envisage d'étendre le recouvrement amiable pour le compte d'autrui aux experts-comptables ne répond pas aux besoins des créanciers.

Malheureusement, les outils judiciaires aujourd'hui à la disposition des créanciers ne satisfont pas à cette exigence de rapidité et d'efficacité et la réparation du retard subi reste trop modérée.

I. L'ARSENAL JUDICIAIRE DU CRÉANCIER EST INEFFICACE

Sur le terrain judiciaire, la procédure au fond visant le règlement de la facture impayée est inadaptée.

L'engorgement des tribunaux et les multiples incidents dilatoires possibles rendent cette procédure trop longue quand le créancier a besoin d'être payé rapidement. Il n'est pas rare d'obtenir



Bertrand Jardel



Philippe Julien

une première date d'audience plus de 10 mois après l'assignation au fond devant certains tribunaux parisiens.

La possibilité de demander l'exécution provisoire au juge de première instance, ne résout évidemment pas cette difficulté.

Face à cette situation, le créancier dispose de diverses possibilités procédurales pour tenter de raccourcir le temps nécessaire au recouvrement. Mais chacune présente de trop grandes fragilités.

En premier lieu, sur le terrain de l'urgence, le créancier peut assigner le débiteur à jour fixe devant le tribunal de grande instance (art. 788 à 792 du CPC), ou à bref délai devant le tribunal de commerce (art. 858 du CPC).

Le requérant devra toutefois, au stade de la requête préalable, faire la preuve de l'urgence justifiant cette procédure

dérogatoire. L'urgence, qui relève de l'appréciation souveraine des juges, a ainsi pu être caractérisée dans des hypothèses où le créancier se trouvait en situation de difficultés financières (CA Bordeaux, 9/11/2016, RG n° 15/08065), ou lorsque « un retard peut devenir préjudiciable à l'une des parties » (CA Toulouse, 6/02/2018, RG n° 17/03916). Or, la preuve du préjudice subi à raison du retard de paiement sera sans doute délicate à apporter, de sorte qu'en dehors des hypothèses où le créancier ferait face à des difficultés financières majeures, ces procédures à brefs délais semblent difficilement utilisables.

En deuxième lieu, le créancier peut envisager la requête en injonction de payer (Articles 1405 et suivants du CPC). Si les tribunaux de commerce sont souvent diligents dans l'octroi d'une ordonnance, cette procédure non-contradictoire est cependant en pratique souvent inefficace car le débiteur s'oppose sans raison légitime à l'ordonnance rendue (seules 4 % des injonctions ne font pas l'objet d'une opposition), entraînant nécessairement une conversion de la procédure en procédure contradictoire au fond. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui prévoit de créer une juridiction nationale de traitement dématérialisé des injonctions de payer, accélèrera sans doute le délai d'obtention d'une injonction, mais ne règlera pas la question des oppositions dilatoires.

En troisième lieu, la procédure de référé-provision régie par les articles 809 (TGI), 849 (TI) et 873 du CPC (TC), ne requiert pas la preuve de l'urgence.

Le succès d'une telle action est toutefois conditionné par l'absence de contestation sérieuse sur l'obligation en litige. En pratique cette procédure est soumise à un aléa judiciaire assez important. Le juge des référés étant le juge de l'évidence, une contestation sérieuse survient lorsqu'il existe une incertitude sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond.

Par exemple, la jurisprudence récente a pu relever que constituent des contestations sérieuses : la reconnaissance d'un préjudice pour le débiteur (Cass. Com. 05/04/2016, pourvoi n° 14-24.380), l'invocation d'une cause d'exonération de responsabilité (Cass. 1^{re} Civ.

29/06/2016, pourvoi n° 15-20.271) où l'existence d'une question relative à la qualification d'une caution en créancier professionnel (CA Colmar, 10/05/2017, RG n° 16/01692).

En pratique, il suffira au débiteur de mauvaise foi d'arguer de l'existence d'une contestation sérieuse pour paralyser cette action, quand bien même cette contestation serait totalement dilatoire. Ceci est d'autant plus pénalisant que, souvent, en cas de contestation sérieuse, le juge des référés rejette en bloc la demande de provision alors que la contestation ne porte en réalité que sur une partie de l'obligation et que la partie non-contestable de l'obligation devrait ouvrir droit à l'octroi d'une provision (Cass. 3^e Civ. 19/02/2003, pourvoi n° 01-16.991).

En parallèle de ces procédures, le créancier peut avoir la tentation de solliciter l'octroi de mesures conservatoires.

Ces dernières ne peuvent se substituer à un titre exécutoire et, si elles peuvent gêner un débiteur, en ce qu'elles bloquent tout ou partie de la somme réclamée, elles ne résolvent pas la question du paiement.

Il est patent que cet arsenal judiciaire est aujourd'hui inapte à permettre à un créancier de recouvrer rapidement sa créance. Cet arsenal est en outre fragilisé par la possibilité pour le débiteur de demander l'octroi de délais de paiement dans la limite de deux ans (art. 1343-5 Code civil).

Face à l'inefficacité des procédures judiciaires ouvertes aux créanciers, il nous semble que le créancier devrait pouvoir se voir indemniser au-delà du simple retard de paiement quand ce retard est injustifié.

II. POUR UNE MEILLEUR INDEMNISATION DU RETARD DE PAIEMENT

Plusieurs indemnités viennent compenser le retard subi par le créancier dans le recouvrement de sa créance ; mais elles sont significativement insuffisantes pour que le débiteur indécis choisisse de régler à l'échéance.

Ainsi, l'article L. 441-6 du Code de commerce prévoit une indemnité forfaitaire de 40 € par facture impayée pour frais de recouvrement. La Cour de cassation l'a rappelé, cette pénalité répond à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, de sorte qu'elle est due de plein droit (Cass. Com. 03/03/2009, pourvoi n° 07-16.527).

Or, un montant forfaitaire de 40 € est trop faible dès que la somme due est un tant soit peu significative. De même ce montant reste fixe quelle que soit l'importance du retard. En revanche, cette pénalité retrouvera son efficacité si le retard concerne plusieurs factures d'un montant peu élevé.

En tout état de cause, le créancier ose rarement solliciter le paiement de cette pénalité à son débiteur. La peur de perdre un client reste un frein essentiel à la mise en œuvre de cette disposition.

De même, les conditions générales des créanciers doivent prévoir le taux d'intérêt applicable en cas de retard, celui-ci ne pouvant être inférieur à 3 fois le taux d'intérêt légal et étant fixé, sauf clause contraire, au taux de la BCE majoré de 10 points de pourcentage.

Ces Intérêts de retards sont dus de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats (Cass. Com. 22/11/2017, pourvoi n° 16-19.739 ; 20/12/2017, pourvoi n° 16-25.786).

Là encore, la modicité du taux d'intérêt légal actuel (0,89 % entre professionnels pour le second trimestre 2018) ne permet pas d'espérer que son triplement puisse conduire le débiteur indécis à régler rapidement sa dette.

En principe, les sommes mises à la charge du débiteur en application de l'article L. 441-6 ne constituent pas une clause pénale susceptible d'être réduite par le juge.

En définitive, ces indemnités/intérêts de retard, ne visent qu'à indemniser à minima le retard de paiement.

On pourrait toutefois penser que l'attitude du débiteur de mauvaise foi, celui qui fait du retard volontaire de paiement de ses créanciers une stratégie financière, mérite une sanction allant au-delà de ce qui existe aujourd'hui.

L'article 1231-6 al. 3 du Code civil prévoit la condamnation du débiteur de mauvaise foi. Mais cette sanction supposera la preuve, à la charge du créancier, non seulement de l'existence d'un préjudice distinct du simple retard, mais aussi de la mauvaise foi du débiteur.

La jurisprudence a eu l'occasion de retenir que la mauvaise foi était identifiée quand la résistance opposée par les débiteurs pour le paiement de leur dette était dépourvue de tout moyen sérieux

est abusive (Cass. 1^{re} civ. 16/03/1977, pourvoi n° 75-11.255) ou si le débiteur connaissant la situation exacte avait volontairement différé le paiement (Cass. 1^{re} civ. 13/04/1983, pourvoi n° 82-10.262) et que le retard a causé au créancier un préjudice indépendant du retard de paiement si faute de pouvoir disposer en temps utile de la somme qui lui était due, le créancier avait été dans l'obligation de s'adresser à des organismes bancaires à des conditions onéreuses (Cass. 1^{re} civ. 16/03/1977, précité).

On le pressent, rares sont les affaires qui aboutissent à la sanction des débiteurs sur ce terrain.

Par conséquent, face à l'inefficacité de ces procédures et à l'insuffisance des indemnités octroyées aux créanciers, il nous semble indispensable de réformer les outils juridiques qui sont à leur disposition.

On pourrait envisager une indemnité forfaitaire de recouvrement qui soit proportionnée au montant de la créance à recouvrer et qui serait fixée par pallier.

De même, l'intérêt de retard pourrait être significativement plus élevé, voir progressif au-delà d'un certain retard, à l'image des 5 points supplémentaires ajoutés au taux d'intérêt légal pour les jugements devenus exécutoires depuis plus de deux mois (Art. L. 313-3 du Code monétaire et financier).

Enfin, on pourrait renverser la charge de la preuve de l'article 1231-6 al. 3 du Code civil et considérer que sauf preuve contraire, tout paiement tardif en présence de relances du créancier est le fait d'un débiteur de mauvaise foi.

Les débiteurs de mauvaise foi sont des agents économiques comme les autres, tant qu'il ne sera pas extrêmement pénalisant de ne pas régler ses factures à son échéance, il y a peu de chance de voir leur comportement se modifier.

**Bertrand Jardel et Philippe Julien,
avocats associés chez PDGB**

**Remerciements à Ludovic Ribes, juriste
chez PDGB, pour son aide précieuse à
la préparation de cet article**