



HAL
open science

L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ?

Pascal Ancel

► **To cite this version:**

Pascal Ancel. L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ?. [Rapport de recherche] 26.11.09.25, Mission de recherche droit et justice. 2009, 248 p. halshs-01068658

HAL Id: halshs-01068658

<https://shs.hal.science/halshs-01068658v1>

Submitted on 29 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Centre de recherches critiques sur le droit

UMR CNRS 5137

L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ?

Convention N° 26.11.09.25

Rapport rédigé par

Pascal ANCEL

Professeur à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Avec le concours de :

Safia BOUABDALLAH, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Marianne COTTIN, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Nathalie DE JONG, Assistant-ingénieur à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Olivier GOUT, Professeur à l'Université de Savoie, CERCRID

Béatrice GORCHS, Maître de conférences à l'Université de Savoie, CDPPOC

Ingrid MARIA, Maître de conférences à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble, CDPPOC

Eric NEMADEU, Doctorant à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Françoise PERRET-RICHARD Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Patricia SERVANT, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Juin 2009

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

Rapport rédigé par

Pascal ANCEL

Professeur à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Avec le concours de :

Safia BOUABDALLAH, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Marianne COTTIN, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Nathalie DE JONG, Assistant-ingénieur à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Olivier GOUT, Professeur à l'Université de Savoie, CERCRID

Béatrice GORCHS, Maître de conférences à l'Université de Savoie, CDPPOC

Ingrid MARIA, Maître de conférences à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble, CDPPOC

Eric NEMADEU, Doctorant à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Françoise PERRET-RICHARD Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

Patricia SERVANT, Maître de conférences à l'Université Jean Monnet, CERCRID

CERCRID – Centre de recherches Critiques sur le Droit

CDPPOC - Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation

Ont également participé à la recherche, dans sa phase initiale : Jean-Yves BOREL, Martine LE FRIANT, Marie-Claire RIVIER, Philippe SOUSTELLE

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention ° 26.11.09.25). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	3
INTRODUCTION	5
I- Objet de la recherche	5
II- Champ de la recherche	12
II- Méthode de la recherche	17
A- Analyse détaillée du contentieux de l'impayé bancaire	17
1°- Bases statistiques	17
2°- Premiers résultats.....	19
B- Recherche des causes des évolutions.....	22
1°/ Croisements de données.....	22
a/ Données statistiques.....	22
b/ Données juridiques	24
2°/ Recherches empiriques	25
 PREMIERE PARTIE : BAISSSE DU CONTENTIEUX DE L'IMPAYE ET OCTROI DES CREDITS GENERATEURS D'IMPAYE - UNE MEILLEURE PREVENTION DU RISQUE D'IMPAYE	
 TITRE I- DES CREDITS GLOBALEMENT PLUS IMPORTANTS	30
CHAPITRE I- EVOLUTIONS GLOBALES	30
CHAPITRE II- EVOLUTIONS PAR TYPES DE CREDITS	32
Section 1- Evolution des crédits en fonction de leurs bénéficiaires	32
Section 2- Evolution des crédits en fonction de leur finalité.....	34
Section 3- Techniques de crédit	35
 TITRE II- DES CREDITS MIEUX MAITRISES	39
CHAPITRE I- UNE MEILLEURE SELECTION DES BENEFICIAIRES DE CREDIT	39
Section 1- La sélection des bénéficiaires de crédit bancaire	39
§1- Approche statistique : le compte des défaillances et des défauts de paiement	40
A- Défaillances d'entreprises.....	40
B- Particuliers	42
§2- Approche juridique : l'évolution du cadre normatif de l'octroi des crédits.....	45
A- La réglementation prudentielle des banques.....	46
B- La responsabilité du banquier dispensateur de crédit.....	49
a/ Responsabilité du banquier vis à vis des autres créanciers du bénéficiaire de crédit	50
b/ Responsabilité vis à vis du bénéficiaire de crédit.....	52
1°/ Evolution jurisprudentielle	52
2°/ Incidence de cette évolution jurisprudentielle	55
C- La réglementation des procédures de traitement des difficultés financières des débiteurs	57
§3- Approche empirique : les pratiques de sélection des bénéficiaires de crédit.....	59
1°/ Méthodes standardisées : le scoring	59
2°/ Méthodes personnalisées.....	61
Section 2- La sélection des bénéficiaires de crédit dans les relations commerciales non bancaires.....	63
 CHAPITRE II- UNE UTILISATION PLUS SYSTEMATIQUE DES GARANTIES DU CREDIT	68
Section 1- Les sûretés personnelles	69
Section 2- Les sûretés réelles	72

DEUXIEME PARTIE : BAISSSE DU CONTENTIEUX DE L'IMPAYE ET EVOLUTIONS TOUCHANT LE RECOUVREMENT DES CREANCES - UNE DEJUDICIARISATION DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE

TITRE I- L'EVOLUTION DES PROCEDURES DE RECOUVREMENT DANS LES RELATIONS INTERNES ENTRE CREANCIER ET DEBITEUR..... 83

CHAPITRE I- LE DEVELOPPEMENT DE MODES DE RECOUVREMENT SANS INTERVENTION DU DEBITEUR..... 83

- Section 1- Procédés utilisables dans des relations d'obligation réciproques 84
 - § 1- La compensation 84
 - § 2- Les paiements dans les relations de comptes bancaires..... 85
- Section 2- Procédés utilisables dans une relation unilatérale d'obligation..... 88

CHAPITRE II - L'EVOLUTION DES PRATIQUES DE RECOUVREMENT FAISANT INTERVENIR LE DEBITEUR 91

- Section 1- Le développement des pratiques de négociations précontentieuses 94
 - § 1- Description des pratiques 94
 - § 2- Analyse juridique des pratiques 97
- Section 2- Le développement limité des modes non judiciaires du traitement contentieux 99
 - § 1- Le faible rôle de la médiation bancaire 100
 - § 2- L'absence de recours à l'arbitrage..... 104

TITRE II- L'EXTERNALISATION CROISSANTE DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE 105

CHAPITRE I- L'EXTERNALISATION DE LA GESTION DE L'IMPAYE 107

- Section 1- Externalisation sans transfert de la charge du risque de l'impayé..... 107
 - §1- Le marché du recouvrement 107
 - §2- Pratiques des sociétés de recouvrement 110
- Section 2- Externalisation avec transfert du risque d'impayé 114
 - A- L'acquisition des créances impayées..... 114
 - B- Les techniques d'assurance..... 117

CHAPITRE II- L'EXTERNALISATION DE LA GESTION DES CREANCES..... 120

CONCLUSION GENERALE..... 124

ANNEXES 129

INTRODUCTION

I- Objet de la recherche

1- Première idée - Depuis le début des années 1990, on observe, en France, une baisse très sensible, et presque générale, du contentieux de l'impayé devant toutes les juridictions civiles et commerciales. La présente étude vise à donner une analyse détaillée de ce phénomène, et à en rechercher les causes.

2- Notion d'impayé - Il convient, dans un premier temps, de définir ce qu'on entend par contentieux de l'impayé. L'impayé pouvant être défini comme un défaut de paiement, on doit partir de la notion de paiement. En droit civil, cette notion reçoit, techniquement, un sens très large : il s'agit de l'exécution volontaire de toute obligation, quel qu'en soit l'objet et quelle qu'en soit la source. C'est ainsi qu'apparaît le paiement, premier mode d'extinction des obligations, aux articles 1235 et suivants du Code civil, où certains textes visent l'exécution d'une obligation de faire (ex : art 1237) ou la remise d'une chose (art 1238, 1243 etc.). Dans ce sens large, l'impayé recouvrirait tous les cas d'inexécution des obligations. Ce n'est pas dans ce sens très large que la notion d'impayé a été entendue dans le cadre de la présente recherche, mais dans un sens plus étroit, et qui correspond au langage courant, où le paiement désigne l'exécution d'une obligation de somme d'argent, et où l'impayé, par conséquent, désigne l'inexécution d'une telle obligation. Le contentieux de l'impayé, dès lors, recouvre les **différentes demandes ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent par un créancier à son débiteur**. C'est ce type de demandes qui, depuis le début des années 1990, apparaît, d'après les statistiques du Ministère de la Justice, en diminution à la fois constante et quasi-générale, et c'est uniquement sur ce contentieux qu'il nous avait été demandé de travailler.

3- Distinction du contentieux du recouvrement et du contentieux de la fixation des créances - Ce contentieux ne couvre pas toutes les demandes en justice ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, même lorsqu'elles sont liées à une obligation préexistante. Au sein de ces demandes, il faut bien distinguer celles qui visent à faire fixer par le juge le principe et le montant d'une obligation de somme d'argent (contentieux de la fixation de créances), et celles qui visent à faire condamner le débiteur à payer une somme d'argent objet

d'une obligation dont le principe et le montant résultent d'un acte antérieur (contentieux du recouvrement). Le premier type de demandes n'entre pas dans ce qu'on peut appeler le contentieux de l'impayé, dès lors que l'objet premier de la demande faite au juge n'est pas de condamner le débiteur à payer une somme préalablement déterminée, mais de dire qu'il est débiteur et pour quel montant il l'est : tel est le cas lorsqu'on demande au juge de fixer une pension alimentaire, ou de condamner l'auteur d'un dommage au versement de dommages intérêts, que ce soit sur le fondement de la responsabilité délictuelle ou de l'inexécution d'une obligation contractuelle. On ne peut pas dire que celui qui résiste à une telle demande – en prétendant, par exemple, qu'il n'a pas commis de faute ou que son fait n'est pas la cause du dommage – est en situation d'impayé. Le terme d'impayé doit être à l'évidence réservé aux cas où la dette a été fixée préalablement, soit par une décision judiciaire qui n'est pas exécutée ou qui cesse de l'être (le débiteur d'aliments ne paye pas la pension, le responsable reconnu ne paye pas les dommages intérêts auxquels il a été condamné), soit par un acte unilatéral pris en exécution d'une disposition légale assujettissant certaines personnes à payer certaines sommes (défaut de paiement d'un impôt ou d'une cotisation sociale), soit, surtout, par un contrat faisant peser sur une personne une obligation de payer (défaut de remboursement d'un prêt, défaut de paiement d'un prix de vente...). La distinction entre les deux catégories de cas correspond à la distinction traditionnelle entre les jugements constitutifs et les jugements déclaratifs : dans la première série de cas, on demande au juge de créer le rapport d'obligation, dans les secondes hypothèses, il ne fait que déclarer une créance préexistante. Elle correspond en gros, aussi, aux domaines d'application respectifs des articles 1153 et 1153-1 du code civil relatifs au régime des intérêts de retard pour le paiement des sommes d'argent : tandis que les intérêts de retard courent dès la mise en demeure pour les créances préexistantes (art 1153), elles ne courent en principe que du jour du jugement pour les indemnités. On sait cependant que la distinction entre les deux séries d'hypothèses est assez flottante¹, et que, d'un point de vue théorique, la distinction des jugements constitutifs et déclaratifs est aujourd'hui contestée². Il est vrai que, même dans les jugements fixant la créance, il y a un aspect « déclaratif », dès lors que le principe de l'obligation de réparer résulte du fait dommageable, et non de la décision qui reconnaît la responsabilité de son auteur. A l'inverse, dans les décisions qui condamnent au paiement d'une obligation

¹ Là-dessus voir un précédent rapport du CERCRID, *Le coût de la durée du procès civil* sous la direction de P. Ancel et C. Béroujon, GIP Droit et justice 1999 – et depuis, s'appuyant en partie sur les conclusions de ce rapport : F. Gréau *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrenois, 2006

² P. Ancel et M. Cottin, *Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil*, in n° spécial de la *Revue internationale de droit économique*, *L'économie de la justice*, 1999, vol 13 n° 2

contractuelle de somme d'argent, le juge peut avoir à trancher des contestations sur le montant, voire sur le principe de la somme due. Il n'en reste pas moins que, au regard de la présente étude, la distinction apparaît pertinente. Lorsque aucun acte n'a préalablement fixé le principe et le montant de l'obligation (obligation au paiement de dommages intérêts par exemple), il apparaît nécessaire, avant de poursuivre l'exécution, d'obtenir une décision d'un juge, ou au moins un acte en tenant lieu (transaction notamment). En revanche, lorsque le créancier dispose au départ d'un acte fixant (même de manière contestable) le montant de sa créance, le recours au juge n'est *a priori* nécessaire que pour obtenir un titre exécutoire. Or, dans de très nombreux cas, il sera possible de se passer d'un tel recours : soit que le créancier dispose déjà d'un tel titre, soit, plus souvent, qu'il parvienne à obtenir l'exécution par un autre moyen (en utilisant des moyens de pression, par compensation etc.). On peut donc comprendre qu'il existe, pour ce contentieux des demandes en paiement d'obligations de sommes d'argent préalablement déterminées, une élasticité plus grande que pour le contentieux indemnitaire, et que, selon les périodes et les contextes, les créanciers recourent plus ou moins à la justice pour obtenir des titres permettant l'exécution forcée de leur créance. C'est précisément cette élasticité que la présente étude va permettre de mesurer.

4 – Identification du contentieux de l'impayé dans la nomenclature des affaires civiles -

Les difficultés théoriques qu'il peut y avoir à cerner le contentieux de l'impayé à proprement parler, et notamment à le distinguer du contentieux indemnitaire, n'empêchent pas du reste qu'en pratique ce contentieux puisse être assez précisément mesuré à travers un certain nombre de postes de la nomenclature des affaires civiles. La liste complète de ces postes est donnée en **annexe 1** ; on en fera ici un rapide survol. On ne rencontre aucune demande de ce type en droit des personnes. En droit de la famille, les demandes relatives à des obligations de somme d'argent sont, le plus souvent, des demandes de type constitutif, tendant à la fixation d'une obligation : ainsi les demandes codées 22B, 22C, 22D tendant à la révision des conséquences pécuniaires du divorce ou de la séparation de corps, ou les demandes relatives aux obligations alimentaires des postes 24) . Dans ce domaine, on peut cependant classer dans le contentieux de l'impayé les postes 24D (recours entre codébiteurs d'aliments) et 24E (recours des tiers payeurs contre les débiteurs d'aliments) car il s'agit de demandes correspondant à des obligations préalablement fixées. N'entrent pas davantage dans le contentieux de l'impayé les différentes demandes pécuniaires relatives aux successions et aux libéralités (notamment les demandes de rapport ou de réduction), qui visent à faire fixer par le juge les sommes dues par un héritier aux autres). Le contentieux de l'impayé est en revanche

bien représenté dans le domaine du droit des affaires (postes 3). On relève d'abord ici certaines demandes de paiement relatives à des contrats d'affaires : demande en paiement des loyers d'un bail commercial (30B)³, demande en paiement du prix de vente d'un fonds de commerce (31B), demande en paiement des redevances dues par un locataire-gérant (32D), demande en paiement de cotisations d'une association, d'un syndicat ou d'un ordre professionnel (34G). On relève surtout deux demandes spécifiques en matière de banque (postes 38), domaine d'élection du contentieux de l'impayé : 38B (demande en paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre), 38C (demande en paiement du solde du compte bancaire)⁴. Viennent ensuite dans la nomenclature les postes 4, relatifs aux procédures de traitement des difficultés des entreprises, et aux procédures de traitement du surendettement : bien que très liées à la question de l'impayé, et devant être mises en parallèle avec elles, les différentes demandes codées sous ces postes ne relèvent pas, à proprement parler, du «contentieux de l'impayé ». C'est en matière contractuelle (postes 5) que ces demandes sont les plus nombreuses, et on peut recenser ici toutes les demandes en paiement de sommes à payer dans le cadre des différents contrats : demande en paiement d'un prix de vente (50B), demande en paiement des loyers d'un bail (51A, 52A), demande en remboursement d'un prêt (53B), demande en paiement des loyers d'un crédit-bail (53F) demande en paiement contre une caution (53I) et recours de la caution qui a payé (53J), demandes en paiement de sommes dues en exécution d'un contrat de construction (54 B, C, D), demande en paiement du prix d'un transport (55A), demande en paiement formée contre le client par un prestataire de services (56B), par un intermédiaire (57A), par un assureur (58D), par un contractant autre (59B) ou non qualifié (59D).

Dans la suite de la nomenclature, on peut sauter au dessus des postes relatifs à la responsabilité ou aux quasi-contrats (où on ne rencontre que des demandes de type indemnitaire), ainsi qu'aux biens, sous la seule réserve des demandes en paiement de charges de la copropriété (72A) ou de demandes en paiement des redevances d'un bail emphytéotique ou des loyers d'un bail à construction (75A), ainsi que de demandes en paiement de droits d'auteur (79B). On retrouve ensuite des cas particuliers d'impayé dans le contentieux social, avec les demandes en paiement de salaires (80C et 80G) et les demandes en paiement de cotisations sociales (88C).

³ En revanche, le 30C (demande en révision des loyers) et le 30F (demande en fixation de l'indemnité d'éviction) n'entrent pas dans le cadre du contentieux de l'impayé.

⁴ Les demandes en responsabilité formées contre la banque ne relèvent pas en revanche du contentieux de l'impayé.

5 – Déclin général du contentieux de l’impayé – Une première analyse des statistiques établies sur ces différents postes a fait apparaître – et c’était la raison de l’appel d’offres lancé par la Mission de recherche Droit et Justice– que, d’une manière générale, depuis le début des années 1990, les créanciers avaient, dans ces hypothèses, de moins en moins tendance à s’adresser aux tribunaux. Un premier examen de l’ensemble des postes qui viennent d’être listés (**Annexes 2 et 3**) fait en effet apparaître une baisse sensible, et dans un certain cas spectaculaire, de ce contentieux. Globalement, le nombre des demandes en paiement précédemment décrites est passé, devant les tribunaux d’instance et de grande instance, entre **1993 et 2003**, soit sur 10 ans de 1 280 006 à 1 032 723 : ce chiffre inclut tant les demandes au fond que les demandes en référé et les injonctions de payer (**Annexe 2**). On observe que cette baisse vaut tout aussi bien pour les tribunaux d’instance (1178 584 à 979 044 soit – 16,9%) que pour les tribunaux de grande instance (101 421 à 53 679 soit – 47%) , même si elle est nettement plus spectaculaire pour la seconde catégorie de juridictions. Elle vaut également pour tous les types de procédure, même si elle est beaucoup moins nette, sur la même période, pour les procédures de référé. Particulièrement significative du phénomène est la baisse des injonctions de payer, qui constituent de loin la procédure la plus utilisée pour le recouvrement des créances : de 857 472 en 1993 on est passé à 702 550 demandes d’injonction en 2003 et ce chiffre est encore descendu à 613 322 en 2007 . De manière remarquable, pour tous les types de procédure et pour tous les types d’affaires concernées, la baisse a commencé à partir des années 1993 ou 1994, les années précédentes ayant été au contraire des années d’augmentation : le pic est atteint devant les tribunaux d’instance en 1992 avec 1 231 781 demandes au fond, et en 1993 devant les tribunaux de grande instance avec 101 421 demandes, la décrue ultérieure étant absolument régulière, avec cependant une légère remontée devant les tribunaux d’instance en 1999 et 2001. La même tendance s’observe, plus nettement encore, devant les tribunaux de commerce, pour lesquels cependant nous ne disposons des chiffres que depuis 1995 : de 1995 à 2003 on est passé de 177 871 à 120 894 demandes (fond et référé), ce qui donne une baisse de 32%, soit presque du tiers. Or cette décrue du contentieux de l’impayé ne s’inscrit absolument pas dans un mouvement d’ensemble du contentieux devant les juridictions civiles, tout au contraire : pendant la même période, le nombre total des demandes soumises à ces juridictions a, lui, augmenté de manière sensible, passant de 476 514 affaires nouvelles devant le TI en 1988 à 533 873 en 2004, et de 450 112 affaires nouvelles en 1988 devant le TGI à 615 213 en 2003 (Voir **annexe 2 bis**). Pour présenter les choses de manière simple (simpliste ?) cela signifie que les créanciers de somme d’argent qui cherchent à obtenir le recouvrement de leurs créances s’adressent de

moins en moins aux tribunaux, et cherchent sans doute à obtenir ce résultat par d'autres moyens.

6- Recherche des causes - A partir de là, l'objet principal de l'étude a consisté à rechercher les causes de ce phénomène de déclin du contentieux de l'impayé. Sans exclure *a priori* que ce déclin puisse avoir des causes économiques – diminution de l'octroi des crédits pouvant donner lieu à impayé et/ou diminution des difficultés économiques des débiteurs – nous avons d'emblée supposé que le phénomène avait principalement des causes juridiques. L'idée de départ de cette recherche, fréquemment développée dans nos recherches antérieures est que le juge qui doit connaître d'un litige n'est pas un acteur isolé. Son intervention s'inscrit dans une chaîne d'événements sociaux appréhendés par le droit, chaîne qui, en matière contractuelle, peut aller du projet contractuel à l'exécution forcée des obligations contractées par le débiteur. Dans le schéma le plus traditionnel, la décision de condamnation par le juge est, en cas d'incident de paiement, un maillon nécessaire de cette chaîne : si le débiteur contractuel – et notamment le débiteur d'une obligation de somme d'argent - n'exécute pas ses obligations, le créancier doit agir en justice pour obtenir un titre exécutoire, lequel lui permettra ensuite d'obtenir l'exécution forcée sur les biens du débiteur. De prime abord, les statistiques des affaires civiles, qui ont servi de base à l'appel à projets, semblent révéler un certain épuisement de ce schéma, du moins dans certains secteurs où la chute des demandes en paiement d'obligations contractuelles est particulièrement significative. On peut penser que cela est dû, en partie au moins, à un certain nombre de changements dans les normes et/ou dans les pratiques des acteurs. Le droit positif, d'abord, a progressivement mis en place ou encouragé diverses procédures de « dérivation » qui peuvent conduire à sortir un certain nombre d'incidents de paiement du circuit « classique » de l'impayé : on songe ici particulièrement aux procédures de traitement du surendettement ou aux fameux « modes alternatifs de règlement des litiges » reposant sur un accord des parties. Les acteurs ont pu, dans certains secteurs au moins, s'engouffrer dans ces nouvelles procédures. Mais, en dehors même de ces dispositifs législatifs spécifiques, les acteurs ont pu développer des pratiques expliquant la diminution des demandes en paiement formées par les créanciers de sommes d'argent. A cet égard, et comme l'appel à projets le suggérait, il faut sans doute faire la part des multiples stratégies de prévention de l'impayé, consistant, soit à améliorer les techniques de sélection des bénéficiaires de crédit, soit à insérer dans les contrats des clauses visant à automatiser l'exécution ou à faire pression sur le débiteur en difficulté (clauses pénales, clauses résolutoires etc.) – cette pression pouvant également être obtenue par le jeu de

garanties assortissant les crédits octroyés. Mais il faut aussi tenir compte de la possibilité qu'a le créancier, en cas d'incident de paiement, d'obtenir satisfaction par d'autres voies que par une demande de condamnation : recours plus systématique à l'acte notarié valant titre exécutoire, recours aux saisies conservatoires, pratiques permettant au créancier impayé de « se faire justice à lui-même », recours fréquent aux sociétés de recouvrement... On remarquera que ces pratiques sont à l'opposé des pratiques de règlement amiable que le législateur veut aujourd'hui encourager, car il s'agit, pour la plupart de clauses ou de mesures unilatérales émanant de créanciers en situation de force, et qui sont très significatives du phénomène souvent souligné de la montée de l'unilatéralisme dans les rapports contractuels.

7- Eviction ou déplacement du rôle du juge ? - C'est le rôle joué par ces évolutions législatives et par ces pratiques que nous nous sommes proposé de cerner à l'occasion de la recherche ici proposée, d'abord à travers une étude globale intégrant les différents postes du contentieux de l'impayé, ensuite à travers une enquête de terrain menée dans un ou plusieurs secteurs particulièrement représentatifs du phénomène relevé au départ. Au centre de nos préoccupations, et de l'analyse que nous souhaitons mener, a été la question de savoir si le développement supposé, dans les textes et dans la pratique, de ces circuits de dérivation du contentieux classique de l'impayé, se traduit par une éviction totale du rôle du juge ou par un simple déplacement de son rôle dans la chaîne des opérations liées à un contrat. Notre hypothèse de départ était que, dans certains domaines au moins, on assiste à de simples déplacements de l'intervention du juge, liés le plus souvent à une sorte d'inversion du contentieux : on pourrait ainsi penser que le recours plus fréquent à l'acte notarié valant titre exécutoire pourrait se traduire par un développement des contestations devant le juge de l'exécution, que l'utilisation par le créancier impayé d'une procédure de rupture unilatérale du contrat lui permettant de « reprendre ses billes » plutôt que d'agir en paiement est de nature à provoquer une montée des contestations émanant du débiteur, que le recours systématique à des procédés de paiement automatique ou de prépaiement peut générer une augmentation des demandes en répétition de l'indu etc. Ainsi, un certain nombre de difficultés, qui n'apparaîtraient plus par la porte des demandes tendant au paiement (postes de la nomenclature ayant servi de base à l'établissement des statistiques de l'impayé) pourraient bien réapparaître par d'autres fenêtres juridictionnelles. C'est ce que nous nous sommes proposé de vérifier.

II- Champ de la recherche

8- Exclusions de certains contentieux - Très vite, il est apparu nécessaire de cibler davantage l'étude, en excluant certains contentieux trop spécifiques, dont les évolutions peuvent tenir à des facteurs tout à fait particuliers, et qui mériteraient sans doute des études particulières. C'est ainsi que nous avons d'emblée éliminé les quelques aspects pécuniaires du contentieux familial pouvant être rangés sous l'étiquette « impayé ». Nous avons également sorti de l'étude le contentieux des baux (tant des baux d'habitation, que des baux commerciaux ou ruraux), dans lequel on peut supposer que le plus ou moins grand nombre de demandes formées contre les locataires devant les tribunaux est moins lié à l'attitude que les bailleurs ont vis-à-vis de l'institution judiciaire, qu'à l'évolution de la situation économique et sociale des locataires. En outre, il paraît assez difficile de traiter ce contentieux comme relevant du contentieux de l'impayé, dans la mesure où l'enjeu principal de la demande formée par le bailleur est moins souvent le paiement des loyers que la résiliation du bail et l'expulsion du locataire, et que ces résultats ne peuvent être atteints que par l'obtention d'une décision judiciaire. On remarque du reste que ce contentieux ne suit nullement la courbe générale du contentieux de l'impayé : ainsi, pour les trois postes 30B (demande en paiement de loyers en matière de baux commerciaux), 51A (demande en paiement de loyers en matière de baux d'habitation) et 52A (demande en paiement des loyers ou fermages en matières de baux ruraux, les données sont très irrégulières (successions de hausses et de baisses pour ces trois postes selon la juridiction et le type de procédure (voir l'évolution du nombre de demandes sur ces postes dans les tableaux donnés en **annexe 3**). De même nous est apparu trop spécifique le contentieux du paiement des salaires (80C et 80G), lié principalement aux difficultés des entreprises, et dont les évolutions ne témoignent sans doute pas de choix effectués par ces créanciers très particuliers que sont les salariés quant au mode de recouvrement de leurs créances. Dans le prolongement, a été également exclu le contentieux du paiement des cotisations sociales (88C), lui aussi trop spécifique.

9- Restriction aux impayés liés aux opérations de crédit- Ces diverses exclusions nous ont amené à limiter nos recherches à l'impayé lié aux différentes formes de crédit. Cette notion, qui ne fait l'objet d'aucune définition légale générale, doit être largement entendue, dans un premier temps au moins. On peut l'entendre comme toute opération contractuelle qui procure à une personne la disponibilité immédiate d'un bien ou d'un service tout en lui faisant supporter la charge financière de manière différée. Cette définition exclut d'emblée les

contrats à exécution successive comme le contrat de bail⁵ ou le contrat de travail, dans lesquels le paiement échelonné des loyers ou des salaires correspond à une fourniture elle-même étalée dans le temps d'un service en contrepartie (la jouissance du bien loué, le travail fourni par le salarié), sans qu'on puisse dire à proprement parler que le bailleur ou le salarié fassent crédit au locataire ou à l'employeur⁶. La notion de crédit ainsi définie couvre en revanche une grande variété de contrats, aux objets les plus divers. On y trouve d'abord bien entendu les contrats de crédit au sens de la réglementation bancaire, dont l'objet principal est précisément de faire un crédit, soit par la mise à disposition immédiate d'une somme d'argent devant être ultérieurement remboursée (le prêt : poste 53B de la nomenclature, le découvert bancaire qui, dans l'analyse la plus communément admise est une forme particulière de prêt : poste 38C, l'escompte d'un effet de commerce : poste 38B), soit par la mise à disposition par le donneur de crédit d'un bien spécialement acquis à cet effet moyennant le paiement de loyers avec faculté d'acquisition du bien par le locataire (crédit-bail ou location avec option d'achat : poste 53F de la nomenclature⁷). Mais on y trouve aussi tous les contrats dont l'objet est principalement la fourniture du bien ou du service – vente, contrat de prestation de services, contrat de construction d'un immeuble, contrat de transport, contrats d'intermédiaire - dès lors que le fournisseur accorde un délai de paiement, même très court, à son client. Ils relèvent du reste en France de ce qu'on appelle habituellement le « crédit-fournisseur », par opposition au crédit-acheteur que le client se procure auprès d'un établissement de crédit pour pouvoir payer son fournisseur. Du point de vue de notre étude, ces différents contrats s'inscrivent dans une problématique commune : le vendeur ou l'entrepreneur qui accorde un délai de paiement à son client sait, tout comme le banquier qui prête de l'argent, qu'il court un risque de non-paiement, et il peut essayer de limiter ce risque par une sélection de ses clients, par l'octroi de garanties, ou l'anticipation contractuelle de moyens de recouvrement qui éviteront le recours au juge – comportements qui auront tous une incidence sur le contentieux de l'impayé. Il paraît donc possible de dégager, pour toutes ces hypothèses, des causes communes au phénomène observé.

⁵ Sous réserve du crédit-bail V infra

⁶ Ces contentieux avaient de toute façon déjà été exclus pour d'autres raisons.

⁷ Même s'ils utilisent la technique du bail, ces contrats, qui relèvent du reste du monopole des établissements de crédit, constituent de véritables opérations de crédit, dans la mesure où les loyers ne correspondent pas à la jouissance immédiate du bien, mais à des fractions du paiement anticipé du bien qui pourra, moyennant paiement d'un prix résiduel en fin de bail. Ces opérations sont expressément assimilées à des opérations de crédit par l'article L 313-1 du Code monétaire et financier.

10- Centrage de l'étude autour des impayés bancaires - Sans exclure par principe aucun des postes de demande correspondant à cette première délimitation, nous avons assez vite décidé de centrer notre étude autour de l'impayé bancaire. Les raisons de ce choix étaient de deux ordres, la première tenant à l'importance de l'impayé dans le secteur bancaire, la seconde tenant à son homogénéité.

D'une part, en France comme dans la plupart des systèmes juridiques, les établissements de crédit ont le monopole de la pratique habituelle des opérations de crédit – ou tout au moins des opérations ayant spécifiquement une finalité de crédit. L'article L 511-5 du Code monétaire et financier, issu de la loi bancaire du 24 janvier 1984, dispose que « *Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel* ». Or, parmi les opérations de banque figurent, notamment (article L 311-1 CMF) les opérations de crédit, définies par l'article L 313-1 comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». Le texte ajoute que « *sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ». Il en résulte que, pour l'essentiel, les demandes codées au poste 53B (demande en remboursement d'un prêt), correspondent à des demandes formées par des établissements de crédit : même si on ne peut exclure quelques demandes formées par des particuliers ou des entreprises qui ont prêté de l'argent à titre occasionnel, on peut supposer que le phénomène est très marginal. Quant aux 38C (demande en paiement du solde d'un compte bancaire), et 53 F (demande en paiement des loyers ou en résiliation d'un crédit-bail), ils correspondent à des formes de crédit qui, en pratique, ne sont octroyés que par les établissements de crédit. Le poste 38B (demandes en paiement relatives à une lettre de change ou un billet à ordre) est plus hétérogène puisqu'il regroupe aussi bien des demandes formées par des banques (lorsqu'elles ont escompté l'effet et qu'elles agissent en paiement contre le tiré de la lettre de change ou le souscripteur du billet) que des demandes formées directement par l'entreprise tireur de l'effet contre son client lorsqu'il en est resté porteur. Aussi bien, et même s'il ne faut pas négliger la part des crédits intégrés dans des opérations commerciales (crédit –fournisseur), qui échappent pas nature au monopole bancaire (art. L 511-7 I, 1 Code

monétaire et financier⁸), n'est-il pas étonnant que l'impayé correspondant à ces différentes opérations occupe une place très importante dans l'ensemble du contentieux de l'impayé (**Annexe 4 – Part relative des différents postes par rapport au contentieux global de l'impayé**). Devant les tribunaux civils, c'est surtout vrai pour les demandes au fond en remboursement de prêt (poste 53 B), qui représentent chaque année environ 25% des demandes au fond formées devant les tribunaux de grande instance par rapport au nombre total des demandes relatives à l'impayé, tandis que devant les tribunaux d'instance, elles sont passées de 17,99% en 1988 à 30,07% en 2005. La part des demandes en paiement du solde débiteur du compte bancaire dans le contentieux de l'impayé (38C) a, elle, beaucoup évolué, passant devant les tribunaux de grande instance d'environ 10% en 1988 à moins de 5% en 2005. L'autre poste spécifiquement bancaire ((53F : crédit-bail), lui n'occupe qu'une place marginale dans le contentieux de l'impayé. Quoiqu'il en soit, cependant, si on fait l'addition de ces différents postes, ce contentieux bancaire apparaît beaucoup plus massif que celui qui apparaît aux autres postes, beaucoup plus dispersé. C'est moins vrai devant les tribunaux de commerce, où l'impayé commercial (notamment dans le cadre de la vente) occupe, de loin, la première place : l'impayé bancaire représentait à peine 10% de l'ensemble du contentieux de l'impayé en 1993 et seulement un peu plus de 5% en 2003. Cette place limitée peut sans doute s'expliquer par le fait que, très souvent, lorsqu'une entreprise ne peut pas rembourser ses crédits bancaires, une procédure collective sera ouverte, ce qui absorbera le contentieux de l'impayé.

D'autre part, seul le contentieux de l'impayé bancaire semblait présenter une homogénéité suffisante pour donner lieu à une étude sérieuse. Même s'il est diversifié, le secteur des établissements de crédit présente une certaine unité, il obéit à une réglementation d'ensemble (dont l'évolution a pu peser sur les pratiques en matière d'impayé), il est organisé autour d'un certain nombre d'institutions. Il pouvait donc se prêter à une forme de recherche empirique à base d'entretiens avec les acteurs. Les autres postes de la nomenclature relatif à l'impayé, même limité à l'impayé de crédit, recouvrent en revanche des secteurs très éclatés, qui font intervenir des acteurs aussi différents que les petits artisans, les gros transporteurs, les vendeurs de marchandises, les sociétés de téléphonie mobile, les entreprises publiques (relevant du droit privé) fournissant du gaz ou de l'électricité etc. Une étude empirique ne pourrait donc être menée qu'en sélectionnant, à l'intérieur de ce vaste secteur, un ou plusieurs

⁸ « Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse : I -1. Dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais ou avances de paiement ; »

types de créanciers particuliers, et ce type d'étude intéressante en elle-même pour la connaissance des pratiques contractuelles et contentieuses de tel ou tel acteur économique (on songe par exemple à l'intérêt que pourrait présenter une étude des pratiques des opérateurs de téléphonie mobile), ne serait peut-être pas significative dans le cadre d'une étude relative au contentieux de l'impayé. En outre, si on met à part certains types de contrats qui font l'objet d'un poste spécifique au sein de la nomenclature des affaires civiles (construction, transport, assurances, intermédiaires), il faut observer que la grande majorité des demandes en paiement relatives à la fourniture de biens ou de services sont confondues au sein des postes 50B (demandes en paiement relatives à la vente) et 56 B (demandes en paiement du prix ou des honoraires dans les contrats de prestation de services) Il n'est donc pas apparu possible d'isoler, au sein des chiffres correspondant à ces postes, ce qui est relatif à tel ou tel type d'opérateurs.

11- Prise en compte de l'impayé commercial - Ce centrage de l'étude autour de l'impayé bancaire ne nous a cependant pas conduit à exclure toute forme de réflexion relative aux autres secteurs. Il est apparu difficile, en particulier, de passer à côté de la baisse spectaculaire observée pour le contentieux des demandes en paiement de prix de fournitures de biens ou de services (postes 50B et 56B de la NAC : voir les tableaux de **l'annexe 3**), alors surtout que, devant toutes les juridictions, ce type de demandes occupe une part relative importante par rapport à l'ensemble du contentieux de l'impayé (voir les tableaux de **l'annexe 4**). C'est surtout vrai devant les tribunaux de commerce, où les demandes en paiement d'un prix de vente constituent l'aspect le plus important du contentieux commercial (50% de ce contentieux en 1993, 41% en 2003) et où elles ont connu une baisse de **54% entre 1993 et 2003** (de 82 647 à 37 700 demandes), tandis que les demandes en paiement de prix de prestations de services, elles, chutaient de 49% pendant la même période (de 12 462 à 6304). Devant les tribunaux de grande instance, après une montée régulière de ce type de demandes entre 1988 et 1993 (de 3917 à 6793 pour le 50B, de 2876 à 3588 pour le 56 B), on a assisté à une décrue jusqu'en 2003 (50B : 4791, 56B : 2095), ce qui fait à peu près revenir aux chiffres de 1988. Même mouvement devant les tribunaux d'instance (de 16 791 demandes en 1988 pour le poste 50B à 23 474 en 1993 puis à 14 479 en 2004, de 27 842 en 1988 à 43 107 en 1992 puis à 24 017 en 2004 pour le 56B). Ces évolutions sont donc un parfait reflet de l'évolution générale du contentieux de l'impayé, avec en particulier le pic au cours des années 1992-1993, puis la rapide décrue. Même s'il ne paraissait pas possible de réaliser des études empiriques pour expliquer ces évolutions, certaines des causes du phénomène que nous avons

pu détecter à propos de l'impayé bancaire ont pu être aisément transposables en dehors de ce secteur, tant en ce qui concerne les pratiques lors de l'octroi des crédits (ou des délais de paiement), que, surtout, l'évolution des pratiques de recouvrement.

II- Méthode de la recherche

12- Etapes – La recherche a été conduite en deux temps : après une analyse statistique fine des contentieux sélectionnés, nous avons entrepris de rechercher les causes des évolutions observées en croisant différentes méthodes.

A- Analyse détaillée du contentieux de l'impayé bancaire

1°- Bases statistiques

13- Statistiques des affaires civiles – La première phase de la recherche a été menée exclusivement à partir de l'analyse détaillée des chiffres fournis par la statistique des affaires civiles, tels qu'ils ont été établis à partir des postes alphanumériques de la NAC 2002⁹. Rappelons qu'ont été identifiés comme reflétant le contentieux de l'impayé bancaire les postes 38B (demandes en paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre), 38C (demande en paiement du solde d'un compte bancaire), 53B (demande en remboursement d'un prêt), 53 F (demande en paiement des loyers ou en résiliation d'un crédit-bail) de la nomenclature des affaires civiles. On précisera ici les tribunaux dont l'activité a été observée, la nature des procédures comptabilisées, et la période de temps sur laquelle les observations ont été faites.

14- Tribunaux– L'étude a porté sur les contentieux portés devant les tribunaux civils et commerciaux de première instance : tribunal de grande instance (y compris lorsqu'il statue commercialement), tribunal d'instance et tribunal de commerce. Le comptage des demandes formées devant les tribunaux d'instance et de grande instance peut se faire directement à partir des différents postes de la nomenclature des affaires civiles. Des difficultés particulières surgissent en revanche pour les tribunaux de commerce en raison de la mise en place récente devant ces tribunaux d'un système statistique identique à celui des autres juridictions civiles. D'une part, jusqu'à une période récente, les tribunaux de commerce n'adressaient pas à la statistique leurs fichiers d'affaires nouvelles, mais uniquement leurs fichiers d'affaires

⁹ Les séries détaillées nous ont été fournies par B. Munoz-Perez

terminées, d'autre part, les tribunaux de commerce ont continué à appliquer la nomenclature des affaires civiles de 1988 jusqu'au 1er janvier 2006, et il faut appliquer une table de passage des postes numériques de la NAC 88 vers les postes alphanumériques de la NAC 2002. Les tables de correspondance sont reproduites en **annexe 1**.

15- Procédures – Celui qui se prétend créancier peut, devant les tribunaux considérés, utiliser plusieurs types de procédure. La procédure au fond, contradictoire, permet d'obtenir un jugement de condamnation valant titre exécutoire. Dans le cas où la créance n'est pas sérieusement contestable, le créancier peut aussi obtenir, sans attendre la décision au fond, une provision par la voie du référé (art 809, 849 et 873 du Code de procédure civile). Les statistiques du ministère permettent de comptabiliser directement les deux types de procédure, au fond et en référé, devant les trois tribunaux pour les postes de la nomenclature concernés. Mais le créancier peut aussi utiliser la procédure d'injonction de payer, qui lui permet, sans passer par une procédure contradictoire, d'obtenir une décision de condamnation valant titre exécutoire en cas d'absence d'opposition du défendeur. Globalement, cette procédure constitue la procédure la plus utilisée pour le recouvrement d'impayés, même si son utilisation est plutôt en diminution. Cependant, il est difficile de dire avec précision ce qu'il en est pour telle ou telle catégorie d'impayé – et notamment pour les impayés bancaires sur lequel l'étude a été centrée - car les demandes d'injonction ne font pas l'objet d'un codage par matières. On ne peut ici avoir qu'une estimation, calculée à partir du nombre d'oppositions, qui, globalement, représentent en moyenne 5,5% du nombre d'injonctions : pour avoir une idée de l'évolution de l'utilisation de l'injonction de payer en matière bancaire il a donc fallu appliquer ce taux aux oppositions formées sur les postes qui nous intéressaient (38B, 38C, 53B, 53F)¹⁰. Cependant, ce calcul n'a pu être fait que pour une courte période (2003-2005), ce qui rend les résultats difficilement utilisables.

15- Période d'observation – Lorsque nous avons commencé nos investigations, nous disposions des statistiques des affaires civiles pour la période allant de 1988 à 2003, du moins pour les affaires portées devant le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance. Par la suite, nous avons pu intégrer dans notre étude des statistiques plus récentes, allant jusqu'à

¹⁰ Calculs réalisés par B. Munoz-Perez, que les rédacteurs du rapport tiennent à remercier pour son aide précieuse.

l'année 2006¹¹. Cependant, selon les tribunaux et les types de procédures, la période observée n'est pas toujours exactement la même : pour les tribunaux de commerce, notamment, nous ne disposons des chiffres relatifs aux affaires terminées que pour la période 1993-2003, et, pour les autres tribunaux, en raison de contraintes matérielles, l'actualisation n'a pas toujours pu être faite jusqu'en 2006. Ces variations sur la période observée, qui apparaîtront tout au long de l'étude, sont cependant sans grande importance, dans la mesure où le phénomène de baisse est particulièrement significatif au cours de la période 1993-2003, qui est toujours représentée dans nos statistiques.

2° - Premiers résultats

16- Evolutions diversifiées - L'analyse des chiffres disponibles sur ces postes a permis de constater des évolutions diversifiées selon les tribunaux, selon les types de procédures et selon la nature des affaires. On se reportera ici aux tableaux et graphiques **de l'annexe 5**.

17- Tribunaux de grande instance : baisse continue et générale - Devant le tribunal de grande instance **statuant au fond**, les chiffres analysés (qui recouvrent ici la période 1988 à 2006) témoignent d'abord d'une hausse jusqu'au début des années 1990 puis d'une baisse spectaculaire et continue du nombre des demandes en paiement. S'agissant du poste 38C (demande en paiement du solde d'un compte), le nombre des demandes avait doublé de 1988 à 1992, passant de 4169 (indice 100) à 8384 (indice 201) ; mais depuis il est en constante diminution, pour atteindre en 2006 le chiffre de 1365 (indice 33)¹². C'est donc d'une division par 6 qu'il s'agit entre 1992 et 2006 ! Pour le 53 B, poste le plus important et le plus représentatif (remboursement de prêt), on passe de 14009 (indice 100) en 1988, à 21017 en 1993 (indice 150) pour retomber à 7437 (indice 53) en 2006¹³. Même constat pour les demandes relatives au crédit-bail (53F) : on passe de 906 demandes en 1988 (indice 100) à 1847 en 1994 (indice 204) pour revenir à 522 en 2006 (indice 58)¹⁴. Parallèlement, on observe que la part des demandes en paiement au sein de la totalité du contentieux de l'impayé diminue significativement sur la période 1988-2005 pour les postes 38 C (on passe de 11,37%

¹¹ Postérieurement à la rédaction de ce rapport, nous avons eu connaissance, pour certains postes, de chiffres plus récents, allant parfois jusqu'à 2008. Dans la mesure du possible, nous en avons fait mention lors des dernières corrections du texte (octobre 2009). Les chiffres les plus récents figurent en italique dans les tableaux des annexes.

¹² La baisse se poursuit encore en 2007 (1327) et 2008 (1228)

¹³ Cependant sur ce poste, un mouvement de hausse, déjà amorcé en 2004, se confirme en 2007 (8090) et 2008 (8535), sans toutefois qu'on retrouve – de très loin – les chiffres des années 1990

¹⁴ 469 en 2008

en 1992 à 4,92% en 2005 !) et 53F (1994 : 2,83%, 2005 : 1,62%), moins nettement cependant en matière de prêt (de 29,35% en 1994 à 24,35% en 2005). Cela signifie donc que la baisse de ces postes en terme d'effectifs est significative, dans la mesure où elle est plus rapide que la baisse du nombre total d'impayés. La même tendance se retrouve pour les **procédures de référé**. Si on observe une stabilisation des effectifs du poste 53F suite à une période de hausse entre 1990 et 1993 et une période de baisse entre 1994 et 2002, en revanche il y a une baisse des effectifs des postes 38C et 53B, respectivement de 86% et 57% entre 1990 et 2006 - baisse d'autant plus significative que le contentieux global de l'impayé est, lui, globalement en hausse sur la période 1990-2005. La part relative a chuté pour les postes 38C, 53B et 53F entre 1990 et 2005. Les baisses les plus significatives correspondent néanmoins aux postes 38C (passant de 4,5% à 0,5% environ) et 53B (passant de 11% à moins de 3% environ). Les demandes correspondant au poste 38B ont également chuté, mais cette baisse est peu significative car ce type de demandes, relevant de la compétence des tribunaux de commerce, ne vient qu'à la marge devant les tribunaux de grande instance (de 631 à 60 demandes au fond entre 1988 et 2006)

18- Tribunaux de commerce : tendance identique- Même si, compte tenu des correspondances à opérer, les conclusions à tirer des chiffres sont à manier avec prudence, la tendance à la baisse révélée par ces chiffres est suffisamment lourde pour être mise sur le même plan que celle observée devant les tribunaux civils. Ainsi, pour le 38B (demande en paiement d'effets de commerce), le nombre d'affaires terminées diminue de 56,1% entre 1993 et 2003 (de 2441 à 1072) ; pour la même période, cette diminution est de 60,7% pour les demandes en paiement de solde débiteur du compte bancaire (4056 à 1596), 78,4% pour les demandes en remboursement de prêt (de 7243 à 1562) et de 68,9% pour les demandes relatives à un crédit-bail (de 2392 à 744). Globalement, pour les trois postes spécifiques de l'impayé bancaire, correspondant à des remboursements de crédits (38C, 53B et 53F), on est passé en 10 ans de **13 691 à 3902 demandes, ce qui donne une baisse spectaculaire de 71% !** Là encore, la baisse concerne aussi bien les demandes en référé que les demandes au fond, mais nous n'avons pas de données disponibles pour les injonctions de payer.

19- Tribunaux d'instance : pas de baisse systématique- La tendance est beaucoup plus diversifiée devant les tribunaux d'instance. Au fond, on n'enregistre une diminution nette que pour les demandes liées à un crédit-bail (devant les tribunaux d'instance, il s'agit en réalité de

location avec option d'achat) : on est ici passé de 6022 demandes en 1988 à 1013 en 2006. Les demandes en paiement du solde débiteur du compte bancaire restent, elles, à peu près stables entre 1988 (6849) et 2006 (5743), avec une légère augmentation au début des années 1990 (10710 en 1992)¹⁵. En revanche, et c'est un phénomène marquant, les demandes en remboursement d'un prêt sont, elles, en augmentation depuis 1988, puisqu'on est passé, sur cette période, de 44945 à 59064. Là encore, il y a eu un pic de contentieux au début des années 1990 (77410 demandes en 1992), mais, après une baisse sensible dans les années 1995-1998, l'augmentation a repris de manière constante jusqu'en 2005 (où on atteint 66 611 demandes, c'est-à-dire plus qu'en 1994¹⁶). Compte tenu de la baisse globale du contentieux de l'impayé, il en résulte une augmentation nette de la part relative de ce contentieux de l'impayé bancaire devant les TI : la part du poste 53B est passée de 18% en 1988 à 30% environ en 2005. Cependant, la hausse n'affecte que les demandes au fond : les **demandes en référé** sont elles, en diminution.

Les chiffres précédents ne tiennent pas compte des **injonctions de payer**, pour lesquelles, comme on l'a dit, on ne peut faire que des estimations si on veut les rapporter aux différents postes de la nomenclature. Globalement, comme on l'a signalé d'emblée les injonctions de payer ont été plutôt en baisse sur la période observée (**Voir annexe 5-3**) : on est passé de 800 975 à 672 272 entre 1990 et 2005, après un pic de 857 472 en 1992, et un étiage de 657 424 en 2000 – ce qui, en soi, est significatif du phénomène d'ensemble de baisse du contentieux de l'impayé. En appliquant ce taux aux oppositions formées sur les postes qui nous intéressent ici (38C, 53B, 53F), on obtient, sur les 3 dernières années, des chiffres qui révèlent une certaine stabilité, voire une légère augmentation : pour les trois postes confondus, on peut évaluer à 296 527 le nombre de demandes d'injonction de payer formées devant les présidents de TI ou de juges de proximité en 2003, et à 307 019 en 2005. Mais nous ne disposons pas des chiffres pour les années antérieures, et l'évolution ainsi relevée sur trois ans paraît trop peu significative pour qu'on en tire des conclusions nettes.

20- Premières conclusions : distinctions selon les types de crédits – La seule observation de ces chiffres nous a permis, d'emblée, de tirer certaines conclusions sur les évolutions du contentieux de l'impayé bancaire. En rapportant les chiffres aux différents chefs de compétence des tribunaux concernés, on peut aisément conclure que le contentieux au fond a chuté en matière de **crédits immobiliers** (relevant des tribunaux de grande instance) et de

¹⁵ Mais elles ont nettement baissé depuis 2006 (4546 en 2008)

¹⁶ L'année 2006 révèle cependant une nouvelle baisse. Les chiffres restent stables en 2007 et 2008.

crédits aux entreprises (relevant des tribunaux de commerce ou des tribunaux de grande instance statuant en matière commerciale). Le secteur du **crédit à la consommation**, relevant toujours, malgré la mise en place des juridictions de proximité, des tribunaux d'instance (art L 321-2-3 du Code de l'organisation judiciaire), est, lui, nettement moins affecté par le phénomène de baisse, et on note même une augmentation du contentieux relatif à ce type de crédits depuis 1998.

B- Recherche des causes des évolutions

21- Méthodes- La recherche des causes des évolutions constatées a été menée de deux manières complémentaires : un croisement des statistiques de l'impayé avec d'autres données (1°) et une recherche empirique reposant sur des entretiens avec différents acteurs (2°).

1°/ Croisements de données

22- Données statistiques et juridiques - Les résultats précédemment analysés ont été croisés, d'une part avec d'autres données statistiques, d'autre part avec des données juridiques.

a/ Données statistiques

23- Statistiques économiques - Sur ce terrain, la première étape a consisté à croiser les chiffres relatifs à l'impayé avec des statistiques de type économique relatives au secteur d'activité retenu. Il n'était évidemment pas exclu, en effet, que la diminution du nombre des demandes en paiement s'explique simplement par la baisse du niveau d'activité de ce secteur, donc par la diminution du nombre de contrats pouvant donner lieu à contentieux. ». Nous avons ici analysé l'évolution du montant des crédits distribués par les établissements de crédits, puis l'évolution des comptes des ménages. Sur le premier point, nous avons travaillé à partir des statistiques de la Banque de France sur le montant des crédits fournis aux résidents par les établissements de crédit de la métropole, pour corréler les évolutions constatées avec les évolutions de contentieux constatées sur les postes 38B (Demande en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre), 38C (Demande en paiement du solde du compte bancaire), 53B (Demande en remboursement du prêt) et 53F (Demande en paiement

des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail)¹⁷. Cependant, nous ne nous sommes pas arrêtés à cette mise en corrélation globale. Nous avons croisé, plus finement, les données relatives au montant des crédits distribués par agents et par objets, qui sont disponibles sur le site de la Banque de France, avec les postes associés sur chaque point.

24- Statistiques judiciaires- En lien avec nos hypothèses de départ, nous avons cherché à mettre en parallèle les évolutions statistiques du contentieux de l'impayé dans le secteur retenu avec les évolutions affectant d'autres postes, qui ne relèvent pas à proprement parler du « contentieux de l'impayé », mais qui, dans la perspective du déplacement de l'intervention du juge, peuvent révéler des glissements vers des « circuits de dérivation ». Nos recherches ont d'abord porté sur les procédures « collectives » de traitement des difficultés financières des entreprises et de traitement du surendettement des particuliers, qui peuvent avoir diverses incidences sur le contentieux de l'impayé. La relation entre l'évolution du nombre de ces procédures et le contentieux de l'impayé est en effet marquée par une certaine ambiguïté. D'un côté, une augmentation du nombre de ces procédures est significative de l'accroissement du nombre des débiteurs en difficulté financière et devrait donc logiquement se traduire par une augmentation du contentieux de l'impayé. Mais, d'un autre côté, ces procédures, dès qu'elles sont ouvertes, ont pour effet de faire sortir les problèmes de paiement du circuit de l'impayé. Paradoxalement, donc, la baisse de l'impayé devant les différentes juridictions pourrait trouver une de ses causes dans une augmentation du nombre de ces procédures. Nous avons ensuite mis en relation les chiffres observés en matière de contentieux de l'impayé avec ceux qui concernent un certain nombre de procédures individuelles : recours des garants contre le débiteur, actions en répétition de l'indu, demandes d'autorisation de saisies conservatoires, contestations de titres devant le JEX... Ces diverses procédures en effet pourraient être utilisées dans des cas où le créancier n'a pas eu à recourir à la justice pour obtenir un titre exécutoire. Par exemple, si le créancier disposait d'un moyen lui permettant de s'appropriier unilatéralement, sans intervention du débiteur, les sommes qu'il prétend lui être

¹⁷ La corrélation a été effectuée en utilisant le coefficient de corrélation de Pearson qui reflète le degré de linéarité entre deux séries de données, c'est à dire la qualité de l'ajustement des points par la droite de régression (Si R est proche de +1, cela signifie qu'il y a une forte relation entre les deux variables et qu'elles évoluent dans le même sens ; si R est proche de 0, cela signifie qu'il n'existe pas de corrélation entre les deux variables, c'est à dire que les variations de la variable explicative (le montant du crédit) n'ont pas ou très peu d'influences sur les variations de la variable expliquée (le nombre de demandes en paiement ou en remboursement ; si R est proche de -1, cela signifie qu'il y a une forte relation entre les deux variables et qu'elles évoluent en sens opposé (lorsque l'une augmente, l'autre diminue).

En général, on dit que le coefficient de corrélation est significatif lorsque celui-ci est supérieur à 0,75.

dues (prélèvement sur le compte bancaire, compensation etc.) on peut assister à la naissance d'un contentieux en sens inverse par lequel le débiteur essaierait de récupérer les sommes qu'il prétendrait avoir été ponctionnées à tort : le développement de ce type de procédés unilatéraux de recouvrement pourrait alors se traduire par une augmentation des demandes en répétition de l'indu. De même, si une partie du contentieux de l'impayé était absorbé par des paiements volontaires effectués par des garants, notamment par des cautions, il devrait logiquement y avoir une augmentation du nombre des recours formés par les cautions contre les débiteurs.

b/ Données juridiques

25- Evolution des normes légales et jurisprudentielles – Sur un terrain qui était plus familier aux membres de l'équipe, nous avons travaillé également à une mise en relation des évolutions observées à travers les statistiques de l'impayé, avec les évolutions qui, pendant la période observée, ont affecté un certain nombre de règles légales et de solutions jurisprudentielles pouvant avoir une influence sur les comportements des acteurs impliqués dans le phénomène de l'impayé. Une hypothèse qui est l'arrière-plan de nombreux travaux de notre centre de recherches est que les règles de droit constituent des modèles de référence et qu'elles peuvent, de manière plus ou moins directe, déterminer les actions des sujets de droit alors même du reste qu'elles ne prescrivent pas toujours directement des conduites¹⁸. Or le domaine qui nous intéresse a été marqué, depuis une vingtaine d'années, par une intense activité législative et réglementaire qui n'a sans doute pas été sans influence sur le comportement des acteurs du monde bancaire face au phénomène de l'impayé : on peut supposer par exemple que la mise en place de nouveaux ratios de gestion bancaire, dans le cadre des « règles de Bâle » a pu conduire les établissements de crédit à rationaliser leurs procédures de sélection des emprunteurs, et a pu conduire à une diminution des risques d'impayé. Dans le même ordre d'idées, on ne peut pas faire abstraction, dans la recherche des causes de l'évolution constatée, du développement très remarqué d'une jurisprudence relative à la responsabilité du banquier donneur de crédit vis à vis de son client emprunteur qui met en place, à la charge du banquier, un devoir de mise en garde sur les risques d'endettement excessif résultant du crédit. Nous avons donc prêté, dans le cadre de cette étude, une attention

¹⁸ Sur cette conception de la règle de droit V. A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990. Chron. 199. A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993. Chron. 207. A. Jeammaud et E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992. Chron. 263.

particulière à ces évolutions légales et jurisprudentielles, en tentant notamment de mettre en parallèle la chronologie de ces évolutions avec celle du contentieux de l'impayé.

2°/ Recherches empiriques

26- Entretiens – Pour tenter de cerner les causes du déclin du contentieux de l'impayé dans le domaine bancaire, il nous est apparu nécessaire de prendre contact avec les acteurs de ce domaine. Dans ce but, nous avons pris contact avec deux séries d'interlocuteurs. D'une part, nous avons cherché à obtenir des informations de la part des principales organisations professionnelles membres de l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, auxquelles sont affiliés les différents types d'établissements de crédit (Fédération bancaire française, organisation professionnelle qui représente toutes les banques installées en France, Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance, Caisse nationale des sociétés anonymes de crédit immobilier, Confédération nationale du crédit mutuel, Fédération nationale du crédit agricole, Association française des sociétés financières). Ces différents organismes professionnels, qui regroupent les différentes catégories d'établissements de crédit étaient *a priori* ceux qui pouvaient nous fournir les renseignements les plus fiables sur la politique de leurs adhérents en matière de sélection des bénéficiaires de crédit, et surtout de traitement de l'impayé. D'autre part, au niveau local, nous avons pris des contacts avec les responsables des services contentieux de divers établissements de crédit de la région Rhône-Alpes, dans trois villes de la région : Lyon, Chambéry et Saint-Etienne. L'objectif était ici de recueillir une description des pratiques de la part des acteurs directement impliqués dans la gestion des impayés. A partir d'un questionnaire envoyé aux différents acteurs (**Annexe 12**), nous avons sollicité des entretiens en vue de recueillir des informations essentiellement qualitatives.

Cette partie de la recherche s'est révélée assez rapidement très difficile à mener et extrêmement décevante dans ses résultats. D'une part, nous avons eu d'énormes difficultés pour obtenir les entretiens sollicités, de très nombreux courriers étant restés sans réponse, en dépit de diverses tentatives de relance téléphonique. Cela peut s'expliquer par le fait que la période d'enquête a coïncidé avec le début de la crise bancaire, et que la disponibilité des acteurs s'en est trouvée fortement affectée. Mais, d'une manière plus générale, il nous est apparu que les établissements de crédit étaient peu enclins à révéler leurs pratiques en vue de leur exploitation dans le cadre d'une enquête menée par des universitaires. Plusieurs de nos interlocuteurs ayant consenti à nous accorder des entretiens nous ont demandé de ne pas

révéler leur nom ni celui de leur établissement¹⁹. En définitive, nous n'avons pas réussi à obtenir plus de 15 entretiens. D'autre part, les entretiens réalisés, quelle que soit la bonne volonté de certains de nos interlocuteurs, ne nous ont pas permis d'obtenir beaucoup d'indications précises qui auraient pu être exploitables statistiquement. D'une manière générale, nous n'avons pu obtenir que des informations, et des appréciations très générales sur la politique de sélection des bénéficiaires de crédit par les banques, ainsi que sur leurs pratiques en matière de recouvrement de leurs créances impayées. Ces différents entretiens n'ont cependant pas été vains. Ils nous ont ouvert des pistes que nous avons ensuite cherché à vérifier par l'analyse théorique, ainsi que par la confrontation avec des éléments de documentation que les acteurs du monde bancaire portent à la connaissance du public.

27- Travail sur les productions documentaires des acteurs - En définitive, plus que par les entretiens, nous avons surtout découvert les pratiques des acteurs en matière de recouvrement de créances à travers les diverses descriptions que ceux-ci communiquent au public sur leurs sites web, lesquels constituent aujourd'hui une mine de documentation inépuisable. Nous avons ainsi systématiquement travaillé sur les rapports d'activité produits par les différentes institutions du monde bancaire pour voir si le phénomène de baisse du contentieux y était analysé, et, éventuellement expliqué, en complément des données statistiques qui s'y trouvent. Nous avons aussi dépouillé les sites web des différents acteurs du recouvrement (sociétés de recouvrement, acteurs de l'assurance-crédit, de l'affacturage, du rachat de créances etc.) pour y trouver à la fois des renseignements sur leurs pratiques et sur l'évolution de leur activité (Voir la liste des sites exploités en **annexe 14**). Nous sommes bien conscients que la description que les acteurs donnent eux-mêmes de leurs pratiques sur ces sites, à vocation généralement publicitaire, doit être exploitée avec beaucoup de prudence, et qu'elle ne correspond pas nécessairement aux pratiques réelles ; mais la même prudence est de mise pour la présentation que les acteurs donnent de leurs pratiques dans le cadre des entretiens. En toute hypothèse, les données ainsi recueillies, croisées avec les autres données (statistiques, juridiques), nous ont semblé révélatrices de tendances suffisamment lourdes pour qu'on puisse en tirer des explications fiables du phénomène de baisse du contentieux de l'impayé.

¹⁹ Pour cette raison, le nom des interlocuteurs a été systématiquement enlevé dans les comptes-rendus de questionnaires (Annexe 12)

Résultats de la recherche

28- Diversité des causes – Comme on pouvait le supposer, le phénomène très général de baisse du contentieux de l’impayé, notamment dans le domaine bancaire, ne peut pas être rattaché à une cause unique. Il est le produit de la conjonction de divers facteurs dont la part respective ne peut pas être précisément donnée, et qui jouent de manière différente selon les secteurs et les types de créances. Ces différents facteurs, qui seront présentés de manière détaillée dans les développements qui vont suivre, peuvent être classés en deux grandes catégories. D’une part, la baisse du contentieux de l’impayé peut s’expliquer, en quelque sorte à la racine, par une diminution des cas d’impayé, liée à certaines **évolutions dans l’octroi des crédits** : alors même que l’encours des crédits octroyés par les différents agents a plutôt augmenté, et que les difficultés économiques des débiteurs n’ont pas diminué, certains distributeurs de crédit ont procédé, à partir du début des années 1990, à une meilleure sélection de leurs débiteurs, diminuant ainsi de manière sensible les cas de non paiement. Cette première explication, axée sur la **prévention** du risque d’impayé, vaut surtout, cependant, pour le secteur bancaire, et elle se révèle très partielle. D’autre part et de manière plus générale, le phénomène constaté paraît lié à de profondes transformations qui se sont opérées pendant la période observée dans le **traitement des situations d’impayé**, qui amènent, dans de nombreux cas, à faire sortir ces situations du circuit judiciaire normal : au-delà des dérivations imposées par le législateur (qui organise lui-même d’autres modes de traitement), ces dérivations sont le plus souvent volontaires et empruntent des voies variées. Ce second type d’explication, axé sur la **déjudiciarisation** du traitement de l’impayé ne concerne pas seulement le secteur bancaire, il vaut aussi, très largement, et peut-être surtout, pour les différentes formes d’impayé commercial.

29- Plan de l’étude – On mettra donc, dans une **première partie**, la baisse du contentieux de l’impayé en relation avec les évolutions qui ont affecté, pendant la période observée, l’octroi des crédits générateurs d’impayés, et la place qu’occupe aujourd’hui la **prévention** du risque d’impayé. Dans la **seconde partie**, le phénomène sera rattaché aux évolutions du traitement de l’impayé, et à leur **déjudiciarisation**.

PREMIERE PARTIE

BAISSE DU CONTENTIEUX DE L'IMPAYE ET OCTROI DES CREDITS GENERATEURS D'IMPAYE :

UNE MEILLEURE PREVENTION DU RISQUE D'IMPAYE

30- Evolutions quantitatives et qualitatives - La première hypothèse que nous avons explorée, était celle selon laquelle la baisse du contentieux de l'impayé serait liée aux évolutions relatives à l'octroi des crédits. Cette hypothèse a été explorée dans deux directions. D'une part, on aurait pu concevoir que, pendant la période de référence, il y ait eu moins de crédits octroyés – donc moins de créances à recouvrer. D'autre part, la baisse du contentieux pouvait être liée à des évolutions qualitatives, tenant aux progrès réalisés dans la prévention du risque d'impayé : les bénéficiaires de crédit auraient été mieux sélectionnés, et auraient offert de meilleures garanties, ce qui aurait abouti à limiter le nombre de créances suscitant des difficultés de recouvrement. La première direction s'est avérée assez vite être une impasse, car les évolutions quantitatives, diversifiées, ne peuvent expliquer qu'à la marge certaines baisses de contentieux (TITRE I). La seconde piste, en revanche, fournit incontestablement une partie de l'explication du phénomène (TITRE II).

TITRE I- DES CREDITS GLOBALEMENT PLUS IMPORTANTS

31- Evolution des crédits bancaires -Les analyses qui ont été faites sur ce terrain concernent exclusivement les crédits bancaires, dont les statistiques révèlent globalement soit une augmentation soit une stabilité sur la période étudiée : on peut donc exclure que la baisse du contentieux soit, dans ce domaine au moins, liée à la baisse du nombre des crédits donc du nombre des créances à recouvrer (Chapitre I). Des analyses plus différenciées quant aux types de crédit permettent cependant certaines corrélations (Chapitre II).

CHAPITRE I- EVOLUTIONS GLOBALES

32- Augmentation de la masse des crédits octroyés- Les statistiques de la Banque de France sur le montant des crédits fournis aux résidents par les établissements de crédit de la métropole révèlent, sur l'ensemble de la période observée, une augmentation régulière du montant des crédits octroyés (**Annexe 6**). Le tableau reproduit en annexe 6-1 montre ainsi que le montant global des crédits distribués est passé de 3 833 216 millions d'euros en 1993 à 6 524 781 millions d'euros en 2006, soit une hausse de 70% sur cette période. Si on cherche à corréler ces chiffres avec ceux relatifs aux différents postes relatifs à l'impayé bancaire (38B - Demande en paiement par le porteur, d'une lettre de change, d'un billet à ordre- , 38C - Demande en paiement du solde du compte bancaire- , 53B - Demande en remboursement du

prêt - et 53F - Demande en paiement des loyers et/ou en résiliation du crédit-bail), on aboutit, sans surprise, à des coefficients de corrélation négatifs, puisqu'on sait que les demandes en paiement ou en remboursement ont globalement chuté entre 1993 et 2003. Il est cependant intéressant d'observer que cette augmentation du montant des crédits distribués n'a pas été parfaitement régulière. Les chiffres de la Banque de France font ainsi apparaître une baisse de 2% en 1994 et de 26% en 1997, la hausse étant continue depuis. Les rapports annuels de l'Association française des sociétés financières (disponibles depuis 1995) permettent d'avoir des données plus précises (même si elles sont partielles) sur l'évolution des crédits distribués par ces sociétés: on constate que les années 1991-1992-1993 apparaissent, pour les sociétés financières spécialisées, des années de repli, avec une baisse d'activité (tous types de crédits et tous types de bénéficiaires confondus) allant de 12% à 14% par an²⁰; une reprise modérée s'observe à partir de 1994, et beaucoup plus nettement à partir de 1996. On pourrait dès lors être tenté de mettre en relation ces évolutions avec celles qui ont affecté le contentieux de l'impayé, au début des années 1990: compte tenu du décalage existant par nature entre l'octroi des crédits et leur remboursement, on pourrait corrélérer le « pic » de contentieux observé, devant toutes les juridictions, au cours des années 1992-1993, à la période faste des crédits antérieure à 1991. La décrue à partir de 1993-1994 pourrait, elle, s'expliquer par la baisse des crédits octroyés au cours des années 1991 à 1994: il y aurait eu moins de demandes en justice à partir de 1993 tout simplement parce qu'il y aurait eu, à ce moment là, moins de crédits à rembourser. On ne peut pas complètement exclure ce type d'explication, mais il ne permet pas de rendre compte de la poursuite de la baisse du contentieux dans les années suivantes, notamment à partir de 1998-1999, à une période où l'activité de crédit avait nettement repris depuis plusieurs années. En toute hypothèse, les chiffres globaux relatifs au montant des crédits octroyés ne sont pas très significatifs, dans la mesure où ils concernent seulement la masse globale des crédits, sans donner aucune indication sur le nombre de ces crédits. Cette augmentation en montant peut simplement tenir à l'augmentation générale du coût de la vie, et spécialement à la hausse des coûts de l'immobilier sur la même période, sans être due à l'augmentation du nombre des crédits octroyés.

²⁰ Rapport ASF pour 1995, p14

CHAPITRE II- EVOLUTIONS PAR TYPES DE CREDITS

33- Distinctions- On examinera successivement les évolutions qui se sont produites en fonction des bénéficiaires de crédit (Section 1), de la finalité des crédits (Section 2) et de la technique utilisée (Section 3)

Section 1- Evolution des crédits en fonction de leurs bénéficiaires

34- Croisements possibles – Il est apparu intéressant de distinguer entre les évolutions qui ont affecté les crédits aux particuliers et celles qui ont touché les crédits aux entreprises, dans la mesure où les actions en recouvrement des sommes avancées relèvent en principe de juridictions différentes.

35- Crédits aux particuliers- On peut connaître l'évolution d'ensemble des crédits aux particuliers sur la période considérée grâce aux statistiques relatives à l'endettement des ménages, diffusées par l'Observatoire de l'endettement des ménages²¹ dans ses rapports annuels²². Nous avons pris ici pour base le 19^{ème} rapport annuel pour l'année 2005, qui permet de connaître l'évolution des crédits accordés aux ménages entre 1989 et 2005 (ce qui correspond à la période étudiée quant à la baisse des contentieux). S'agissant de l'augmentation de la masse des crédits octroyés, le deuxième tableau reproduit en annexe 6-2 (encours des crédits immobiliers et de trésorerie détenus par les ménages) confirme les statistiques précédentes. Les encours de crédits immobiliers détenus par les ménages ont littéralement bondi entre 1989 et 2006, passant sur cette période de 206,2 milliards d'euros à 575 milliards d'euros, de même que les encours des crédits de trésorerie (56,3 milliards à 133,6) : sur l'ensemble des crédits la hausse (262,5 à 708,6) est de 170%. Cependant on peut ici avoir une idée, même approximative, de l'évolution, non plus en montant, mais en nombre de crédits octroyés, grâce aux statistiques relatives au nombre des ménages endettés²³ (**Annexe 6-2**, tableau 1 : diffusion de l'endettement parmi les ménages). Le tableau montre que ce nombre (révélateur, quant à lui, du nombre des crédits accordés) est resté relativement stable sur la période considérée : en 1989, 52,8% des ménages détenaient un crédit, en 2006

²¹ Devenu l'observatoire des crédits aux ménages en 2006

²² Ces rapports sont rédigés sous la direction de M. Mouillart, Professeur à Paris X Nanterre. Ils sont diffusés sur le site de la Fédération bancaire française : [http://www.fbf.fr/web/internet/content_particuliers.nsf/\(WebPageList\)/AEF1720671229E11C1256EAD0031D9DF](http://www.fbf.fr/web/internet/content_particuliers.nsf/(WebPageList)/AEF1720671229E11C1256EAD0031D9DF)

²³ Il faut observer que ces statistiques sont obtenues à partir de questionnaires adressés par la SOFRES à un échantillon de 12000 ménages.

ce chiffre était de 50,9%, et, sur la période considérée, il n'est pas descendu en dessous de 49,1% (1995) ni monté au dessus de 52,9% (2001). Ces chiffres, même s'il faut les manier avec prudence, montrent que, sur la période considérée, il n'y a pas eu de baisse significative du nombre des crédits octroyés²⁴ qui pourrait expliquer la baisse du contentieux de l'impayé.

35- Crédits aux entreprises - Les statistiques relatives aux crédits aux entreprises révèlent des tendances plus fluctuantes. Une étude publiée en 1996 sur l'évolution de l'endettement des entreprises sur la période 1975-1994 faisait apparaître une tendance générale au désendettement des entreprises auprès des banques, liée au développement de l'autofinancement²⁵. Ce désendettement était cependant très différencié selon les types de crédit et la taille des entreprises. Les études régulières publiées par la Banque de France sur la situation des entreprises industrielles en France, font apparaître une tendance globale au désendettement au cours de la période 1990-2004, plus nette pour les grandes entreprises (dont le taux d'endettement est passé de 82 % en 1990 à 56 % en 2005) que pour les PME (dont le taux d'endettement est passé de 102 % en 1990 à 64 % en 2004)²⁶. Cependant, des études plus fines font apparaître des évolutions en dent de scie du recours au crédit des entreprises sur la période considérée²⁷ : l'endettement des entreprises croît rapidement entre 1987 et 1993 et entre 1998 et 2001 puis ralentit en 2002. La période 1993-1998 est marquée, en revanche d'une manière générale, par une diminution des crédits accordés aux entreprises, comme le montrent également les rapports de l'Association française des sociétés financières²⁸. Cette évolution est fortement corrélée à celle de l'activité économique. Les années 1998 à 2001 ayant été des périodes de conjoncture favorable, les entreprises ont emprunté pour financer des projets d'investissement. Le renversement de la conjoncture en 2002 a, au contraire, limité le recours à l'endettement. Il paraît donc assez difficile d'établir des corrélations nettes entre ces évolutions et celle, très régulière dans le sens de la baisse, du contentieux de l'impayé.

²⁴ Une telle baisse a pu s'observer dans la période plus récente – cf J. Demuynck, T. Mosquera-Yon, A. Duquerroy, Evolutions récentes des crédits aux ménages en France, Bulletin de la Banque de France n° 169, janvier 2008

²⁵ D. Boissonade et A. Tournier, L'endettement des entreprises : une étude sur une longue période, Bulletin de la Banque de France, 4^{ème} trimestre 1996, Supplément « Etudes ».

²⁶ Source : La situation des entreprises industrielles, Bilan 2005, Bulletin de la Banque de France, n° 154, octobre 2006

²⁷ Quels indicateurs pour la dette des entreprises françaises ? Etude réalisée par direction de la Prévision et de l'Analyse économique et la direction des Études et des Statistiques monétaires de la Banque de France, Bulletin de la Banque de France, n° 122 février 2004

²⁸ Voir les rapports pour 1995 à 1998, qui montrent cette baisse pour l'ensemble des établissements bancaires français et pas seulement pour les sociétés financières membres de l'ASF (rapport 1995 p 15, 1996 p 15, 1997 p 16, 1998 p 20)

Section 2- Evolution des crédits en fonction de leur finalité

36 - **Distinction entre crédits immobiliers et crédits à la consommation**- Certains enseignements intéressants peuvent être tirés des statistiques disponibles sur l'endettement des ménages, quant à la place qu'y occupent d'une part les crédits immobiliers, et d'autre part les crédits de trésorerie. On sait en effet que, dans le contentieux qu'ils suscitent, ces deux types de crédits peuvent être aisément repérés puisqu'ils relèvent de la compétence de juridictions différentes : le tribunal de grande instance pour les crédits immobiliers soumis aux articles L 312-1 et suivants du Code de la consommation, le tribunal d'instance pour les crédits à la consommation régis par les articles L 311-1 et suivants du même code. La même distinction ne paraît pas utile à faire pour notre étude s'agissant des crédits aux entreprises, dans la mesure où, même se rapportant au financement d'investissements immobiliers, les crédits consentis par une banque à une entreprise relèvent de la compétence du tribunal de commerce.

37- Crédits immobiliers - S'agissant des crédits immobiliers, l'augmentation des encours de crédit détenus par les ménages a été, comme on l'a dit, constante sur la période considérée (de 206,2 milliards d'euros à 575 milliards d'euros de 1989 à 2006)²⁹, alors que le contentieux des prêts devant les tribunaux de grande instance a, lui, considérablement baissé. Cependant, ces chiffres doivent être maniés avec prudence, car ils s'appliquent aux encours des prêts (montant des sommes dues à un moment donné, représentatif de l'endettement des ménages), et non aux crédits nouveaux consentis chaque année. Les données très fines fournies dans les rapports annuels de l'ASF font apparaître, eux, il est vrai pour les seuls crédits consentis par les sociétés financières spécialisées, des variations assez nettes au cours des années 1994-1997, avec par exemple une baisse de 14% de la production de nouveaux crédits en 1995, mais une hausse de 15,4% en 1996 (33% pour les prêts du secteur libre)³⁰. Par ailleurs, s'agissant de prêts immobiliers, en principe de longue durée, les incidents de paiement ont pu apparaître très tard après la signature du contrat, de telle sorte qu'il paraît vraiment très difficile d'établir des corrélations entre l'évolution du nombre des crédits immobiliers au cours d'une période donnée et l'évolution du contentieux de l'impayé concernant ces mêmes crédits.

²⁹ Sur le détail des évolutions, on peut consulter les études annuelles publiées dans le Bulletin de la Banque de France sur l'endettement des ménages

³⁰ Voir le tableau fourni dans le rapport de l'ASF 1997 p 26

38- Crédits de trésorerie ou d'équipement – Les corrélations semblent ici plus faciles à établir. Les enquêtes réalisées par l'Observatoire des crédits aux ménages font apparaître, elles, que la part des crédits immobiliers dans l'endettement des particuliers a plutôt baissé sur la même période (**Annexe 6-2, tableau 1**). La proportion des ménages dont l'endettement était exclusivement composé de crédits immobiliers était de 20,7% en 1989, elle n'est plus que de 18,3% en 2006, après être descendue à 16,5% en 2003. A l'inverse, les crédits de trésorerie, dont le montant a également explosé (de 56,3 milliards à 133,6 milliards), semblent occuper une place plus importante dans l'endettement des ménages : si la proportion des ménages détenant à la fois des crédits immobiliers et des crédits à la consommation a plutôt été en baisse (12,9% en 1989, 10,1% en 1995, 10,7% en 1999 ; 11,9% en 2006), des ménages de plus en plus nombreux ne sont débiteurs que de crédits de trésorerie (de 19,2 à 20,7% entre 1989 et 2006, avec une pointe de presque 24% en 2001) – ces crédits prenant la forme de découverts bancaires chez un nombre croissant de ménages (de 22% en 1989 à 24,4% en 2006). Or, on le sait, le contentieux devant le tribunal d'instance lié à ce type de crédits a été en hausse pendant la même période. Il y a donc, de ce point de vue, un certain lien entre les évolutions du nombre des crédits octroyés dans ces différentes catégories et les évolutions du contentieux.

Section 3- Techniques de crédit

39- Corrélations partielles- On trouve sur le site de la Banque de France un certain nombre de données relatives au montant des crédits distribués classés par agents (professionnels d'une part, ménages d'autre part) et par types. On peut ainsi identifier un certain nombre de types qu'on peut associer, de manière plus ou moins directe, aux différents postes de demandes en paiement de la nomenclature des affaires civiles. Ainsi, à la catégorie « avances en comptes débiteurs » de la Banque de France, on peut directement associer le poste 38C (demande en paiement du solde du compte bancaire) , soit devant le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance statuant en matière commerciale pour les avances aux entreprises, soit devant le tribunal d'instance pour les avances aux particuliers (qui relèvent de la compétence exclusive de cette juridiction). De même, la catégorie «Crédit-bail et opérations assimilées » correspond directement au poste 53F de la nomenclature. Mais, dans la plupart des cas, l'association est difficile. Le poste 53B (demande en remboursement d'un prêt) apparaît en revanche comme un poste « fourre-tout » où peuvent se retrouver différentes catégories de

crédits bancaires comptabilisées séparément dans les statistiques de la Banque de France : financement des ventes à tempérament, prêts personnels aux ménages, prêts immobiliers, autres crédits de trésorerie, autres crédits d'investissement etc. Certaines catégories de la Banque de France peuvent quant à elles se retrouver, en cas de contentieux, sous plusieurs postes de la nomenclature. Il en va ainsi des catégories « mobilisation des créances commerciales » et « loi Dailly », dans la mesure où le dénouement de ces opérations peut passer par des canaux juridiques diversifiés : soit la banque qui a mobilisé la créance agit en paiement contre le débiteur de la créance mobilisée, et on peut penser que la demande apparaîtra sous le poste 53B (remboursement de prêt), voire sous un des postes correspondant à l'origine commerciale de la créance mobilisée (paiement d'un prix de vente ou d'une prestation de services) ; soit la banque se retournera contre le remettant, et elle peut, ou bien agir immédiatement contre lui en remboursement de la créance (la demande sera alors probablement codée en 53B), ou bien contrepasser, c'est à dire inscrire la somme au débit du compte courant ; la dette se fondera alors dans le solde du compte, et une éventuelle action en paiement ultérieure de ce solde sera codée en 38C. La catégorie « Escompte et opérations assimilées » correspond de prime abord au poste 38B (demande en paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre), mais en réalité, les demandes de remboursement relatives à cette catégorie ne devraient être codées sous ce poste que si la banque qui a escompté l'effet en poursuit le recouvrement contre le débiteur principal (tiré de la lettre de change ou souscripteur du billet à ordre) ou contre le remettant, tenu solidairement au paiement de l'effet en qualité de tireur ou d'endosseur. Si la banque contrepassé l'effet, il y aura comme dans le cas précédent, fusion dans le solde du compte (d'où, éventuellement, une demande ultérieure en paiement du solde débiteur codée en 38C).

Ces éléments expliquent que la plupart des corrélations qu'on peut essayer d'établir entre les évolutions quantitatives affectant les différentes catégories de crédits bancaires, et celles qui ont été observées sur les postes du contentieux de l'impayé, sont peu significatives. On s'attachera seulement ici à trois résultats (Voir **annexe 6-3**).

40- Avances en comptes débiteurs - Le croisement des évolutions de la catégorie « avances en comptes débiteurs » et du poste 38C de la nomenclature (demande en paiement du solde d'un compte bancaire) révèle des évolutions sinon parallèles, du moins convergentes pour les crédits aux entreprises (**Annexe 6-3**). Le montant de ces avances a légèrement diminué sur la période 1993-2003, passant de 217 744 à 181 052 millions d'euros, tandis que le nombre des demandes codées en 38C devant les tribunaux de grande instance (y compris statuant

commerciallement) et les tribunaux de commerce passait, sur la même période, de 11656 à 3540. Mais, si la tendance est à la baisse dans les deux cas, il est aisé de se rendre compte que ce n'est pas dans les mêmes proportions : alors que le montant des crédits a diminué de 17%, celui des demandes correspondantes a, lui, chuté de 70%. Par ailleurs, on remarque que la baisse du montant des avances en comptes débiteurs n'a pas été constante (il était en hausse dans les années 1997 à 2001), alors que celle du contentieux relatif au compte bancaire l'a été au moins jusqu'en 2001. Si la diminution de ce type de crédit a pu jouer un rôle dans l'évolution du contentieux de l'impayé, elle n'en constitue donc pas à l'évidence la seule explication. S'agissant des crédits aux particuliers, aucune corrélation ne peut être établie puisque, alors que le montant des avances en comptes débiteurs a augmenté, quoique de manière non constante, pendant la période 1993-2006, le montant des demandes en paiement de soldes de compte devant le tribunal d'instance a, lui, chuté, passant de 9409 à 5743 (voir **annexe 6**). La baisse du contentieux n'est donc pas du tout liée ici à une diminution des crédits.

41- Crédit-bail et techniques assimilées - On parvient aux mêmes conclusions pour les opérations de crédit-bail et techniques assimilées (locations avec option d'achat pour les particuliers). On constate en effet que le montant des crédits octroyés sous cette forme, tant aux entreprises qu'aux particuliers, n'a pas subi de baisse constante, et que les diminutions qui ont pu être observées à certaines périodes ne sont en rien comparables avec celles qui ont affecté le montant des demandes. Dans le cas des crédits aux particuliers, les statistiques bancaires révèlent certes une certaine diminution de ce type de crédits entre 1993 et 1999 où ce montant passe de 11830 à 5174 millions d'euros soit une diminution de 56%. Mais pendant la même période, le contentieux enregistré en 53F devant les tribunaux d'instance est en gros **divisé par 5** ! Et, depuis 1999 alors que la baisse du contentieux se poursuit, légèrement il est vrai, on est remonté en 2006, quant au montant des crédits octroyés par cette voie, à un chiffre largement supérieur à celui de 1993 (soit 12 374 millions d'euros). Devant les tribunaux de grande instance et les tribunaux de commerce, le nombre des demandes codées en 53F a été divisé par plus de 3 entre 1993 et 2003, alors que le montant des crédits aux entreprises rangés dans cette catégorie est resté à peu près stable, avec quelques oscillations³¹.

³¹ Dans le cas particulier des opérations pratiquées par les sociétés financières voir les graphiques du rapport annuel de l'ASF 1999 p 25 qui montre que, après une diminution de ce type de crédits jusqu'à 1993, on a assisté à une nouvelle croissance à partir de 1993, tant en matière immobilière que mobilière.

42- Escompte d'effets de commerce - Une corrélation nette entre l'évolution des crédits et l'évolution du contentieux ne semble pouvoir être établie que pour la catégorie particulière des crédits reposant sur l'utilisation d'effets de commerce. Les statistiques bancaires révèlent une baisse régulière des montants des crédits accordés par cette technique depuis 1993 : de 55 500 millions d'euros en 1993 à 31 290 millions d'euros en 2003, soit une baisse de 44%. Cette diminution tient probablement à ce que les effets de commerce sont aujourd'hui concurrencés par d'autres techniques de mobilisation des créances commerciales – et notamment par la cession de créances professionnelles réalisée par la voie du bordereau « Dailly » - dont on observe, en parallèle, l'utilisation croissante (sur la même période on est passé d'un encours de 12855 à 26948 millions d'euros de crédits accordés par cette voie). Quelles qu'en soient du reste les causes, il est logique que le moindre recours à la technique des effets de commerce se traduise par une diminution des demandes en paiement qui y sont relatives : on ne s'étonnera donc pas que le nombre de demandes codées en 38B (poste spécifique à ce type de demandes) soit passé, entre 1993 et 2003, devant les tribunaux de grande instance et devant les tribunaux de commerce, de 2912 à 1166, soit une baisse de 60%. Il est clair cependant que l'explication n'est que partielle. D'une part, la baisse du montant des demandes est proportionnellement beaucoup plus importante que celle du montant des crédits octroyés par cette technique. D'autre part, cette diminution, qui porte sur un nombre de demandes de toute façon très limité (comme on l'a dit, dans une partie des cas, l'effet de commerce impayé se « noie » dans le solde du compte), n'est qu'un petit détail au sein du phénomène global de baisse du contentieux de l'impayé.

43- Conclusion - Sans davantage, à ce stade, entrer dans les détails, nous avons pu conclure que les baisses significatives du contentieux de l'impayé en matière bancaire ne peuvent s'expliquer par le seul facteur économique, c'est à dire par une diminution de l'activité de crédit dans le secteur concerné. Cependant, il faut se garder de conclure, en sens inverse, que les évolutions de l'activité n'ont aucune incidence sur le contentieux, en raison de trois types de considérations. En effet, les statistiques économiques ne révèlent que les montants des crédits accordés, et non le nombre des contrats, ou de bénéficiaires de crédits : on ne peut exclure que l'augmentation des montants ne coïncide pas avec une augmentation du nombre des contrats. Par ailleurs, comme on l'a vu, les statistiques révèlent la baisse des montants de crédit octroyés selon certaines techniques (crédit-bail, effets de commerce), et cela peut suffire à expliquer la baisse des contentieux correspondants. On ne saurait par exemple

s'étonner de ce que le contentieux de l'impayé relatif aux effets de commerce ait connu une baisse spectaculaire tant devant les tribunaux de commerce que devant les tribunaux de grande instance (statuant commercialement), Mais il est clair que ces déplacements du contentieux d'un poste à l'autre ne suffisent pas à expliquer le phénomène de baisse globale affectant tous les postes.

TITRE II- DES CREDITS MIEUX MAITRISES

44- Prévention des impayés - Si, globalement, pendant la période considérée, les établissements de crédit ont prêté toujours plus tant aux entreprises qu'aux particuliers, on peut avoir l'impression qu'ils ont, aussi, dans l'ensemble, prêté mieux, en sélectionnant plus strictement les bénéficiaires de crédit (CHAPITRE I), et, dans une moindre mesure, en exigeant des garanties de manière plus systématique (CHAPITRE II). Chacun à sa manière, ces deux aspects de la prévention des impayés ont pu contribuer à faire baisser le contentieux de l'impayé. S'ils peuvent être observés prioritairement dans le monde bancaire, ces deux aspects de la maîtrise des crédits ont sans doute pu aussi jouer un rôle dans le cadre de l'impayé non bancaire.

CHAPITRE I- UNE MEILLEURE SELECTION DES BENEFICIAIRES DE CREDIT

44- Hypothèse - Une des premières hypothèses que nous avons formulées pour expliquer la baisse du contentieux de l'impayé, notamment dans le secteur bancaire, est que les donneurs de crédit procéderaient, lors de l'octroi des crédits, à une meilleure sélection des bénéficiaires. Il en résulterait logiquement un moins grand nombre d'incidents de paiement. Cette hypothèse a été confortée par presque tous nos interlocuteurs dans le secteur bancaire (Section 1). Elle est naturellement plus difficile à vérifier dans les autres secteurs, même si certains éléments objectifs peuvent être évoqués à son appui (Section 2).

Section 1- La sélection des bénéficiaires de crédit bancaire

45- Types d'approches- L'hypothèse d'une meilleure sélection des bénéficiaires de crédit par les établissements de crédit a été appréhendée à travers trois types d'approche. D'une part, on a essayé de la vérifier à travers un examen des statistiques relatives aux incidents de paiement et aux défaillances des débiteurs (§1). On a ensuite mis en lumière des évolutions

caractéristiques du cadre normatif pendant la période observée, qui ont pu sembler de nature à inciter les établissements de crédit à une plus grande vigilance dans l'octroi des crédits (§2). On a enfin, à partir des entretiens avec certains acteurs du monde bancaire, tenté de mettre à jour certaines pratiques de sélection (§3).

§1- Approche statistique : le compte des défaillances et des défauts de paiement

45- Moins de défaillances ?— De prime abord, si les bénéficiaires de crédit avaient été, à partir des années 1990, mieux sélectionnés par les établissements de crédit, cela devrait se voir à travers les statistiques des défaillances de débiteurs : il devrait y avoir moins de défaillances, moins d'incidents de paiement, et cela, en soi, donnerait une explication directe de la baisse du contentieux de l'impayé. Des éléments peuvent effectivement être invoqués en ce sens, même si le lien n'est pas toujours aussi évident. Il faut ici distinguer entre les défaillances d'entreprises et les défaillances de particuliers.

A- Défaillances d'entreprises

46- Diminution du nombre de défaillances – S'agissant des entreprises, il n'existe pas de recensement systématique des incidents de paiement, et en particulier des incidents de paiement dans le remboursement des crédits bancaires. Il existe bien un « fichier national des incidents de paiement », mais en dépit de son intitulé, il s'agit d'un fichier purement privé constitué par une société à partir des incidents de paiement signalés par ses abonnés, et qui sert de point d'ancrage pour des services de recouvrement de créances. La Banque de France tient quant à elle un fichier central des incidents de paiement sur effets (CIPE), mais ce fichier ne contient, comme son nom l'indique, que le recensement des **incidents de paiement liés aux effets de commerce**, qui interviennent principalement dans les relations entre entreprises commerciales³². Une étude réalisée en 2004 par la Direction des entreprises de la Banque de France permet de connaître l'évolution du nombre d'incidents de paiement sur la période 1998-2001 (donc sur une petite partie de la période observée) : on y relève, après une augmentation sensible entre 1998 et 1999 (de 664 350 à 738 795) une relative stabilité de

³² Pour une exploitation statistique de ce fichier voir le rapport publié en 2004 par la Direction des entreprises de la Banque de France, Les incidents de paiement sur effets de commerce (par D. Stili), accessible sur <http://www.banque-france.fr/fr/publications/>

1999 à 2001 (où le nombre d'incidents enregistrés est de 745 810)³³. Si on compare ces chiffres à ceux des demandes en paiement d'effets de commerce portées devant les tribunaux de commerce pendant la même période, à partir du poste 38B de la nomenclature (soit au fond 701 en 1998, 544 en 1999, 597 en 2000, 699 en 2001, 869 en 2002, et en référé 1018 en 1998, 866 en 1999, 717 en 2000 et 416 en 2001³⁴) (**Annexe 3**) on constate, d'une part que le contentieux judiciaire ne représente qu'une part infime des incidents de paiement³⁵, d'autre part que l'évolution des chiffres du contentieux ne suit absolument pas celle du nombre des incidents (à la différence de celui-ci, le contentieux est nettement en baisse sur la période considérée). Un autre indicateur, beaucoup plus général, est fourni par les statistiques judiciaires qui indiquent le nombre des défaillances d'entreprises lorsqu'elles se traduisent par l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés (amiable ou judiciaire), et l'évolution du nombre de ces procédures est un précieux indicateur à mettre en relation avec l'évolution du contentieux de l'impayé (**Annexe 8-1**). Nous nous sommes ici contentés d'observer l'évolution du nombre des ouvertures de procédures sur la période 1993-2004, correspondant à celle observée pour l'évolution du contentieux de l'impayé ; les évolutions postérieures, évidemment très intéressantes compte tenu à la fois de la réforme intervenue en 2005 et du développement de la crise économique à partir de 2008, étaient sans intérêt pour notre étude. On constate que, d'une manière générale, le nombre des procédures collectives a été plutôt en baisse pendant la période observée. Entre 1993 et 2004, on est passé de 78 539 demandes d'ouverture à 62 113. Le phénomène le plus notable est celui de la diminution du nombre des ouvertures de redressements judiciaires ((malgré une hausse continue depuis 2001, le niveau était, en 2004, toujours très largement en dessous de celui de 1993), mais ce phénomène a été compensé par une forte hausse des liquidations judiciaires immédiates (près de 30% entre 1993 et 2004). Cette conclusion n'est pas infirmée par les chiffres relatifs aux résultats des procédures (tableaux 2 et 3 de **l'annexe 8-1**)– qui révèlent à la fois une diminution des plans de redressement (toutes natures confondues) et une stabilité des liquidations judiciaires (si on additionne les liquidations immédiates et les liquidations après période d'observation).

Que peut-on déduire de cette évolution ? On pourrait naturellement faire un lien entre la diminution globale du nombre de procédures et la baisse du contentieux de l'impayé : les

³³ Rapport précité p 3

³⁴ Ces chiffres correspondant aux affaires terminées, on a décalé d'un an.

³⁵ Un incident de paiement sur 1000 environ donne lieu à une demande au fond devant les tribunaux de commerce, un peu plus en référé jusqu'en 2000. Il faut cependant relativiser dans la mesure où on peut penser qu'une partie importante du contentieux judiciaire passe en injonctions de payer.

entreprises bénéficiaires de crédit, soit parce qu'elles auraient été mieux sélectionnées, soit en raison d'une amélioration de la situation économique, auraient connu moins de difficultés pendant la période observée, et auraient donc mieux remboursé leurs crédits. Cependant, si le lien existe sans doute, il ne fournit évidemment pas une explication suffisante au phénomène. On voit assez clairement en effet que la diminution du nombre des procédures collectives (environ 6000 procédures de moins en 2004 qu'en 1993) est sans proportion avec celle de l'impayé, même si on ne considère que les demandes formées devant les tribunaux de commerce (de 177 871 à 120 894 demandes, soit environ 50 000 de moins de 1995 à 2003 pour l'ensemble des demandes, injonctions de payer non comprises). On peut voir aussi qu'elle n'a pas été constante (recrudescence en 1997/1998), alors que celle de l'impayé l'a été. Par ailleurs, l'amélioration de la capacité financière des entreprises pendant la période observée, que révèle les statistiques en matière de procédures collectives, peut être due à toutes sortes de causes économiques générales, et on ne peut pas mesurer la part qu'a pu y prendre une meilleure maîtrise du risque de crédit par les établissements de crédit.

B- Particuliers

47- Incidents de remboursement des crédits – Pour les particuliers, on dispose du recensement des **incidents de remboursement des crédits aux particuliers** par le FICP (Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers), institué par la loi de 1989 sur le surendettement. Ce fichier, dont le contenu est fixé à l'article L 333-4 du Code de la consommation, recense les incidents dits « caractérisés », qui répondent aux critères précisés par l'article 3 du règlement n° 90.05 modifié du 11 avril 1990 du Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF) et se traduisent par le constat d'impayés enregistrés au titre du remboursement d'un même crédit. L'étude des chiffres publiés sur la période 1992-2004 (**Annexe 7**) est pleine d'enseignements. Sur l'ensemble de la période, le nombre d'incidents de paiement a globalement augmenté, et dans des proportions considérables (de 1 424 261 en 1992 à 2 769 547 en 2003 pour le nombre d'incidents, 1 073 942 à 2 057 390 pour le nombre de personnes à l'origine de tels incidents). De prime abord, donc, on pourrait en déduire qu'il n'y a eu aucun lien entre la décrue du contentieux et le nombre d'incidents, ce qui semble exclure toute explication fondée sur une meilleure sélection des bénéficiaires de crédit. Cependant, une analyse plus fine des évolutions amène à établir un certain lien. D'une part, il faut observer que l'évolution du nombre d'incidents de paiement est très irrégulière : ce nombre en effet, après une forte augmentation entre 1992 et

1993, diminue dans les années 1993 à 1998 (de 1 901 972 à 1 320 180 incidents, le nombre des personnes victimes d'incidents restant lui assez stable), et c'est précisément sur cette période que la baisse du contentieux de l'impayé bancaire aux particuliers est la plus significative (voir annexe 5-2). En revanche, la période suivante est marquée à nouveau par une forte augmentation du nombre d'incidents de paiement (de 1 562 683 en 1999 à 2 769 547 en 2003) et même de personnes en situation de défaut de paiement (1 376 320 à 2 057 390), et, pendant cette période, le contentieux de l'impayé aux particuliers connaît lui aussi une certaine augmentation (bien que dans des proportions beaucoup plus limitées). D'autre part, il est notable que, sur les deux tableaux – celui des incidents de paiement et celui des demandes en paiement devant les tribunaux – l'augmentation sur cette période 1999-2003 concerne seulement les crédits à la consommation. Les incidents de paiement relatifs aux crédits immobiliers, qui ne représentent qu'une proportion de plus en plus limitée des incidents de paiement (de 8,49% en 1999 à 4,59% en 2003) restent quantitativement relativement stables et diminuent même en 2003 (voir le tableau 2 de l'**annexe 7**) : cela correspond à peu près à l'évolution sur la même période du contentieux de l'impayé du prêt devant les tribunaux de grande instance (de 8989 à 6981). En revanche, l'augmentation des incidents de paiement est très forte, sur cette période, pour les crédits à la consommation, sous toutes leurs formes, et spécialement pour les prêts personnels ou crédits permanents, qui représentent en 1999 57,23% des incidents et 62,03% en 2003, et qui passent sur ces quatre ans de 879 273 à 1 717 853 incidents. Or, sur cette même période, le contentieux du crédit à la consommation (devant les tribunaux d'instance) augmente lui aussi, même si l'augmentation est très amortie, passant de 47 651 à 61 018 demandes pour le poste 53B (demande en remboursement d'un prêt). Il y a donc, incontestablement, un certain lien entre le nombre d'incidents de paiement pour les différentes catégories de crédits et les évolutions du contentieux. Au-delà des explications fondées sur les évolutions économiques source de difficultés financières plus ou moins grandes pour les ménages, ces évolutions différenciées tendent à accréditer l'idée que les bénéficiaires de crédits immobiliers sont, dans les années observées, plus strictement sélectionnés que les bénéficiaires de crédits à la consommation, d'où moins d'incidents de paiement les concernant, d'où moins de demandes en remboursement formées devant les tribunaux. Il est par ailleurs très significatif que, au sein des différentes catégories de crédits à la consommation, ceux où l'augmentation du nombre d'incidents est le plus élevé sont les prêts personnels et crédits permanents, qui sont généralement accordés par des établissements spécialisés, qui ne sont pas en relation suivie avec l'emprunteur et qui ne pratiquent pas une sélection aussi personnalisée des bénéficiaires de crédit.

48- Surendettement - L'analyse des **statistiques en matière de surendettement** (Voir annexe 8-2) confirme tout à fait cette analyse. De prime abord, ces statistiques semblent plutôt démentir l'hypothèse d'une meilleure sélection des bénéficiaires de crédit. En effet, pendant toute la période où le contentieux de l'impayé diminue, on observe parallèlement une augmentation considérable du nombre des procédures de traitement du surendettement³⁶ : le contentieux diminue alors qu'il y a de plus en plus de débiteurs particuliers en difficulté (donc, on le suppose, de plus en plus d'incidents de paiement). Mais, là encore, une analyse plus fine amène à nuancer le propos. Il faut en effet relever que la part que jouent dans le passif des débiteurs surendettés les crédits immobiliers est en baisse constante, l'essentiel de ce passif étant aujourd'hui constitué par des crédits à la consommation, voire par des charges de la vie courante. Une enquête typologique publiée par la Banque de France en 2007³⁷ (**annexe 8-2**) révèle en effet que, si les crédits bancaires constituent toujours une part importante de l'endettement pris en charge dans le cadre de ces procédures (en 2004, ces crédits constituaient 75% de la part de l'endettement dans 6 dossiers sur 10, l'autre poste étant les charges de la vie courante), la part des crédits immobiliers dans cet endettement est relativement faible, et plutôt en diminution. Alors que 15% des dossiers contenaient un crédit immobilier en 2001, cette proportion avait été ramenée à 10% en 2004, et est tombée à 8% dans le dernier baromètre du surendettement publié par la Banque de France (2007)³⁸. Par rapport au nombre global des incidents de paiement en matière de crédits aux particuliers, elle n'est même plus que de 3,5% en 2008, le gros des incidents de paiement (63,73%) affectant les prêts personnels³⁹. Il apparaît donc que les difficultés de paiement sont dues, et de plus en plus, aux crédits à la consommation, et de moins en moins aux crédits immobiliers. Or, on le sait, sur le plan du contentieux, il existe une différence nette entre celui qui est relatif au crédit immobilier, en baisse constante (poste 53B devant les tribunaux de grande instance) et celui relatif au crédit à la consommation (postes 38C : demande en paiement du solde débiteur d'un compte bancaire et 53B, demande en remboursement d'un prêt devant les tribunaux d'instance) qui est plutôt en hausse⁴⁰. Cela peut bien accréditer l'idée que les bénéficiaires de crédits immobiliers ont été de plus en plus « triés », ce qui explique qu'ils

³⁶ Les derniers chiffres publiés par la Banque de France révèlent qu'entre 1990 et 2006, le nombre des dossiers déposés est passé de 90 174 à 184 866, soit quasiment un doublement ! Parallèlement, le nombre de dossiers recevables est passé de 64 320 à 157 950 environ. Depuis 2004, les procédures de rétablissement personnel instituées par la loi du 1^{er} août 2003 sont passées de 16 321 à 24 190.

³⁷ http://bdfbs-ws01.heb3.fr.colt.net/fr/instit/telechar/services/enquete_typo2007_surendettement.pdf

³⁸ Voir les tableaux reproduits en annexe 8-2

³⁹ Source : FICP Voir annexe 7

⁴⁰ Voir supra n° 20

soient plutôt moins touchés par le phénomène du surendettement : la baisse du contentieux de l'impayé concernant ce type de crédit pourrait être, en partie, liée à cette évolution. A l'inverse, l'augmentation du contentieux de l'impayé en matière de crédit à la consommation pourrait être liée à une moindre sélection des bénéficiaires de crédit à la consommation, de plus en plus touchés, eux, par les difficultés financières et donc plus présents dans les procédures de traitement du surendettement. On en trouve confirmation à travers les **statistiques générales sur l'endettement des ménages**. L'étude réalisée par l'INSEE sur l'endettement des ménages en 2004⁴¹ établit que les différences dans l'accès ou le recours au crédit sont particulièrement marquées en fonction des revenus, notamment pour le crédit à l'habitat : les bénéficiaires de tels crédits sont, majoritairement, des ménages plutôt aisés, ayant un revenu disponible supérieur au revenu médian et d'un âge relativement élevé (autour de 40ans). En revanche, les bénéficiaires de crédit à la consommation sont d'abord des ménages jeunes possédant peu ou pas de patrimoine financier, donc des ménages moins nantis que ceux qui bénéficient d'un crédit à l'habitat. Il est compréhensible que les incidents de paiement soient plus nombreux dans la seconde catégorie que dans la première, et que les crédits à la consommation occupent davantage de place dans le surendettement, le crédit immobilier, accordé à des ménages plus aisés, suscitant de moins en moins de difficultés de paiement, et donc logiquement un moindre contentieux.

§2- Approche juridique : l'évolution du cadre normatif de l'octroi des crédits

49-Coïncidence temporelle - Au cours des vingt dernières années, on a assisté à l'apparition de diverses règles, d'origine réglementaire ou jurisprudentielle, qui exigent des établissements de crédit une certaine vigilance dans l'octroi de leurs crédits. Trois évolutions significatives ont été évoquées par nos interlocuteurs du monde bancaire lors de nos entretiens. Il s'agit en premier lieu de l'évolution dans un cadre international, de la réglementation prudentielle des banques, en second lieu du développement en France d'une jurisprudence de plus en plus exigeante sur la responsabilité des banques dispensatrices de crédit, et en troisième lieu de l'évolution du droit des procédures de traitement des difficultés financières des débiteurs. Même s'il est difficile d'établir un lien de cause à effet, on ne peut qu'être frappé par la coïncidence temporelle entre ces évolutions normatives et le phénomène de baisse du contentieux. Le propos ici ne peut cependant être que très nuancé.

⁴¹ http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1131

A- La réglementation prudentielle des banques

50- Notion – Les établissements de crédit sont depuis longtemps assujettis, pour leur gestion, au respect d'un certain nombre de ratios – de liquidité, de solvabilité, et de division des risques – destinés tant à protéger la clientèle des déposants que, d'une manière plus générale, à assurer la bonne santé du système bancaire, indispensable au développement de l'économie. Ainsi, conformément à l'art. L 511-41 du code monétaire et financier (CMF) « *les établissements de crédit sont tenus, dans des conditions définies par le ministre chargé de l'économie, de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, et plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division des risques* ». Ce texte est le fondement de toute la réglementation prudentielle française. A l'origine élaborée par le Comité de la réglementation bancaire et financière, elle l'est maintenant par ministre de l'économie depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Ce dernier prend des mesures réglementaires après avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières (CCLRF). Mais aujourd'hui les règles prudentielles sont directement liées à des sources internationales : il faut tenir compte des directives européennes⁴², elles-mêmes inspirées par les célèbres « règles de Bâle ». Lors des entretiens que nous avons eus avec nos interlocuteurs du monde bancaire, celles-ci ont souvent été évoquées comme ayant joué un rôle de premier plan dans le développement d'une politique plus stricte de sélection des emprunteurs par les établissements de crédit. Elles auraient donc été, par ce biais, un des facteurs expliquant la baisse du contentieux de l'impayé. Il est donc apparu nécessaire d'en savoir plus sur ces règles.

51- Règles de Bâle - Le Comité de Bâle des règles et pratiques bancaires⁴³ a été créé en 1974 par les gouverneurs des banques centrales des pays du Groupe des dix (dit G 10) et fonctionnant sans aucun formalisme auprès de la Banque des règlements internationaux, il

⁴² V. Directive 2000/12/CE du 20 mars 2000 qui regroupe les dispositions des directives antérieures relatives aux fonds propres et à la surveillance prudentielle. V. également, Directive n° 93/6/CEE du conseil du 15 mars 1993 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (JOCE n° L 141/1 du 11 juin 1993. Cette directive concerne les fonds propres et la couverture des risques de marché qui comprennent en particulier le risque de position, le risque de règlement/livraison, le risque de contrepartie et le risque de change) ; article 13 de la directive n° 2004/39/CE du 21 avril 2004 (texte applicable aux établissements de crédit en vertu de l'article 1, 2 de la directive préc.) ; Directive 98/31/CE du parlement européen et du conseil du 22 juin 1998 modifiant la directive 93/6/CEE du conseil sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (JOCE n° L 204/13 du 21 juillet 1998).

⁴³ Dit parfois comité Cooke du nom d'un de ses présidents

regroupe les représentants des banques centrales et des autorités de surveillance de douze Etats, à savoir les Etats membres du groupe des dix ainsi que deux autres Etats⁴⁴. Il constitue une instance permanente de coopération en matière de surveillance bancaire. En particulier, il a examiné les modalités d'une coopération internationale propre à renforcer le contrôle prudentiel et à améliorer, à l'échelle mondiale, la qualité de la surveillance des banques. Ont alors été élaborées, en deux temps, des règles dites prudentielles qui sont destinées à « permettre d'assurer la solvabilité des établissements de crédit et la liquidité des dépôts et garantir ainsi les déposants »⁴⁵. Dans un premier temps, le Comité de Bâle a proposé en juillet 1988 le ratio international de solvabilité (ratio Cooke) : l'objet de ce ratio « est d'imposer aux grandes banques internationales de détenir un montant minimum de fonds propres »⁴⁶ qui est déterminé en fonction des risques assurés par les établissements concernés du fait des engagements contractés par eux. Ce ratio, dans son architecture initiale, n'étant toutefois pas sans faiblesses, le comité a entrepris, à partir de 1998, une nouvelle réflexion qui a conduit à l'adoption, en 2004, d'un dispositif révisé, dit « Nouvel accord de Bâle sur les fonds propres ou Bâle II » encore appelé ratio Mac Donough du nom du président du comité de Bâle de l'époque : William J. Mc Donough. Il faut relever que les travaux du comité de Bâle, qui n'est pas une autorité supranationale, n'entraînent pas d'obligation pour les Etats et n'ont pas force exécutoire. Il revient aux autorités nationales de mettre en œuvre, selon le dispositif qu'elles jugent adéquat, les normes et les règles de caractère général édictées par celui-ci. Cependant, les règles élaborées par le comité ont été directement à la source de directives européennes, elles mêmes transposées en France, et elles ont ainsi été à l'origine de l'évolution de la réglementation prudentielle française depuis le début des années 1990. Quant à l'incidence que cette évolution a pu avoir sur le phénomène ici analysé, il convient de distinguer entre les règles de Bâle I et celles de Bâle II.

⁴⁴ Allemagne, Belgique, Canada, Etats-Unis, France, Grande Bretagne, Italie, Japon, Pays-Bas, Suède. Le Luxembourg et la Suisse sont associés aux travaux du comité (rapport Comité de la réglementation bancaire pour 1993, p. 14).

⁴⁵ S. Grundmann, « Le système du droit bancaire européen : quelle sera désormais la compétence de la législation nationale ? » Rev. dr. bancaire et bourse n° 26, juillet/août 1991. 115. V. également, J. Coupey, « Vers un nouveau schéma de réglementation prudentielle : une contribution au débat », Revue d'économie financière, n° 56, p. 37.

⁴⁶ C. Dufloux et M. Karlin, « La réglementation prudentielle des banques : les travaux récents du comité Cooke », Banque, n° 489, décembre 1988, p. 1246 et n° 490, janvier 1989, p. 77 ; B. Lhomme, « Ratio Cooke », Banque, n° 486, septembre 1988. 941 ; G. Dumas et D. Le Moullac, « Développement et ration Cooke, une problématique pour les banques », Banque, n° 535, février 1993. 16 ; S. Matherat, « La détermination des pondérations dans le ratio Cooke », Banque, n° 535, février 1993. 39.

52- Bâle I- Chronologiquement, la mise en oeuvre des règles de Bâle I correspond à peu près au moment où, en France, on commence à observer la dégrèvement de l'impôt. En collaboration avec le comité de Bâle, les autorités communautaires ont élaboré un ratio de solvabilité qui a donné lieu à la directive du 18 décembre 1989⁴⁷. Celle-ci a été transposée en droit interne par le règlement CRBF n° 91-05 du 15 février 1991. Cependant, il faut observer que les normes prudentielles mises en place à cette époque sont assez éloignées, dans leur esprit, d'une idée de sélection des bénéficiaires des crédits. Ces normes reposent sur la notion de fonds propres⁴⁸ qui désigne des ressources stables à la disposition des établissements de crédit. D'après l'art. 1 du règlement CRBF du 15 février 1991 relatif au ratio de solvabilité, « les établissements de crédit, (...), sont tenus dans les conditions prévues au présent règlement de respecter en permanence un ratio de solvabilité, rapport entre le montant de leurs fonds propres et celui de l'ensemble des risques de crédit qu'ils encourent du fait de leurs opérations, au moins égal à 8% ». Par conséquent, les fonds propres de ces établissements doivent toujours avoir une valeur supérieure ou égale à 8% de l'ensemble des risques de crédit encourus. Ainsi par exemple, La banque doit financer chaque 100 euros de crédit de la façon suivante : minimum 8 euros en fonds propres et maximum 92 euros en utilisant ses autres ressources de financement tels que dépôts, emprunts, financement interbancaire. Ces fonds propres sont calculés conformément au règlement CRBF n° 90-02 du 23 février 1990. Ces exigences se sont appliquées à compter du 31 décembre 1992, et la Commission bancaire a été chargée de veiller à leur respect⁴⁹. On peut naturellement penser que la mise en place de ces nouvelles exigences a contribué à inciter les banques à une plus grande rigueur dans l'octroi de leurs crédits, mais on ne voit pas de lien direct entre cette réglementation et la sélection des bénéficiaires de crédits.

53- Bâle II- La nouvelle réflexion entreprise en 1998 par le comité de Bâle a conduit à l'adoption en 2004 d'un nouvel accord de Bâle sur les fonds propres dénommé Bâle II (ou ratio Mac Donough). Cette réflexion se fondait sur les limites des accords de Bâle I, dont la plus importante était celle liée à la définition des engagements de crédit. La principale variable prise en compte était d'ordre quantitatif, soit le montant du crédit distribué. Les règles issues des accords de Bâle I semblaient ainsi négliger la dimension essentielle de la

⁴⁷ Directive 89/647/CEE du 18 décembre 1989 relative à un ratio de solvabilité des établissements de crédit, JOCE n° L 386/14 du 30 décembre 1989 : Les dispositions de cette directive ont été reprises par la directive du 20 mars 2000.

⁴⁸ Règlement CRBF n° 90-02 du 23 février 1990 relatif aux fonds propres.

⁴⁹ Art 9 et 10 du règlement CRBF de 1991

qualité de l'emprunteur, et donc du risque qu'il représente réellement. Le Comité de Bâle a donc proposé en 2004 un nouvel ensemble de recommandations, au terme duquel est définie une mesure plus pertinente du risque de crédit, avec en particulier la prise en compte de la qualité de l'emprunteur, y compris par l'intermédiaire d'un système de notation financière interne propre à chaque établissement (dénommé IRB, *International rating Based*). Ces nouvelles règles impliquent donc une meilleure sélection par les établissements de crédit des personnes à qui ils font crédit, et on comprend que nos interlocuteurs les aient évoquées comme un facteur déterminant de l'évolution de la politique des banques à cet égard. Cependant, il faut observer que, chronologiquement, ces règles sont intervenues beaucoup trop tard pour pouvoir expliquer la baisse du contentieux de l'impayé survenue dès le début des années 1990. Publiées le 26 juin 2004, les règles de Bâle II n'ont en effet été intégrées dans la législation européenne que dans une directive 2006/49/CE du 14 juin 2006, transposée en droit interne par un arrêté du 20 février 2007⁵⁰. Certains de nos interlocuteurs ont du reste souligné qu'à leur avis, les règles de Bâle n'ont pas eu d'incidence directe⁵¹. Cette évolution normative, cependant, même si elle ne peut en aucune manière être considérée comme la cause du phénomène analysé, apparaît comme le reflet de préoccupations de contrôle des risques liées à la qualité des emprunteurs manifestées bien avant dans le monde bancaire et qui ont pu, elles, déjà jouer un rôle dans la période antérieure à celle de leur concrétisation législative et réglementaire. Il en va de même des évolutions jurisprudentielles qui se sont produites en parallèle sur la question de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

B- La responsabilité du banquier dispensateur de crédit

54- Jurisprudence – A la différence de l'évolution précédente, on est ici en présence d'une évolution principalement jurisprudentielle. Il convient ici de s'intéresser au développement de la jurisprudence relative à la responsabilité du banquier dispensateur de crédit lorsque le crédit apparaît injustifié ou excessif par rapport aux capacités de remboursement du client et à ses perspectives de redressement. Il faut bien distinguer deux courants jurisprudentiels, selon que l'action en responsabilité est exercée par les autres créanciers du bénéficiaire de crédit (a) ou par ce bénéficiaire lui-même (b).

⁵⁰ JO 1^{er} mars 2007

⁵¹ Voir l'entretien n° 6

a/ Responsabilité du banquier vis à vis des autres créanciers du bénéficiaire de crédit

55- Solutions traditionnelles - C'est l'aspect le plus traditionnel de la jurisprudence, qui est très lié au contexte des procédures collectives. Lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte contre une entreprise, les créanciers autres que les établissements de crédit pouvaient se plaindre, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, des crédits excessifs que ceux-ci avaient pu, dans la période antérieure, accorder au débiteur. Ils pouvaient se plaindre à la fois de ce que le crédit imprudemment accordé par la banque avait retardé artificiellement la cessation des paiements et entraîné une aggravation du passif de l'entreprise, et, pour ceux qui avaient traité postérieurement avec l'entreprise, de ce que l'attitude du banquier avait pu leur faire croire à la bonne santé de celle-ci et les avait incité à faire crédit eux-mêmes. Le principe de la responsabilité de la banque envers les créanciers de l'entreprise en difficultés a été retenu dès la fin du 19^e siècle par la Cour de cassation. La Chambre civile de la Haute juridiction l'a en effet affirmé dans un arrêt du 1^{er} août 1876⁵². Cette décision a constitué le point de départ d'une jurisprudence confirmée ultérieurement par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, spécialement dans les années 1960⁵³. Un peu plus tard, l'arrêt Laroche⁵⁴ a constitué une étape importante en la matière, dans la mesure où il pose le principe de la recevabilité de l'action en responsabilité du syndic contre la banque (ce principe avait été remis en cause par des décisions antérieures). D'après cet arrêt, « le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif ;... ». La Cour de cassation a précisé dans les arrêts ultérieurs le régime de cette responsabilité. A titre d'exemple, elle a posé comme condition de la responsabilité du banquier que l'entreprise ait été en « situation désespérée » ou « situation irrémédiablement compromise »⁵⁵, et que la banque ait été au courant de cette situation⁵⁶. Cette question a par ailleurs fait l'objet d'une abondante production doctrinale, là

⁵² D. 1876, 1, 457.

⁵³ Com., 28 nov. 1960: Bull. civ. III, p. 348; Rec. gén. Lois et Arrêts, 1962, p. 83, obs. Vasseur ; Banque, 1962, p. 269, obs. Marin ; Rev. trim. dr. com. 1961, p. 460, obs. Houin. Dans cette décision, la Haute juridiction casse un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier (1^{er} mars 1957) au motif qu'« en ne recherchant pas si les agissements reprochés à la (banque) ne constituaient pas, à défaut de fraude, à tout le moins une faute au sens des textes susvisés (art. 1382 et s. C. civ.), la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁵⁴ Com., 7 janv. 1976 : JCP G 1976, II, 18327, note Gavalda et Stoufflet

⁵⁵ Com., 7 janv. 1976 : JCP G 1976, II, 18327, note Gavalda et Stoufflet

⁵⁶ Com., 20 nov. 1990, RJDA 2/1991, n° 136 ; com., 7 mars 1991, RJDA 7/91, n° 627

encore à partir des années 1960⁵⁷. Il faut signaler que cette jurisprudence a été très largement remise en cause par la loi du 26 juillet 2005 qui a créé un nouvel article L 650-1 du Code de commerce aux termes duquel « *Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles* »⁵⁸. On ne s'arrêtera cependant pas à cette évolution récente, qui n'a pas pu avoir d'incidence sur le phénomène observé.

56- Incidence limitée - On peut naturellement penser que la jurisprudence antérieure, très largement diffusée et commentée par la doctrine, a contribué à inciter les banques à une plus grande prudence dans l'octroi des crédits aux entreprises. Cependant plusieurs éléments conduisent à relativiser cette influence. D'une part, comme on l'a dit, cette jurisprudence est très liée au contexte particulier des procédures collectives, et ne concerne que les crédits aux entreprises : elle n'est pas de nature à expliquer, même de manière partielle, la baisse généralisée du contentieux de l'impayé bancaire, y compris pour les crédits les plus importants consentis aux particuliers. D'autre part, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit n'a été reconnue dans ce contexte que dans des conditions très restrictives : il n'a jamais été question de condamner systématiquement les banques qui accordaient des crédits excessifs ou trop risqués par rapport aux capacités financières de l'emprunteur, mais seulement de sanctionner le comportement du banquier qui prolonge artificiellement la vie d'une entreprise en lui accordant des crédits alors qu'elle était déjà dans une situation irrémédiablement compromise. Cette jurisprudence ne semblait donc pas de nature, à elle

⁵⁷ Voir notamment l'ouvrage de M. Vasseur, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, 3^e éd. 1979 ; adde les articles de J. Stoufflet, *L'ouverture du crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ?* : JCP 1965, I, 1882. ; J. Stoufflet, *Devoirs et responsabilités du banquier à l'occasion de la distribution du crédit* in : *Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque*, 1978. ; J. Stoufflet, *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit*, in Mel. Cabrillac, Dalloz Litec 1999

⁵⁸ La rédaction de ce texte a changé avec l'ordonnance du 18 déc. 2008, la sanction n'étant plus toujours la nullité mais la réduction et instauration d'une liberté d'appréciation au juge : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge* »

seule, à entraîner une augmentation sensible du niveau d'exigence des banques par rapport aux capacités financières des emprunteurs.

De ce point de vue, le second courant jurisprudentiel, qui concerne la responsabilité du banquier vis à vis de son client, nous paraît beaucoup plus intéressant au regard de la problématique ici traitée.

b/ Responsabilité vis à vis du bénéficiaire de crédit

57- Solutions récentes - C'est ici le bénéficiaire du crédit lui-même qui, dans l'impossibilité de rembourser, et pour échapper en partie à sa dette (par le jeu d'une compensation des dommages-intérêts avec les sommes dues) vient mettre en jeu la responsabilité du banquier pour lui avoir accordé un crédit disproportionné à ses facultés financières. Cette question ne s'est posée devant les tribunaux que de manière récente : le premier arrêt connu de la Cour de cassation ne date que de 1994.

On exposera d'abord brièvement l'évolution jurisprudentielle, avant de tenter de mesurer quelle incidence elle a pu avoir sur le contentieux de l'impayé.

1°/ Evolution jurisprudentielle

58- Deux périodes - On peut noter deux périodes. La première (1994 à 2005) se caractérise par une divergence de jurisprudence entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation. La seconde (2005-2006) est marquée par un rapprochement entre les deux chambres et dont l'aboutissement est un arrêt rendu par une chambre mixte en 2007.

59- Divergences - Dans la période antérieure à 2005, la première chambre civile et la chambre commerciale se sont opposées sur la question de la responsabilité des dispensateurs de crédit pour l'octroi d'un crédit jugé excessif par rapport aux capacités de remboursement de l'emprunteur. Pour la **chambre commerciale** le principe était celui de l'absence d'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit tempéré par la nécessité d'une symétrie de l'information. Le principe de cette absence d'obligation de conseil (la seule obligation est donc celle d'information mise en place dans le code de la consommation aux articles L. 311-1 et s.) avait été posé par la chambre commerciale dans un arrêt du 18 février

1997, n° 94-18.073⁵⁹. A partir de 1999, cependant, la chambre commerciale va tempérer ce principe en distinguant entre l'emprunteur averti et l'emprunteur non averti. Selon la chambre commerciale, le banquier n'a aucune obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur averti, c'est-à-dire celui qui dispose de toutes les informations lui permettant d'apprécier le risque de l'opération financée ou garantie (devoir de non immixtion du banquier dans les affaires de son client). Si en revanche, le banquier accorde un prêt dépassant les capacités financières de l'emprunteur alors qu'il avait sur la situation de l'emprunteur des informations que celui-ci ignorait, il engage sa responsabilité. Le principe a été posé dans un arrêt du 11 mai 1999. C'est le principe de la symétrie de l'information sur la situation de l'emprunteur⁶⁰. Ce principe de symétrie de l'information dégagé d'abord en matière de crédits aux entreprises (arrêt précité) a été ensuite étendu aux particuliers en 2002. Suivant ce principe, la chambre commerciale refuse d'engager la responsabilité du banquier chaque fois que l'emprunteur a lui-même sollicité le prêt : il est considéré comme responsable de ses actes et le mieux à même de connaître l'état de ses ressources et de son patrimoine et d'évaluer ses capacités de remboursement. Il ne peut s'il a surestimé celles-ci – volontairement ou non – faire grief à l'établissement de crédit de lui avoir accordé ce qu'il avait demandé en pleine connaissance de cause (l'emprunteur est « responsable de son propre dommage »). Enfin, en 2005⁶¹, la chambre commerciale étend le principe de symétrie de l'information sur la situation de l'emprunteur aux cautions. Dans cet arrêt, elle retient la responsabilité de la banque qui détenait dans le cadre d'un système de franchise plus d'informations sur la situation de la société emprunteuse que les dirigeants cautions eux-mêmes.

Pendant la même période, la première chambre civile se montrait plus protectrice de l'intérêt des emprunteurs. Le premier arrêt semble-t-il rendu sur le sujet date de 1994. Dans cet arrêt du 8 juin 1994, la première chambre civile affirme que le banquier doit répondre envers l'emprunteur d'une « légèreté blâmable ». Puis dans un arrêt rendu **le 27 juin 1995**, elle pose le principe repris par la suite selon lequel l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur a un « devoir de conseil » consistant « à mettre en garde » les emprunteurs sur l'importance de l'endettement lié aux prêts souscrits. Manque donc à son obligation de conseil le banquier qui accorde un crédit excessif et ce même si l'emprunteur connaît les risques qu'il encourt pour en avoir été averti par un autre établissement.

⁵⁹ Voir annexe 13

⁶⁰ Voir annexe 13

⁶¹ Cass com 20 sept. 2005, pourvoi n° 03-19.732

60- Rapprochement – Dans la période qui suit, chacune des deux chambres va se rapprocher de l'autre. Par 4 arrêts rendus le 12 juillet 2005⁶², complétés par deux arrêts postérieurs du 2 novembre 2005⁶³ et du 21 février 2006⁶⁴, la première chambre civile introduit une distinction entre emprunteur averti et profane instaurant un régime de responsabilité propre à chaque catégorie. L'emprunteur profane doit être alerté sur l'importance du risque encouru au regard de ses capacités financières. A l'égard de cet emprunteur, la première chambre civile qualifie le devoir de conseil de mise en garde et enjoint à la banque de vérifier ses capacités financières de l'emprunteur profane avant d'octroyer le prêt, lequel pourrait être excessif au regard de ses facultés contributives. Sa responsabilité peut être engagée en l'absence d'une mise en garde. Lorsque la responsabilité du banquier est recherchée par un emprunteur averti, la première chambre civile adopte la jurisprudence de la chambre commerciale : l'emprunteur ne peut engager la responsabilité de la banque que si cette dernière ne lui a pas transmis une information que lui-même ignorait. Le principe est posé dans l'arrêt du 12 juillet 2005⁶⁵. A la suite de la prise de position de la première chambre civile, la chambre commerciale prend à nouveau position et se rapproche à son tour de la première chambre civile. Par trois arrêts du 3 mai 2006, la chambre commerciale admet l'existence d'un devoir de mise en garde de la banque au bénéfice des emprunteurs profanes dont la situation personnelle justifie une protection particulière. A l'égard des emprunteurs avertis, la chambre commerciale conserve sa jurisprudence désormais commune aux deux chambres (application du principe de symétrie des informations)⁶⁶. Cette position commune va être confirmée par deux arrêts de chambre mixte du 29 juin 2007 (dont la saisine ne s'imposait pas vraiment si ce n'est pour confirmer avec solennité l'harmonie des deux chambres)⁶⁷. La portée de cette jurisprudence unifiée a été depuis précisée par divers arrêts, qu'il paraît inutile d'étudier ici puisqu'ils n'ont pas pu avoir d'incidence sur le phénomène analysé⁶⁸.

⁶² **Cour de cassation chambre civile 1 12 juillet 2005 N° de pourvoi: 03-10921 Publié au bulletin, voir annexe 13**

⁶³ pourvoi n° 03-17.443

⁶⁴ pourvoi n° 02-19.066

⁶⁵ **Cour de cassation chambre civile 1 12 juillet 2005 N° de pourvoi: 03-10770 Publié au bulletin Voir annexe 13**

⁶⁶ **Cour de cassation chambre commerciale 3 mai 2006 N° de pourvoi: 04-19315 Publié au bulletin Annexe 13**

⁶⁷ Voir annexe 13

⁶⁸ Voir en dernier lieu Cass civ1 30 avril 2009 : pourvoi n° 07-18334, qui précise que la banque est tenue du devoir de mise en garde à l'égard d'un emprunteur non averti même si celle-ci est, au moment de son engagement, assistée d'une personne compétente.

2°/ Incidence de cette évolution jurisprudentielle

61- Incidence relative - Beaucoup plus que la jurisprudence traditionnelle relative à la responsabilité envers les autres créanciers, cette évolution jurisprudentielle relative à la responsabilité des banques vis à vis de leurs clients emprunteurs a pu peser sur le comportement des établissements de crédit et les inciter à sélectionner de manière plus rigoureuse les bénéficiaires de crédit – cette meilleure maîtrise du risque pouvant être une des causes de la baisse du contentieux de l’impayé. En effet, contrairement à la jurisprudence précédente, celle ci a un domaine d’application très général et concerne aussi bien les particuliers que les entreprises (la distinction emprunteurs avertis/emprunteurs profanes ne coïncidant pas exactement avec la distinction entre professionnels et non professionnels). Surtout, le devoir de mise en garde imposé au banquier ne se limite pas au cas où la situation de l’emprunteur est irrémédiablement compromise, mais impose, dans tous les cas, une vérification de l’adéquation entre le crédit octroyé et la situation financière de celui qui le sollicite. Il implique donc directement, de la part du banquier, un travail de sélection des emprunteurs. L’examen précis de la chronologie amène cependant à relativiser l’influence qu’a pu avoir cette jurisprudence par rapport au phénomène ici étudié. On sait en effet que la baisse du contentieux de l’impayé a commencé à apparaître dès le début des années 1990 (selon les postes de la nomenclature, à partir de 1993 ou de 1994). Or, à cette époque, la jurisprudence sur la responsabilité du banquier pour défaut de conseil ou de mise en garde de l’emprunteur était encore balbutiante, et ne se manifestait qu’à travers quelques arrêts isolés de la première chambre civile (ne concernant pour l’essentiel que des particuliers emprunteurs)⁶⁹. Ce n’est, on l’a vu, qu’à partir de 2005 que cette jurisprudence s’installe vraiment, avec l’harmonisation des positions de la première chambre civile et de la chambre commerciale. On peut cependant penser que, dès avant la fixation de la jurisprudence de la Cour de cassation, a pu se développer une tendance des juges du fond à condamner les banques ayant accordé des crédits « toxiques ». Une recherche portant sur les décisions du fond publiées dans les principales revues juridiques atteste de l’existence de ces décisions, à défaut de pouvoir en donner une idée quantitative. On citera ainsi un certain nombre d’arrêts de cours d’appel ou de décisions de première instance rendus au début des années 1990 et qui condamnent vis à vis de l’emprunteur des banques n’ayant pas eu la prudence attendue d’un

⁶⁹ Le premier arrêt de la Cour de cassation est celui du 8 juin 1994

professionnel du crédit⁷⁰. A titre d'exemple, on citera un jugement particulièrement caractéristique du Tribunal de Grande instance d'Auxerre du 28 septembre 1992, publié dans une revue de droit bancaire⁷¹, qui condamne une banque pour avoir manqué à son devoir de conseil en élaborant « un plan de financement d'une cession d'exploitation agricole pour un montant de 1 556 500 F à une personne rapatriée récemment à l'âge de 56 ans et n'ayant pour tout apport personnel qu'une somme de 40 000 F sans s'assurer que ce plan comportait un fonds de roulement pouvant être effectivement consacré au fonctionnement de l'exploitation, fonds qu'elle avait, lors des négociations, évalué à 300 000 F sous forme d'un apport personnel et dont elle avait fait alors une condition essentielle de son accord sur le financement ». Même si on retrouve dans la même période des décisions des juges du fond exonérant les banques de toute responsabilité envers l'emprunteur, en considérant que ce dernier est mieux informé que sa banque et il lui appartient de supporter les risques du crédit, il ne paraît pas déraisonnable de penser que l'existence, dès le début des années de 1990, de décisions retenant la responsabilité du banquier vis à vis de son client, décisions probablement connues dans le monde bancaire par le relais de commentateurs spécialisés, a pu convaincre les banquiers que le vent judiciaire tournait en faveur des emprunteurs, et les inciter à une plus grande prudence dans l'octroi des crédits. En tout cas, la coïncidence temporelle est troublante. A défaut d'une relation de cause à effet impossible à établir, on peut au moins penser qu'à cette période il y a eu des interactions entre le souci de plus en plus grand chez les établissements de crédit de maîtriser le risque de crédit, et le développement chez les juges dans une optique principalement consumériste, de l'idée que cette maîtrise du risque faisait partie des devoirs du banquier vis à vis de ses clients.

62- Opinion des acteurs – Les acteurs du monde bancaire ne nient pas l'influence que cette évolution jurisprudentielle a pu avoir sur le comportement des banques, même si leurs propos sont évidemment très nuancés. Un de nos interlocuteurs⁷² estime que cette influence a joué à la fois en bien et en mal. Selon lui, il y a deux types de banquiers et deux types de clients. Concernant les banquiers : pour le banquier imprudent, la jurisprudence a du bon, mais pour le banquier prudent, attentif à la situation de son client, elle l'embarrasse. En effet, tout

⁷⁰ CA Grenoble, 14 mai 1992 : JCP 1992, éd. E, pan. 826 ; CA Bordeaux, 12 mars 1992 (décision ayant fait l'objet du pourvoi rejeté par la première chambre civile à travers l'arrêt du 8 juin 1994 : Bull. civ. I, n° 207) ; CA Riom, 11 juin 1992 (décision ayant fait l'objet du pourvoi rejeté par la Cour de cassation à travers l'arrêt de la première chambre civile du 27 juin 1995 : Bull. civ. I, n° 287, p. 200) ; C. A. Montpellier, 11 mars 1992 (JCP G 1993, IV, 570 ; Trib. inst. Bordeaux, 16 février 1989 (RTD civ. 1990, 480, obs. J. Mestre

⁷¹ Rev. dr. bancaire et bourse n° 36 p. 73., obs. F.-J. Crédot, Y. Gérard

⁷² Entretien 1

dépend du type de client que le banquier a en face de lui : pour celui qui ne prend jamais de risques, qui fait des demandes de crédit simples à son banquier, la jurisprudence n'a pas d'influence. En revanche, le client « entreprise » qui traverse des difficultés financières aura désormais du mal à s'en remettre car il ne trouvera pas de banquier qui prendra le risque de lui prêter son concours pour l'aider à se redresser. Selon cet interlocuteur, plus la jurisprudence renforce l'obligation de prudence des banques, moins celles-ci ont de marges de manœuvre pour apprécier si la situation obérée de leur client est accidentelle ou irréversible. Pour un autre de nos interlocuteurs (Entretien 4) le banquier adapte nécessairement l'exercice de son métier aux évolutions juridiques (jurisprudence, réglementation). Mais selon lui, cela n'a pas rendu les banques plus prudentes car elles le sont par essence... Un autre de nos interlocuteurs estime quant à lui que le durcissement de la jurisprudence à l'égard des banquiers n'a aucune influence (il semble d'ailleurs méconnaître cette évolution). Il ne s'agit selon lui que de maîtriser les risques en étant très rigoureux sur l'octroi des crédits.

C- La réglementation des procédures de traitement des difficultés financières des débiteurs

63- Procédures de traitement des difficultés des entreprises – Le mouvement de décre des impayés, commencé en 1993 ou en 1994 (selon les postes et les juridictions), suit de moins de dix ans la grande réforme des procédures collectives résultant de la loi de 1985. Cette réforme, on le sait, a été marquée par la mise au premier plan des objectifs de redressement de l'entreprise en difficulté et de maintien de l'emploi, au détriment de la finalité traditionnelle de paiement des créanciers, ramené dans la loi de 1985 à l'idée d'apurement du passif. Aussi bien le législateur de 1985 n'avait-il pas hésité à sacrifier sur de nombreux points les intérêts des créanciers, et notamment des établissements de crédit, les deux mesures les plus spectaculaires (parmi bien d'autres) étant d'une part le droit de préférence accordé systématiquement aux créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure sur les créanciers antérieurs, y compris titulaires de sûretés réelles (art 40 de la loi de 1985), d'autre part l'extinction des poursuites contre le débiteur en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif (art. 169 de la loi de 1985). Il n'est évidemment pas interdit de penser que les menaces très fortes pesant sur le recouvrement de leurs créances dans ce contexte ont pu inciter les banques, à partir de la fin des années 1980, à se montrer plus prudentes dans l'octroi du crédit aux entreprises. Il existe cependant un trop grand décalage chronologique entre la réforme de 1985 et le phénomène observé pour que le lien puisse être

établi, d'autant plus qu'on ne dispose des chiffres relatifs au contentieux de l'impayé devant les tribunaux de commerce qu'à partir de l'année 1995, et qu'il n'est pas possible de suivre l'évolution dans les années précédentes.

64- Procédures de traitement du surendettement – La coïncidence chronologique est beaucoup plus nette entre le début de la baisse du contentieux de l'impayé et la mise en place des procédures de traitement du surendettement des particuliers. On doit ici rappeler que la première loi sur ce sujet est la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 dite loi Neiertz. Même si, dans sa première version, le dispositif ne permettait d'accorder au débiteur surendetté que des mesures assez limitées, et ne permettait pas en particulier de le libérer complètement de son passif (ce n'est qu'avec la loi Borloo du 1^{er} août 2003 que ce pas a été franchi), on peut supposer que la possibilité, ouverte par le texte, de se voir imposer des délais importants et des remises (réduction du taux d'intérêt, réduction de la fraction restant due sur un prêt immobilier) a pu inciter les banques, dans les années qui ont immédiatement suivi, à davantage de prudence dans l'octroi de leurs crédits. Ceci d'autant plus que, dès sa première version, la loi de 1989 contenait, en son article 12, une disposition (qu'on retrouve aujourd'hui textuellement à l'article L 331-7 du Code de la consommation) invitant le juge prenant des mesures de redressement judiciaire civil (aujourd'hui la commission recommandant des mesures) à prendre en compte « *la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur* » et à « *vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels* ». Cette disposition visait directement les établissements de crédit, et plus spécialement les sociétés de crédit à la consommation, accusées d'accorder des crédits à la légère et de favoriser les situations de surendettement. Par ailleurs, il faut rappeler que le dispositif initial était centré autour de l'idée de « bonne foi » du débiteur, et que celle-ci, appréciée non seulement au moment de la demande d'ouverture de la procédure, mais aussi et surtout au moment de la naissance des engagements du débiteur surendetté, a également amené les tribunaux, dans les années qui ont immédiatement suivi la loi de 1989, à s'intéresser au comportement des banquiers lors de l'octroi des crédits⁷³. Précédant de quelques années l'apparition de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier à l'égard de l'emprunteur, il apparaît probable que ce dispositif a, au début des années 1990, incité les

⁷³ Voir pour les années ayant immédiatement suivi l'entrée en vigueur de la loi le rapport du CERCRIID : L'application de la loi du 31 décembre 1989 par les tribunaux d'instance, 1993

banques à plus de vigilance dans l'octroi de certains crédits aux particuliers. Le lien a été expressément évoqué par un de nos interlocuteurs⁷⁴.

§3- Approche empirique : les pratiques de sélection des bénéficiaires de crédit

65-Diversité – Tous les établissements de crédit ont développé des outils de sélection des bénéficiaires de crédits qui leur sont propres, et les procédures suivies sont évidemment assez différentes selon les types de crédits octroyés – crédits aux entreprises ou crédits aux particuliers, crédits immobiliers ou crédits d'équipement ou de trésorerie. Sur toutes les procédures suivies, les entretiens que nous avons eus ne nous ont permis, comme on pouvait du reste s'y attendre, que d'avoir des descriptions très générales. Au-delà de cette diversité, on peut cependant distinguer deux types de méthodes, standardisées et personnalisées.

1°/ Méthodes standardisées : le scoring

66-Notion – Tous les établissements de crédit pratiquent, au moins depuis les années 1980, le scoring, qui est une méthode de sélection à partir du croisement informatisé d'un ensemble de données concernant le client qui demande un crédit. Le conseiller chargé du dossier complète une grille de critères (situation professionnelle, situation familiale, revenus, charges, autres emprunts etc.) à partir des informations que lui donne le client qui sollicite un crédit ; suivant que le dossier entre ou non dans les paramètres prédéterminés, le logiciel accepte ou refuse l'octroi d'un crédit au client⁷⁵. L'efficacité de cette méthode pour sélectionner les « bons » emprunteurs, ceux qui présentent le moins de risque d'impayé, dépend de deux paramètres : la fiabilité des statistiques à partir desquels le modèle est établi, mais aussi – et c'est souvent là que le bât blesse – la véracité des renseignements donnés par le client.

67- Utilisation – Le scoring semble avoir été utilisé très tôt, en tout cas bien avant la période observée, puisque, dès les années 1980, la CNIL prenait des délibérations relatives au bon usage de cette méthode⁷⁶. Cependant son utilisation n'a fait que s'étendre depuis. Alors qu'il était traditionnellement surtout utilisé pour l'octroi des crédits aux particuliers, il est

⁷⁴ Voir l'entretien n° 6

⁷⁵ Pour une description détaillée des pratiques de scoring, on consultera : N. van Praag, *Crédit management et crédit scoring*, Economica, Gestion poche 1995 ; A. Hamdani, *Le scoring et la prévention du risque bancaire*, Université Montpellier 2, 1991

⁷⁶ Délibération n°85-15 du 30 avril 1985, Délibération n°88-83 du 05 juillet 1988 (portant adoption d'une recommandation relative à la gestion des crédits ou des prêts consentis à des personnes physiques par les établissements de crédit)

également utilisé aujourd'hui dans le cadre du crédit aux entreprises⁷⁷. Dans le cadre du crédit aux particuliers, le scoring prend surtout une grande importance dans le cadre des crédits octroyés par les sociétés financières spécialisées, notamment pour l'octroi de crédits à la consommation liés à des achats ou à des prestations de service. En effet, dans ce cas, il n'y a pas en général de contact direct entre l'établissement de crédit et le client, qui contracte le plus souvent le crédit par l'intermédiaire du vendeur ou du prestataire de services, qui remplit lui-même la grille qui servira de base à l'octroi (ou au refus) du crédit. Même dans le cas des crédits octroyés par des banques généralistes, où un contact personnalisé avec le client est normalement établi, il ressort de nos entretiens que le scoring joue un rôle plus important pour le crédit à la consommation que pour les crédits à l'habitat, pour lesquels il ne constitue qu'un point de départ pour l'étude des dossiers. Ainsi, dans l'un de nos entretiens⁷⁸, notre interlocuteur précise que le conseiller n'est lié par le résultat donné par le logiciel qu'en matière de prêt à la consommation : c'est le logiciel qui décide. En revanche, en matière de prêt à l'habitat, le conseiller peut s'écarter du résultat donné par le logiciel et demander au client un complément d'informations en vue de l'octroi d'un crédit, si le « score » est orange. Si le « score » est rouge, le conseiller de l'agence locale est tenu d'envoyer le dossier au siège social qui, après une étude fouillée du dossier, prendra la décision d'octroyer ou non le crédit. Un autre précise que, alors qu'il n'existe pas de critères standard d'octroi du crédit immobilier ou aux entreprises, de tels critères existent pour le crédit à la consommation, où il suffit de rentrer les données du client dans un ordinateur, pour savoir s'il peut bénéficier d'un crédit à et pour quel montant⁷⁹. Ces observations sont importantes, car on peut penser qu'il en résulte une moindre finesse de la sélection dans le cadre des crédits à la consommation. Ceci peut être un des facteurs expliquant que le contentieux du crédit à la consommation soit le seul qui, pendant la période observée, n'ait pas diminué. Il est du reste très significatif que, comme on l'a déjà observé, l'augmentation du nombre d'incidents de paiement en matière de crédit à la consommation depuis 1999 concerne principalement les prêts personnels et crédits permanents, qui sont généralement accordés par des établissements de crédit à la consommation qui n'ont pas de relations suivies, personnalisées, avec les emprunteurs, et qui procèdent nécessairement à la sélection sur la base de ces seules méthodes standardisées⁸⁰.

⁷⁷ V. M. Bardos et J.P. Rassin, *Analyse discriminante. Application au risque et scoring financier*, Dunod, 2001

⁷⁸ Entretien 2

⁷⁹ Entretien 5

⁸⁰ Voir supra n° 47

2°/ Méthodes personnalisées

68- Connaissance du client- Tous nos interlocuteurs ont insisté sur le fait que le « scoring » n'est qu'un outil d'aide à la décision, il ne se substitue pas à l'appréciation personnelle que le ou les personnes chargées du dossier doivent porter sur le client. Comme on l'a dit, cette appréciation personnelle est surtout importante pour les crédits aux entreprises et pour les crédits à l'habitat, et aucune systématisation ne peut en être donnée. Au sein des entretiens que nous avons menés, l'entretien 1 est particulièrement révélateur de la diversité des méthodes mises en œuvre. Notre interlocuteur souligne que l'agence qui est en charge de l'octroi du crédit doit tenir compte de deux types de documents : les « directives » de la banque qui définissent de façon philosophique la façon dont un crédit doit être octroyé, et les « instructions » qui décrivent précisément la façon de mettre en place un crédit pour tel type de clientèle (entreprise, particulier), tel type de crédit. Ces instructions déterminent les personnes éligibles (les personnes non éligibles sont dites « personnes en défaut » : il s'agit de celles qui sont mises en surendettement, en redressement judiciaire, qui n'ont pas honoré leurs engagements passés (incidents de paiement), etc), ainsi que les types de crédits octroyés. Sont décrits dans ces instructions les crédits dits à risques dont le traitement diffère des crédits qui ne sont pas à risques. Si le crédit à octroyer entre dans la catégorie des « crédits à risques », le dossier est nécessairement traité par une « direction des risques ». Il y a plusieurs directions des risques et suivant l'importance du dossier, il est adressé à l'une d'entre elles. Dans un ordre décroissant d'importance, il y a d'abord la direction centrale des risques, puis une direction des risques par branche (ex. de branches : réseau France, réseau international, réseau gestion des actifs, réseau banque financement, etc... le dossier étant traité par la branche compétente), puis dans chaque branche, une direction régionale des risques (il y en a 9 en France pour la banque considérée), puis une direction des risques par direction d'exploitation (à Lyon, il y en a une dizaine). Tout dépend du type de crédit demandé, dès lors qu'il est considéré « à risques », il est traité par la direction des risques compétente. Par exemple, lorsque un agent économique demande à la banque de lui délivrer un cautionnement en vue de réaliser une opération économique à l'étranger, le dossier est traité par la direction centrale des risques car elle a des services juridiques compétents pour étudier la législation étrangère applicable. Lorsqu'un client demande un prêt immobilier à la banque mais que le rapport charges/ressources est supérieur à 40 %, le dossier ne peut plus être traité en agence par le chargé de clientèle, il est adressé à la direction des risques pour être étudié par une

personne indépendante de la relation commerciale au client, dans le cadre de l'exercice de son devoir de conseil.

69-Evolution ? – Il n'a pas été possible, par le moyen des entretiens, de déterminer clairement si les méthodes de sélection des clients bénéficiaires de crédit ont évolué pendant la période observée, et si elles ont pu être une des causes de la baisse du contentieux de l'impayé. Seule une étude exclusivement centrée sur l'évolution des pratiques des banques au cours des années 1990-2000, pour laquelle nous n'étions pas armés, aurait pu fournir des renseignements sur une éventuelle évolution. Un de nos interlocuteurs⁸¹ a cependant mis l'accent sur une évolution par rapport à la règle dite des « 33% », selon laquelle une banque ne devrait pas accorder un crédit – du moins un crédit immobilier – si l'endettement qui en résulterait était supérieur au tiers des revenus de la personne considérée. Selon cet interlocuteur cette « règle » n'aurait pas toujours été respectée par les banques avant le début des années 1990. Elle était en effet susceptible d'interprétation, et les banques semblaient se montrer plus souples sur ce point. Pour des clients ayant des revenus plus importants, la prise de risques était plus élevée. Par exemple un client dont les revenus mensuels étaient de 10.000 euros pouvait bénéficier d'un crédit allant au-delà de ce seuil de 33%, alors que pour un client ayant 2000 euros, la règle pouvait être appliquée de façon plus rigide. A ce stade, la baisse du contentieux de l'impayé pourrait s'expliquer par une application plus rigide de cette règle, doublée d'une meilleure situation économique des entreprises. Notre interlocuteur n'observe pas de durcissement particulier dès critères d'octroi du crédit depuis le début des années 1990. Il y aurait simplement eu, au début des années 1990, une « piquêre » de rappel de la Banque de France, quant à l'observation du système des 33%. Toujours selon notre interlocuteur, les banques ne s'y soumettant pas courraient le risque de perdre des procès contre leurs clients devant les tribunaux, outre les sanctions disciplinaires qu'elles encourent. Il convient cependant de rappeler que cette « règle » n'a rien d'obligatoire pour les établissements de crédit, et rien ne permet de savoir si elle est systématiquement respectée. Un autre de nos interlocuteurs⁸² admet de même qu'au début des années 1990, il y a eu, chez la plupart des établissements de crédit, un renforcement des méthodes de sélection des emprunteurs, et un souci plus grand de prévenir les risques d'impayé. Mais il concède que, plus que par l'évolution de la réglementation ou par les infléchissements de la jurisprudence en faveur des emprunteurs, cette évolution a surtout été provoquée par une réaction contre

⁸¹ Entretien 6

⁸² Entretien 9

l'augmentation continue du contentieux de l'impayé dans ces années là : ce serait donc, en définitive, le « pic » de contentieux observé dans les années 1990 à 1992 qui aurait provoqué la décline observée à partir de 1993-1994.

Cette explication peut sans doute être transposée pour expliquer la similarité du phénomène dans le cadre de l'impayé commercial.

Section 2- La sélection des bénéficiaires de crédit dans les relations commerciales non bancaires

70- Diversité des contextes – Difficile à établir avec certitude dans le contexte de l'impayé bancaire, le lien entre l'évolution de la sélection des bénéficiaires de crédit et la baisse du contentieux de l'impayé ne peut *a fortiori* donner lieu, en dehors de ce contexte, qu'à la formulation d'un certain nombre d'hypothèses fondées sur l'observation d'éléments extérieurs. En effet, compte tenu de la diversité des contextes dans lesquels peut naître une relation de crédit non bancaire, et des acteurs qui peuvent y être impliqués, il n'est évidemment pas possible d'obtenir des renseignements directs sur la manière dont les donneurs de crédit autres que les banques sélectionnent leurs débiteurs, et sur des évolutions possibles des pratiques sur ce terrain.

71- Impayé des particuliers - On mettra d'emblée à part les relations occasionnelles de crédit qui peuvent se nouer entre deux particuliers (prêts entre amis, dans le cadre de relations familiales, vente de biens d'occasion assorties de délais de paiement etc). Aucune hypothèse ne peut être formulée sur l'évolution de ce type de relations, dont on peut du reste supposer qu'elles occupent une place très marginale dans le contentieux de l'impayé. De même, aucun élément ne peut être avancé pour les relations contractuelles entre les entreprises non bancaires (fournisseurs de biens et de services) et leurs clients non professionnels. Le contentieux relatif à ce type de relations (essentiellement représenté par les postes 50B : demande en paiement d'un prix de vente, 54C, demande en paiement formée par un constructeur contre le maître de l'ouvrage, 56B : demande en paiement formée par un prestataire de services contre son client, devant les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance) est loin d'être marginal, et sa part relative au sein de l'ensemble du contentieux de l'impayé augmente même (devant les tribunaux de grande instance les demandes en paiement d'un prix de vente sont passées de 7,99% à 13,66% du contentieux de l'impayé entre 1988 et 2003 (voir Annexe 4), ce qui montre que la baisse de ce type de

contentieux est moins forte que pour les autres types d'impayé), mais il est de toute façon impossible de savoir à quoi cette baisse (limitée⁸³) peut ici être due : diminution du nombre des délais de paiement accordés par les fournisseurs de biens ou de services à leurs clients particuliers, sélection plus drastique des bénéficiaires de tels délais ou amélioration des pratiques de recouvrement...

72- Impayé commercial - Les développements qui suivent se concentreront donc sur les impayés liés aux relations entre entreprises. Il s'agit pour l'essentiel des délais de paiement que les fournisseurs de biens ou de services accordent à leurs clients. Ces délais échappent en quelque sorte par nature au monopole des établissements de crédit⁸⁴, et on sait que ces crédits-fournisseurs constituent en France une modalité habituelle de financement des opérations commerciales, sauf à ce que l'entreprise qui accorde de tels délais se refinance ensuite auprès d'un établissement de crédit (par l'escompte des effets de commerce tirés sur les clients, par la cession des créances professionnelles ou par l'affacturage). Les postes correspondants de la nomenclature constituent d'ailleurs, de très loin, les postes les plus importants du contentieux de l'impayé devant les tribunaux de commerce (juridictions devant lesquelles ce contentieux doit normalement venir). Le tout premier de ces postes est le 50B (équivalent au 502 de l'ancienne nomenclature des tribunaux de commerce) – demande en paiement d'un prix de vente: en 1993, ce poste chiffrait 82647 affaires⁸⁵ (soit 50% du nombre d'affaires d'impayé devant les tribunaux de commerce), chiffre descendu à 37700 en 2003 (soit 41% du total des postes d'impayé). Vient ensuite le poste 56B – demande en paiement d'un prix de prestation de services (12462 affaires en 1993, 8% du contentieux, 6304 en 2003, soit 7% du contentieux). Ces deux postes, à eux seuls, qui couvrent l'essentiel du crédit interentreprises, représentent beaucoup plus que l'impayé correspondant aux différentes formes de crédit bancaire. Pour ne prendre qu'un exemple, les postes 38C, 53 B et F, couvrant les formes principales du crédit bancaire ne représentent pour les mêmes années extrêmes (1993 et 2003) que 14 691 et 3902 demandes. Et tous ces postes indiquent, comme ceux relatifs au crédit bancaire, une forte baisse sur la période de référence (- 54,4% pour le paiement d'un prix de

⁸³ Cette baisse s'est très nettement accentuée depuis 2003 devant les tribunaux d'instance (chiffres dont nous n'avons eu connaissance que depuis la rédaction de ce rapport) : devant les tribunaux d'instance, on est passé sur le poste 50B – demande en paiement d'un prix de vente – de 14418 à 4867 demandes. Mais cette baisse s'explique très probablement par le déplacement d'une partie de ce contentieux vers les juges de proximité. Devant les tribunaux de grande instance, ce contentieux de l'impayé commercial demeure stable (de 4171 demandes en 2003 à 4096 en 2008)

⁸⁴ Article L 511-7 I 1 Code monétaire et financier

⁸⁵ On rappellera que, devant les tribunaux de commerce, ces chiffres indiquent les affaires terminées, et non les demandes formées.

vente, - 49,6% pour l'impayé dans les prestations de services) sans qu'on puisse, comme pour les crédits bancaires, relier cette baisse à des devoirs de vigilance accrus imposés par les Règles de Bâle ou par la jurisprudence. On peut bien sûr penser que cette baisse spectaculaire est liée principalement à une déjuciarisation des pratiques de recouvrement (sur laquelle nous reviendrons plus tard)⁸⁶. Mais on ne peut pas exclure complètement une évolution des pratiques au stade de l'octroi de ces crédits interentreprises. Deux hypothèses peuvent ici être évoquées.

73- Réduction des délais de paiement - La première est que ces crédits accordés par les entreprises à leurs clients sont de moins en moins longs, donc qu'ils engendrent *a priori* moins de risques d'impayé. Cette hypothèse est directement liée à l'évolution, sous influence du droit communautaire, de la réglementation des délais de paiement interentreprises. On rappellera ici brièvement que l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui visait tout producteur, revendeur ou prestataire de service, avait fixé dans son article 35 des délais de paiement maximaux impératifs pour certains produits⁸⁷, sous peine d'amende de 500 000 francs. Cet article 35 a été codifié en 2000 et repris dans l'article 443-1 du Code de commerce, l'amende a été portée à 15 000 euros. Les délais ont été ultérieurement étendus à d'autres produits ou services⁸⁸, et parfois raccourcis⁸⁹. Par ailleurs, à côté de ces délais spécifiques et suite à une directive du 29 juin 2000 relative aux retards de paiement dans les transactions commerciales, un certain nombre de mesures plus générales ont été prises en France pour inciter les entreprises clientes à un règlement rapide. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles

⁸⁶ Voir infra 2^{ème} partie TITRE II sur l'externalisation du recouvrement

⁸⁷ Ces délais étaient de 30 jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L 326-1 à L326-3 du code rural ; de 20 jours après le délai de livraison pour les achats de bétail sur pied destinés à la consommation et de viandes fraîches dérivées, de 30 jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du Code général des impôts, et , à défaut d'accord professionnel, à 75 jours pour les achats de boissons alcooliques passibles des droit de circulation.

⁸⁸ Ainsi, une loi du 1er juillet 1996 a ajouté aux produits périssables, les viandes congelées ou surgelées et les poissons surgelés et une loi du 3 janvier 2008 y a ajouté les plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables et a ajouté un délai de 75 jours après la livraison pour les achats de raisins et de mouts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques. Une loi du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports a ajouté à l'article 441-6 un délai maximal de paiement à 30 jours à compter de la date d'émission de la facture pour les transports routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier et de fret et de commissionnaire en douane.

⁸⁹ Le délai de 75 jours a été ramené à 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.

régulations économiques a modifié l'article L 441-6 du Code de Commerce en précisant que « *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au 30ème jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée....Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles, le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture...Ce taux ne peut cependant pas être inférieur a une fois et demie le taux d'intérêt légal , ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. ..Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'aucun rappel soit nécessaire. ... Le fait de ne pas respecter les délais de paiement ou les pénalités de retard est puni d'une amende 15 000 euros* ». Alors que, dans ce texte, le délai général de 30 jours ne s'imposait pas aux entreprises si elles en prévoient un autre dans leur contrat ou dans les conditions générales de vente, la loi sur la modernisation de l'économie du 4 Août 2008 a modifié l'article L 446-1 en précisant que si les parties pouvaient convenir d'un autre délai de règlement que 30 jours, celui-ci ne peut dépasser 45 jours à compter de la fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. La nouvelle loi a également précisé que le taux d'intérêt des pénalités ne pouvait être inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, calculé de la même manière qu'auparavant mais majoré de 10 point de pourcentage. Ces modifications s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1er janvier 2009. Il s'agit là de modifications très récentes qui n'ont évidemment pas pu influencer sur le phénomène analysé, mais on doit noter que ces dispositions sont l'aboutissement d'un mouvement qui, depuis plus de 20 ans maintenant, a tendu à réduire de plus en plus la durée des délais de paiement pratiqués entre entreprises. Même s'il est clair que ce n'est pas leur seul but – il s'agit aussi de protéger les petits fournisseurs contre les délais trop longs imposés par les gros distributeurs – on peut penser que toutes ces mesures ont eu, sinon pour objet du moins pour effet, d'inciter les fournisseurs à se montrer plus exigeants sur la rapidité des paiements, donc à « resserrer la vis » des crédits accordés. A cet égard une étude réalisée en 2006 par la Direction des entreprises de la Banque de France montre que les délais de paiement effectivement pratiqués ont constamment diminué entre 1990 et 2005⁹⁰. Cette plus grande rigueur est sans doute de nature à entraîner une diminution du nombre d'impayés dans ce type de relations, ce qui pourrait être un des facteurs de la diminution des demandes en paiement formées devant les tribunaux.

⁹⁰ http://www.banque-france.fr/fr/publications/telechar/bulletin/etu156_1.pdf

74- Amélioration de l'information sur les clients- Une deuxième hypothèse est que de très nombreuses entreprises ont été amenées à procéder à une sélection plus rigoureuse des clients à qui elles acceptent de faire crédit, en liaison avec une amélioration de l'information dont elles peuvent disposer sur leurs clients. D'une manière générale, les vingt dernières années ont été marquées par une très nette amélioration des possibilités de renseignements sur la solvabilité des entreprises. D'une part l'explosion de l'informatique a permis un accès beaucoup plus facile aux éléments d'information officiels, notamment aux informations détenues par les greffes des tribunaux de commerce (registres du commerce et des sociétés, registres spéciaux détenus par les greffes (privilèges du Trésor et de la sécurité sociale, protêts, nantissements, privilèges spéciaux et nantissements, crédit-bail mobilier etc.)). Dans les années 1980, l'accès à ces données, qui n'étaient jusque là possible que par la consultation des registres papier a été ouvert par minitel, avant que celui-ci ne soit relayé par l'internet : le site Infogreffe permet aujourd'hui d'avoir accès aisément à tous ces éléments d'information. D'autre part, parallèlement, également en liaison avec le développement de l'informatique, se sont développées les agences de renseignements commerciaux aux entreprises, aujourd'hui en nombre incalculable⁹¹. Ces services de renseignements commerciaux sont très souvent liés à des sociétés de recouvrement de créances⁹² qui seront étudiées plus loin⁹³. Ils se sont également développés en liaison avec l'essor des techniques qui visent à déplacer sur un tiers, en tout ou en partie, le risque d'insolvabilité des débiteurs. On songe ici d'abord à l'affacturage, qui consiste pour l'entreprise à transmettre, par des procédés variables (généralement la subrogation) à un établissement de crédit (factor ou affactureur) les créances constatées dans les factures sur ses clients. Dans le schéma habituel de l'affacturage, c'est à l'affactureur de procéder au recouvrement de la facture qui lui a été transmise, sans recours contre le cédant ou le subrogeant en cas d'insolvabilité du client. On songe également à l'assurance-crédit, qui connaît de multiples variantes, dont la principale consiste pour l'entreprise à s'assurer contre le risque de non-paiement ou contre le risque d'insolvabilité de ses clients. Ces techniques seront ultérieurement étudiées en détail, car elles peuvent jouer

⁹¹ A titre indicatif, une recherche effectuée sur un annuaire web donne 398 entreprises spécialisées dans cette activité :

<http://conseil-services-divers-entreprises.europages.fr/annuaire-entreprises/did-24/hc-21636/Renseignements-commerciaux.html>

⁹² Par exemple le déjà cité « Fichier national des incidents de paiement », dont l'intitulé entretient une certaine confusion avec le fichier des incidents de paiement tenu par la Banque de France.

⁹³ Voir infra 2^{ème} partie TITRE II

un rôle direct sur le contentieux de l'impayé au stade du recouvrement⁹⁴, et nous verrons de manière précise que leur développement correspond exactement, sur le plan chronologique, au mouvement de baisse du contentieux de l'impayé. Or ces techniques de transfert du risque de l'impayé sur des tiers ont aussi une influence certaine au stade de l'octroi des crédits par les entreprises qui y adhèrent. En effet, l'assureur ou l'affactureur n'accepteront de prendre à leur charge que des risques qu'ils maîtrisent, ce qui les a amenés à développer des services de renseignement sur les entreprises clientes. Toutes les grosses sociétés d'affacturation ou d'assurance-crédit offrent de tels services à leur clientèle⁹⁵. Dans le même ordre d'idées s'est développée à l'intérieur des grandes entreprises la profession de « *credit manager* » dont la mission est de maîtriser l'encours client, « en identifiant tout ce qui peut conduire à des retards ou à des contentieux et en mettant en place des processus de qualité tout au long de la relation client »⁹⁶. Même s'il est difficile d'en mesurer la part, on peut penser que le développement de ces multiples services a été de nature, au cours des années 1990-2000 à améliorer la prévention par les entreprises du risque d'impayé de leurs clients professionnels, ce qui a pu contribuer à diminuer le contentieux.

CHAPITRE II- UNE UTILISATION PLUS SYSTEMATIQUE DES GARANTIES DU CREDIT

75- Distinction entre les sûretés- Il ressort de tous les entretiens que nous avons eus que les créanciers (du moins les établissements de crédit) recourraient aujourd'hui plus souvent que par le passé à des sûretés pour garantir leurs crédits. Cette affirmation est invérifiable d'une manière générale, dans la mesure où, sauf pour les sûretés faisant l'objet d'une publicité, il n'y a pas de statistiques générales sur l'octroi des différents types de garanties. Par ailleurs, s'il n'est pas exclu que la prise de garanties soit un des facteurs possibles de diminution du contentieux de l'impayé, l'importance de ce facteur est particulièrement difficile à mesurer. Il pourrait d'abord y avoir une influence directe, liée à ce qu'un certain nombre de demandes en paiement passeraient dans les cases « demande en réalisation de la sûreté ». Mais cette hypothèse ne semble guère se vérifier d'après les statistiques dont nous disposons. Cela n'exclut pas une influence indirecte, liée à la pression que l'existence de la sûreté peut opérer

⁹⁴ Voir infra 2^{ème} partie TITRE II

⁹⁵ Pour quelques exemples parmi les sociétés les plus importantes voir les sites web de la COFACE : http://www.coface.fr/CofacePortal/redirection.jsp?pageId=pages/home&site=FR_fr_FR; Atradius : <http://www.atradius.fr/>; Euler Hermès : <http://www.eulerhermes.com/fr/>

⁹⁶ Voir la présentation de ce métier sur le site de l'Association française des credit managers : <http://www.afdcc.com/fr>

sur le débiteur. Sur ces deux aspects, il faut distinguer selon que la sûreté octroyée est une sûreté personnelle ou une sûreté réelle.

Section 1- Les sûretés personnelles

76-Diversité - Les sûretés personnelles sont aujourd'hui très variées : à côté du cautionnement, qui constitue le modèle des sûretés personnelles, la pratique a développé de nouveaux mécanismes (garanties autonomes, lettres d'intention) qui ont été intégré(e)s dans le Code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. En outre, les créanciers peuvent utiliser comme garanties personnelles des techniques générales du droit des obligations qui permettent de faire peser, à titre principal ou subsidiaire, l'obligation de remboursement sur une autre personne que le débiteur principal : solidarité passive (qui peut être utilisée même lorsqu'il s'agit d'une dette n'ayant pas au départ plusieurs codébiteurs : art 1216 CCiv), promesse de porte-fort, délégation imparfaite etc. L'opinion communément répandue est que, aujourd'hui, ces sûretés personnelles sont beaucoup plus utilisées qu'elles ne l'étaient il y a cinquante ans. Face aux sûretés réelles, plus lourdes à la fois dans leur constitution et dans leur mise en œuvre, et plus affectées par l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, les sûretés personnelles apparaissent plus souples et, parce qu'elles font intervenir un tiers, moins touchées par les contraintes des procédures de traitement des difficultés du débiteur garanti. Il est certain que les sûretés personnelles sont aujourd'hui beaucoup plus visibles dans la jurisprudence (notamment de la Cour de cassation)⁹⁷ et qu'elles occupent une place considérable dans les études doctrinales. Mais, même si cet accroissement de l'utilisation des sûretés personnelles paraît vraisemblable, il est très difficile d'en mesurer exactement l'importance.

77-Statistiques- Il n'est d'abord pas possible de connaître, même de manière approximative, le nombre de garanties données, dès lors qu'elles ne donnent lieu à aucune publicité lors de leur constitution. On ne dispose ici de chiffres partiels, qui ne concernent que certains secteurs économiques ou certains types de garanties. Les chiffres les plus parlants sont ceux qui concernent les cautionnements donnés par les sociétés de cautionnement mutuel, tels qu'on peut les connaître à travers les statistiques que ces sociétés élaborent et diffusent sur leur activité. Ces chiffres révèlent tous une augmentation sensible, sur les années disponibles, du

⁹⁷ Voir à ce sujet l'étude réalisée par le CECRID sous la direction de P. Ancel en 1998 pour le Ministère de la justice.

recours à ce type de garantie personnelle. Ainsi le site Internet des SOCAMA⁹⁸ (Sociétés de caution mutuelle artisanale) indique que, en 2004, les Socama ont accordé leur garantie à 29 145 dossiers (+ 17 % par rapport à 2003) pour un montant total de 682 millions d'euros (+ 21 %). Cette progression s'est poursuivie en 2005 où ces organismes ont dépassé la barre des 30 000 dossiers par an (+ 7,2 %) et celle des 700 millions d'euros par an (+ 6,3 %), une nouvelle augmentation apparaît en 2006 (+ 11,2 % du nombre de dossiers et + 26,8 % des montants garantis). Pour les années plus anciennes, qui correspondent mieux à la période observée, les rapports annuels de l'Association française des sociétés financières, disponibles à partir de 1994, sont d'un secours précieux : la consultation des rapports pour les années 1994-2000 nous apprend que le montant des engagements des sociétés de caution mutuelle membres de l'ASF a augmenté de 1,3% en 1994, 4,2% en 1995, 6,6% en 1996 et en 1997, 9,1% en 1998, 15,2% en 1999, 11,9% en 2000. Le développement de ce type d'activité coïncide donc nettement, sur le plan chronologique, avec la baisse du contentieux de l'impayé⁹⁹. Pour les autres types de cautionnements (cautionnements donnés par les membres de la famille, cautionnements donnés par les dirigeants sociaux...) on ne dispose en revanche d'aucun chiffre général. On peut avoir des indications sur l'utilisation du cautionnement comme garantie de certains types de crédit, notamment avec certaines études réalisées par les ADIL sur les prêts immobiliers. Ces études montrent que, si l'hypothèque reste de très loin la sûreté la plus utilisée pour garantir ce type de prêts, le cautionnement est en constante augmentation, du moins le cautionnement donné par les organismes spécialisés¹⁰⁰. Même très partiels, cependant, ces chiffres paraissent confirmer l'hypothèse d'une utilisation accrue des sûretés personnelles.

78-Analyse du contentieux du cautionnement- Cette utilisation accrue (supposée) a-t-elle eu une influence sur le contentieux de l'impayé ? Il faut ici observer les statistiques judiciaires qui sont relatives à la mise en œuvre de ces garanties, du moins du cautionnement (**Annexe 9**)¹⁰¹. Il faut d'emblée souligner que ces chiffres ne peuvent donner qu'une idée très approximative du contentieux impliquant un garant personnel, dès lors que, très souvent, la demande en paiement du créancier est formée à la fois contre le débiteur et son garant. Elle

⁹⁸ <http://www.socama.com/index.html>

⁹⁹ Même s'il faut évidemment tenir compte du décalage entre le moment où la société de caution prend l'engagement, et celui où la créance est recouvrée, décalage qui peut être particulièrement important lorsque le cautionnement est donné pour garantir un crédit immobilier (ce qui est le cas le plus fréquent d'intervention des organismes de caution mutuelle).

¹⁰⁰ Voir par exemple une étude réalisée par l'ADIL 35 sur le choix entre hypothèque et caution pour garantir les prêts consentis aux accédants sociaux (<http://www.adil.org/35/acrobat/Etude%20hypo%20ou%20caution.pdf>)

¹⁰¹ Les autres sûretés personnelles ne font pas l'objet de postes spécifiques

apparaîtra alors sous les postes relatifs à la nature de la demande formée contre le débiteur principal (38 B, 53 B, 53 F) qui visent tous tant les demandes formées contre le débiteur seul que celles qui sont dirigées contre le débiteur et sa caution, sans qu'on puisse isoler les cas où une caution est présente. Les **demandes formées contre la caution** seule (ou un autre type de garant personnel) sont peu nombreuses, et elles suivent plutôt l'évolution (à la baisse) des demandes formées contre le débiteur. Ainsi, devant les tribunaux de grande instance, pour le poste 53 I après une nette augmentation spectaculaire de ce type de demandes entre 1988 (843) et 1994 (2852), on était redescendu à 1158 en 2001. Il est vrai que, depuis 2002, ce type de demandes augmente à nouveau de manière significative, puisqu'en 2006, on remonte à 2238 demandes. On pourrait donc penser qu'il y a, dans la dernière période, une tendance de plus en plus fréquente des créanciers à se tourner vers les cautions plutôt que vers les emprunteurs. Mais l'explication trouve ses limites si on considère que, sur la même période (2002-2006), les demandes en remboursement de prêt formées devant le tribunal de grande instance sont relativement stables (7323 à 7437, Annexe 5). De même, devant les tribunaux d'instance, le nombre des demandes formées contre les seules cautions est lui aussi, dans la période récente tout au moins en augmentation, mais les chiffres sont très faibles (63 demandes en 1988, 166 en 2006) et on sait que de toute façon le contentieux de l'impayé bancaire devant ce tribunal est lui aussi en augmentation (contentieux des prêts à la consommation). Enfin, devant les tribunaux de commerce, le nombre des demandes formées contre les cautions seules a été en constante diminution (de 1456 à 726 demandes de 1993 à 2003), et il suit ici le déclin qui affecte les demandes formées contre l'emprunteur. Devant les trois juridictions, malgré des configurations assez différentes, il apparaît donc qu'il n'y a pas eu simplement déplacement du contentieux de l'impayé de la relation créancier/débiteur vers la relation créancier/caution. Et cela se confirme si on observe le poste 53 J, qui concerne le **contentieux des recours**. Dans l'hypothèse d'impayés assumés dans un premier temps par les cautions – soit que les créanciers agissent contre elles, soit qu'elles payent spontanément, on devrait assister à une augmentation des actions récursoires des cautions contre les débiteurs. Or il n'en est rien : le poste 53J (recours de la caution qui a payé contre le débiteur ou une autre caution) révèle, non une augmentation, mais une diminution de ce type de recours – de toute façon assez rarement exercé : devant les TGI, on est passé de 822 actions récursoires en 1988 à 548 en 2006 ; devant les TI, de 348 à 184 (nous n'avons pas les chiffres devant les tribunaux de commerce)¹⁰². On peut cependant penser que le recours de la caution contre le

¹⁰² Voir les tableaux en annexe 9

débiteur n'est pas forcément judiciaire, en particulier lorsqu'il existe des liens personnels entre le débiteur et la caution, ce qui complique encore l'analyse d'une éventuelle corrélation.

79-Incidence indirecte sur le contentieux de l'impayé- Ces chiffres permettent d'exclure toute influence directe de l'augmentation (supposée) du nombre de cautionnements sur le contentieux de l'impayé. On ne peut pas cependant éliminer l'hypothèse d'une influence indirecte, liée à la pression que l'existence d'une telle sûreté fait peser sur le débiteur. Au delà de leur efficacité assez relative quand le créancier les met à exécution (tout dépend alors de la solvabilité du garant), les sûretés personnelles sont souvent présentées comme jouant un rôle de prévention, qui tient à la grande proximité qui existe souvent entre le débiteur et le garant. Lorsqu'il s'agit d'une proximité familiale ou amicale, le débiteur peut être incité à une ponctualité plus grande dans ses règlements pour ne pas exposer la caution à un sacrifice. Cet effet est encore plus net dans le cas typique où le cautionnement est donné par le dirigeant de l'entreprise débitrice : on sait que celui-ci sera d'autant plus incité à éviter la défaillance de son entreprise qu'il sait que cette défaillance se retournera immédiatement contre lui¹⁰³. Ce rôle préventif du cautionnement se rencontre même dans les cas où le cautionnement est donné par une société de caution mutuelle, dans la mesure où celle-ci prend habituellement une sous-caution en la personne d'un membre de la famille de l'emprunteur ou du dirigeant social, ce qui ramène à l'hypothèse précédente. Même si ce ne sont là que des hypothèses, il est donc possible que le recours accru à ce type de sûreté « impliquante » pour le débiteur participe, même de manière limitée, à la diminution du contentieux de l'impayé.

Section 2- Les sûretés réelles

80- Diversification - Les sûretés réelles – consistant dans l'affectation d'un ou de plusieurs biens à la garantie d'une dette – se sont considérablement diversifiées depuis quelques années, avec la consécration législative de sûretés reposant sur la propriété, d'abord, de façon discrète, lors de la réforme du droit des sûretés en 2006 (avec l'intégration dans le Code civil de la réserve de propriété), puis, plus nettement, avec la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie,

¹⁰³ A l'éviter ou à la dissimuler, en retardant le moment de recourir aux procédures de traitement des difficultés financières : c'est ce qui a incité le législateur en 2005 à « récompenser » le dirigeant caution (ou, plus généralement garant personnel) qui recourt à une procédure de règlement amiable ou de sauvegarde (sans attendre la cessation des paiements), en le faisant profiter de tous les délais et remises accordés au débiteur principal (alors qu'il n'en profiterait pas s'il attendait la cessation des paiements pour faire ouvrir un redressement judiciaire).) La même logique anime l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté.

dont l'utilisation à titre de garantie a été récemment intégrée dans le livre du code relatif aux sûretés¹⁰⁴. Mais, sur la période de référence (1993-2006), les sûretés réelles pratiquées étaient essentiellement les sûretés traditionnelles, non translatives de propriété au créancier, et ne conférant à celui-ci qu'un droit de préférence sur le ou les biens affectés en garantie : soit, en matière mobilière, le gage et les différents types de nantissement, et, en matière immobilière, l'hypothèque (ou le privilège spécial du prêteur de deniers). Il convient ici de se demander quelles conséquences le développement supposé de l'utilisation de ces garanties aurait pu avoir sur le contentieux de l'impayé.

81-Statistiques sur l'octroi des sûretés- Pas plus que pour les sûretés personnelles, il n'est facile de savoir si ces sûretés ont été, pendant la période étudiée, plus ou moins utilisées, ou si leur utilisation a été stable. Cela est aisément compréhensible pour le gage de droit commun qui, jusqu'en 2006, était une sûreté dont la constitution s'accompagnait nécessairement de la dépossession du débiteur et de la mise en possession du créancier, mais qui ne faisait l'objet d'aucune autre formalité de publicité qui aurait pu permettre d'en comptabiliser les utilisations effectives (qu'on supposait marginales). Mais, de manière plus étonnante, on ne dispose pas davantage de statistiques directement accessibles sur la constitution des autres sûretés réelles, soumises quant à elles à une publicité par inscription. S'agissant des **sûretés mobilières**, nous avons pu, cependant, nous procurer auprès du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce des chiffres relatifs à l'utilisation du nantissement de fonds de commerce pendant une partie de la période considérée, et en débordant sur la période la plus récente (hors champ). Ces chiffres font apparaître une légère augmentation de l'utilisation de cette sûreté de 1998 à 2007, puisqu'on passe de 76 165 nantisements inscrits en 1998 à 86 632 en 2007 (le maximum étant atteint en 2005 avec 92 221 inscriptions). Nous avons également trouvé des indications chiffrées relatives au gage sur véhicule automobile, dans un rapport établi par l'Inspection générale de l'administration (dépendant du Ministère de l'intérieur) en mai 2006, dans le cadre de la préparation de la réforme du droit des sûretés. Il en ressort que ce gage était (en 2006) de plus en plus délaissé, puisque même les « habitués » du gage automobile que sont les organismes liés aux constructeurs, comme CREDIPAR (PSA) ou DIAC (Renault), ou filiales de grandes banques, comme CETELEM (BNP Paribas) ou SOFINCO (Crédit agricole), n'en faisaient plus qu'un usage limité (au maximum 6 à 7% des prêts sont garantis par un gage), en diminution régulière d'une année à l'autre. Le rapport

¹⁰⁴ O. n° 2009-112 du 30 janvier 2009 : art 2372-1 et s C.Civ

note qu'en 2006, moins de 2% des véhicules immatriculés dans l'année étaient gagés, alors que 62% des véhicules neufs, et 21% des véhicules d'occasion récents (moins de 5 ans) étaient achetés à crédit¹⁰⁵. Le rapport avance (sans doute après entretien avec les sociétés de crédit spécialisées) que les prêteurs préféreraient aujourd'hui le recours à la réserve de propriété, plus souple et moins coûteuse. Mais les raisons de ce déclin, qui sont spécifiques au gage sur véhicule automobile, ne peuvent sans doute pas être transposées aux autres sûretés réelles. En **matière immobilière**, les chiffres relatifs aux hypothèques qui nous ont été communiqués par le Ministère ne concernent malheureusement que la période la plus récente, de 2003 à 2009, et ne correspondent donc pas à la période observée en matière de contentieux de l'impayé. Ces chiffres font apparaître une relative stabilité du recours aux hypothèques : on passe de 269 872 inscriptions d'hypothèques en 2003, à 262 086 en 2007, une baisse significative s'observant cependant en 2008, avec seulement 244 268 inscriptions (**Annexe 10**)¹⁰⁶. On ne peut donc pas savoir si, pendant la période observée, les sûretés réelles ont été plus ou moins utilisées par les prêteurs.

82-Statistiques sur le contentieux généré par les sûretés réelles- Comme dans le cas des sûretés personnelles, on dispose en revanche des statistiques judiciaires relatives à la mise en œuvre des sûretés réelles. Ces statistiques, qui ne permettent pas une analyse très fine du contentieux en la matière, sont évidemment impuissantes à fournir des indications sur l'utilisation effective des sûretés (il n'est pas évident qu'une utilisation accrue se traduirait par un contentieux plus important). Elles peuvent en revanche renseigner sur l'influence possible que le recours aux sûretés pourrait avoir sur le contentieux de l'impayé : comme il a déjà été expliqué, on pourrait imaginer que les créanciers titulaires de sûretés obtiennent leur paiement sans passer par une demande en paiement, mais en demandant la réalisation de leur sûreté, ce qui se traduirait par un déplacement du contentieux. A première vue, les chiffres disponibles permettent de démentir cette hypothèse, dans la mesure où les demandes en justice relatives aux différentes sûretés - de toute façon très peu nombreuses - sont globalement en baisse. Il faut cependant, à ce stade distinguer selon que la sûreté est mobilière ou immobilière, car les

¹⁰⁵ http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_la_une/publications/rapports-iga/titres-ident--sejour-circ/06-040-01/downloadFile/attachedFile/06-040-01_gages_automobiles.pdf?nocache=1177063694.5

¹⁰⁶ A titre indicatif, et bien qu'ils ne concernent pas la présente recherche, nous signalerons ici les chiffres obtenus, pour la période la plus récente, en ce qui concerne le nouveau mécanisme de l'hypothèque rechargeable, qui semble s'implanter lentement dans la pratique : 9969 en 2007, 14417 en 2008, 2092 pour le premier trimestre 2009.

modes de réalisation ne sont pas (ou du moins n'étaient pas pendant la période étudiée) les mêmes.

83-Sûretés mobilières- En matière mobilière, le créancier qui dispose d'un gage, d'un nantissement ou d'un warrant a, en général, une option entre plusieurs voies de réalisation de sa sûreté. Il peut procéder à la **vente forcée** du bien, et se faire payer par préférence sur le prix : mais cette voie, qui passe généralement pour peu usitée (ce qui serait naturellement à vérifier) suppose que le gagiste ait un titre exécutoire – elle ne devrait donc pas avoir d'incidence sur le contentieux de l'impayé. Le créancier peut aussi se faire **attribuer le bien en paiement**, et il doit alors, en principe, solliciter une autorisation judiciaire. Celle-ci, cependant, ne suppose pas que le créancier ait un titre exécutoire préalable : un recours systématique à l'attribution judiciaire serait donc de nature à diminuer le contentieux de l'impayé. Les statistiques démentent cependant clairement cette hypothèse : les demandes relatives au gage (qui comprennent, entre autres, les demandes d'attribution en paiement) ne représentent qu'un nombre infime et sont elles-mêmes en baisse. Pour se limiter à la période où la baisse du contentieux de l'impayé est particulièrement nette, on est passé de 95 en 1995 à 103 en 1996, 56 en 1998, 63 en 1999, 57 en 2002, 128 en 2003¹⁰⁷. A partir de 2004, on note sans doute un bond dans les statistiques puisque, devant les tribunaux de grande instance, on passe de 128 à 1756 affaires entre 2003 et 2004, mais cela correspond à un changement dans le mode d'établissement des statistiques (**Annexe 10**)¹⁰⁸. Ces chiffres dérisoires révèlent clairement qu'il n'y a pas eu, même à la marge, absorption d'une partie du contentieux de l'impayé par les demandes tendant à la réalisation de gages. Il faut cependant mettre à part les cas où le créancier gagiste ou nanti peut devenir automatiquement propriétaire du bien, sans avoir à agir en justice, par l'effet d'un pacte commissaire. Dans un tel cas, le paiement du créancier se réalise sans recours à la justice, et le « circuit de dérivation » de l'impayé n'est pas lisible dans les statistiques judiciaires. Ce pacte – qui a été légalisé, sous certaines limites

¹⁰⁷ Voir annexe 10

¹⁰⁸ Jusqu'en 2003 inclus (Annuaire de 2003 mais données de 2001 car deux ans de décalage), le **Code32** correspond à la nature d'affaire « Gage - Nantissement ». Sont comprises dans cette rubrique toutes les demandes relatives au gage et au nantissement (vente forcée ou attribution en paiement de gage d'un meuble corporel ou d'un véhicule automobile, nantissement de créance, de marché public, de parts sociales ou d'actions, de police d'assurance). En sont exclues celles concernant le nantissement du fonds de commerce, de l'outillage et du matériel d'équipement, de créances professionnelles. A partir de 2004 (Annuaire de 2004 mais données de 2002 car deux ans de décalage), le **Code19** correspond à la nature d'affaire « Sûretés mobilières (gage, nantissement, warrant) ». Sont notamment comprises dans cette rubrique les demandes en nullité, en radiation ou en réduction d'une sûreté mobilière et les demandes tendant à la vente forcée ou à l'attribution d'un bien mobilier constitutif de la sûreté.

par l'ordonnance du 23 mars 2006 (nouvel article 2348 CCiv) - n'était cependant admis avant la réforme des sûretés de 2006 – donc pour la période sur laquelle nous travaillons - que dans des cas exceptionnels (gage sur créances, gage-espèces). Il paraît donc tout à fait exclu que cette pratique ait pu peser sur le contentieux de l'impayé. Il faut enfin évoquer un dernier mode de réalisation du gage, applicable dans le seul cas où lorsque le gage porte sur une chose corporelle et emporte dépossession du débiteur¹⁰⁹, le gagiste peut **retenir le bien** jusqu'à complet paiement par le débiteur. Ce droit de rétention peut aboutir à un paiement sans contentieux porté devant les tribunaux. Mais il est évidemment impossible d'en mesurer l'utilisation par voie statistique.

84-Sûretés immobilières - En matière immobilière, la réforme du droit des sûretés de 2006 a également légalisé la formule de l'attribution en paiement de l'immeuble hypothéqué et même le pacte comissoire – formules dont l'utilisation pourrait aboutir à une réduction des demandes en paiement de dettes résultant de crédits immobiliers. Mais, avant la réforme, la réalisation de l'hypothèque se faisait exclusivement par voie de saisie immobilière. A première vue, donc, l'utilisation de l'hypothèque n'est pas de nature à entraîner une diminution du contentieux de l'impayé, puisque, pour pratiquer la saisie, le créancier aura de toute façon besoin d'un titre exécutoire, qu'il va normalement se procurer par une action en justice. Cependant, il ne faut pas oublier qu'un tel titre peut également résulter d'un acte notarié, et qu'un tel acte est très souvent dressé pour les crédits immobiliers. On pourrait donc supposer que, pour ce type de crédits, la baisse (effective) du contentieux de l'impayé soit liée au développement de l'utilisation de l'acte notarié dispensant le prêteur de s'adresser aux tribunaux en cas de défaillance de l'emprunteur. On pourrait le voir si, en parallèle au contentieux de l'impayé, on constatait une augmentation, voire simplement une stabilité du nombre des saisies immobilières sur la même période. Malheureusement il nous manque des chiffres fiables sur la pratique des saisies immobilières pendant la période étudiée, car les statistiques judiciaires ne sont disponibles qu'à partir de 2004 (**Annexe 10**) – c'est à dire hors de notre période d'observation. On peut également penser que la pression exercée par l'hypothèque qui pèse sur le bien de l'emprunteur en matière de crédit immobilier l'incite davantage au paiement, sa défaillance pouvant le conduire à vendre le bien à l'amiable afin de désintéresser le créancier. En pareille hypothèse, il y a des chances que les parties n'aillent pas au contentieux, et que cet impayé ne soit donc pas pris en compte dans les statistiques

¹⁰⁹ La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a consacré un droit de rétention même pour les gages sans dépossession (art 2286 4° CCiv). Mais cette possibilité n'était pas ouverte pendant la période étudiée.

judiciaires. C'est encore une différence avec le crédit à la consommation qui se fait souvent sans garantie réelle, ce qui peut conduire à poursuivre l'emprunteur devant les tribunaux, dès lors que le prêteur n'a pu trouver un accord avec le consommateur, ou que l'accord n'a pu être exécuté.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

85-Conclusion - A ce stade, il apparaît que la baisse du contentieux de l'impayé peut s'expliquer, en partie, par une évolution des pratiques des établissements de crédit dans l'octroi des crédits tant aux particuliers qu'aux entreprises. Même si, pendant la période où s'observe la décrue du contentieux de l'impayé, il n'y a pas eu de baisse globale de l'octroi des crédits (et si, tout au contraire, la masse globale des montants prêtés a constamment progressé), différents éléments permettent de penser qu'à partir du début des années 1990, les établissements de crédit, sans doute par réaction contre la montée du contentieux de l'impayé à la fin des années 1980, et peut-être sous l'influence d'un certain durcissement du cadre normatif (législation sur le surendettement, définition de nouveaux ratios de solvabilité, apparition, au moins chez les juges du fond d'une jurisprudence relative à la responsabilité des établissements de crédit vis-à-vis des emprunteurs), ont commencé à mieux sélectionner les bénéficiaires de crédit – au moins pour les crédits aux entreprises et les crédits immobiliers aux particuliers – le crédit à la consommation restant largement à l'écart de ce changement de pratiques. Même si on ne retrouve pas les mêmes facteurs normatifs, il n'est pas exclu que ce type d'explications puisse être avancé également pour les entreprises non bancaires qui auraient, à partir des années 1990, mieux sélectionné leur clientèle en raison du développement des techniques d'information sur la solvabilité des entreprises. La baisse du contentieux de l'impayé pourrait donc s'expliquer, en partie, par une meilleure prévention du risque d'impayé, bancaire mais aussi commercial. Cependant, il ne paraît pas douteux qu'elle trouve aussi ses racines dans une évolution des techniques de traitement de l'impayé lorsqu'il se réalise. Ce sera l'objet de la seconde partie de ce rapport.

DEUXIEME PARTIE

BAISSE DU CONTENTIEUX DE L'IMPAYE ET EVOLUTIONS TOUCHANT LE RECOUVREMENT DES CREANCES :

UNE DEJUDICIARISATION DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE

86- Dérivations du circuit de traitement de l'impayé- Le phénomène de baisse du contentieux de l'impayé ne peut pas s'expliquer uniquement par des causes tenant à l'impayé lui-même (moins de crédits, une meilleure sélection des bénéficiaires de crédit, donc moins d'impayés). Il existe de toute façon un décalage considérable qui existe entre le nombre d'incidents de paiement (lorsqu'ils sont enregistrés) et le nombre des demandes portées devant les tribunaux, comme on l'a vu à propos des incidents de paiement sur effets de commerce¹¹⁰, et surtout à propos des incidents de paiement relatifs aux crédits aux particuliers. Les chiffres dont on dispose à cet égard (il est vrai sur une courte période), montrent que le nombre des demandes formées devant les tribunaux a pu diminuer alors même que le nombre d'incidents de paiement, lui, restait stable¹¹¹. Il faut donc chercher aussi des explications dans la manière dont ces incidents sont traités par les créanciers. L'hypothèse centrale sur laquelle nous avons focalisé la réponse à l'appel d'offres était que le règlement des incidents de paiement faisait fréquemment l'objet de circuits de dérivation qui les feraient échapper à l'intervention du juge, du moins du juge de l'impayé. Celle-ci ne serait pas nécessairement exclue, mais elle serait déplacée sur d'autres terrains que celui de la réponse aux demandes en paiement.

87- Dérivations forcées - Il faut d'emblée mettre à part le cas où cette dérivation est imposée au créancier en raison de l'ouverture d'une procédure globale de traitement des difficultés du débiteur, qui va soustraire la demande en paiement à son juge normal. C'est le cas, d'abord, pour les procédures touchant les entreprises. Une des règles les plus traditionnelles et les plus fondamentales du droit des procédures collectives – et qui est, précisément, la manifestation la plus nette de ce caractère collectif – est l'interdiction des poursuites individuelles contre l'entreprise débitrice. Cette règle est affirmée aujourd'hui par l'article L 622-21 du Code de commerce aux termes duquel « *I.-Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ». Mais ce texte issu dans sa rédaction actuelle de l'ordonnance du 18 décembre 2008 n'est, fondamentalement, que la reprise des textes antérieurs : la règle existait pendant la période observée. Par conséquent, dès lors qu'une procédure de redressement ou de liquidation

¹¹⁰ Voir supra n° 46

¹¹¹ Voir supra n° 47

judiciaire (ou, depuis 2005, de sauvegarde) est ouverte, les créanciers ne peuvent plus agir en paiement de leurs créances devant le tribunal normalement compétent. Les créances seront déclarées à la procédure et vérifiées par le juge-commissaire. Les impayés, bien que parfaitement caractérisés, ne sont donc plus comptabilisés au titre du contentieux de l'impayé devant le tribunal de commerce (sauf bien entendu dans le cas où, dès avant l'ouverture de la procédure, le créancier avait déjà porté son affaire devant le tribunal). On ne saurait cependant imputer à cette absorption de l'impayé dans les procédures collectives le phénomène de baisse du contentieux observé : on sait en effet que, pendant la période observée, le nombre des procédures collectives touchant les entreprises, loin d'augmenter, a diminué (**Voir l'annexe 8-1**) de sorte que ce sont moins de demandes en paiement qui ont été absorbées par ces procédures.

88- Dérivations forcées : procédures de traitement du surendettement – L'explication tirée de la dérivation d'une partie du contentieux de l'impayé vers des procédures collectives qui absorbent les demandes individuelles pourrait paraître plus crédible dans le cas des impayés des particuliers. En effet, on sait que ces procédures sont, elles, en augmentation très nette sur la période observée (pour ne pas parler de la période récente où, comme on peut s'en douter, elles explosent littéralement). Les chiffres ont déjà été évoqués pour faire état de la montée des difficultés de remboursement des ménages au moins dans le domaine des prêts à la consommation¹¹². On rappellera qu'entre 1990 et 2006, le nombre des dossiers déposés est passé de 90 174 à 184 866, soit quasiment un doublement ! Parallèlement, le nombre de dossiers recevables est passé de 64 320 à 157 950 environ. Depuis 2004, les procédures de rétablissement personnel instituées par la loi du 1^{er} août 2003 sont passées de 16 321 à 24 190 (voir les tableaux **annexe 8-2**). Il serait cependant imprudent d'en déduire que c'est dans ces procédures qu'ont été en quelque sorte « englouties » les demandes de paiement formées contre les particuliers qui n'apparaissent plus au titre du contentieux « normal » de l'impayé devant les tribunaux de grande instance et d'instance. Il faut en effet souligner que les conséquences juridiques de l'ouverture d'une telle procédure de traitement du surendettement sur les poursuites individuelles ne sont pas aussi nettes que dans le cas des procédures collectives commerciales. Elles résultent principalement de ce que le débiteur surendetté peut obtenir de ses créanciers (s'ils acceptent le plan), de la commission ou du juge, des mesures d'allègement du passif, sous forme de délais ou de remises qui peuvent aller, aujourd'hui, jusqu'à l'effacement des dettes : l'impayé sera alors supprimé à la source, de telle sorte que le

¹¹² Voir supra n° 47

créancier non désintéressé ne pourra pas agir en paiement d'une dette rendue non exigible par l'octroi de délais ou par un nouvel échelonnement des mensualités, ou, *a fortiori*, d'une dette éteinte par suite de son effacement. Mais, à la différence de ce qu'on observe dans le cadre des procédures collectives touchant les entreprises, l'ouverture de la procédure n'interdit pas, en elle-même, aux créanciers de poursuivre en justice le recouvrement de leurs créances pour obtenir, à titre conservatoire, un titre exécutoire utilisable pour le cas où le débiteur n'obtiendrait aucune mesure ou en serait déchu par la suite. Tout au plus le juge peut-il suspendre les procédures d'exécution dans l'attente des mesures d'aménagement du passif (art L 331-5 Code de la consommation). Certes, il ne semble pas qu'en pratique les créanciers confrontés à une procédure de traitement du surendettement utilisent cette faculté de poursuivre, le plus souvent en pure perte. Mais en tout cas, on ne peut pas établir de lien automatique entre l'ouverture d'une procédure de surendettement et l'absence de poursuites individuelles.

Du reste, l'observation attentive des chiffres connus en matière de surendettement révèle la fragilité de l'hypothèse d'une absorption, même partielle, du contentieux de l'impayé dans ces procédures. Il convient en effet de corréliser les baisses constatées sur les différents postes avec les différents types de dettes qui font l'objet de mesures de traitement du surendettement. Comme on l'a déjà relevé, l'enquête typologique publiée par la Banque de France en 2004 révèle que, si les crédits bancaires constituent toujours une part importante de l'endettement pris en charge dans le cadre de ces procédures (en 2004, ces crédits constituaient 75% de la part de l'endettement dans 6 dossiers sur 10, l'autre poste étant les charges de la vie courante), la part des crédits immobiliers dans cet endettement est relativement faible, et plutôt en diminution. Alors que 15% des dossiers contenaient un crédit immobilier en 2001, cette proportion avait été ramenée à 10% en 2004, et est tombée à 8% dans le dernier baromètre du surendettement publié par la Banque de France (2007). Or, on l'a vu, les statistiques judiciaires montrent que c'est surtout le contentieux de l'impayé relatif au crédit immobilier qui est en baisse (poste 53 B devant les TGI), alors que, devant les tribunaux d'instance, les demandes de paiement relatifs aux crédits à la consommation sont, elles, en hausse. Il paraît donc difficile d'attribuer à la seule expansion des procédures de traitement du surendettement la baisse du contentieux de l'impayé touchant les débiteurs non commerçants, alors que ces procédures ne concernent qu'à la marge les types de crédits pour lesquels la baisse est la plus significative.

89-Dérivations volontaires – La mise en place et le développement de ces procédures collectives ou globales de traitement des situations financières difficiles n'étant donc pas de nature à expliquer la baisse des demandes individuelles en paiement de sommes d'argent, l'explication nous paraît plutôt devoir être cherchée du côté des comportements des créanciers qui, volontairement, essaient de faire échapper l'impayé au circuit judiciaire. Cette volonté de déjudiciarisation s'observe tant lorsque l'impayé est traité dans le cadre des relations internes entre le créancier et son débiteur, que lorsque le créancier externalise le traitement de l'impayé en le confiant à un tiers spécialisé. Alors que le premier type d'observations vaut surtout dans le cadre des impayés bancaires (TITRE I), le second nous semble prépondérant pour expliquer la baisse du contentieux de l'impayé commercial (TITRE II).

TITRE I- L'EVOLUTION DES PROCEDURES DE RECOUVREMENT DANS LES RELATIONS INTERNES ENTRE CREANCIER ET DEBITEUR

90-Recouvrement des créances avec ou sans l'intervention du débiteur – Une des hypothèses de départ pour expliquer la baisse du contentieux de l'impayé tenait au développement de modes de recouvrement automatiques, qui ne font pas intervenir directement le débiteur et qui, dans un certain nombre de cas, évitent, à la base en quelque sorte, la concrétisation de la situation d'impayé. Une étude attentive de ces techniques permet de penser qu'il ne s'agit pas là de l'aspect le plus important (CHAPITRE I). Dans le cadre bancaire au moins, la déjudiciarisation tient sans doute davantage au développement de techniques de négociation avec le débiteur (CHAPITRE II).

CHAPITRE I- LE DEVELOPPEMENT DE MODES DE RECOUVREMENT SANS INTERVENTION DU DEBITEUR

91-Modes de paiement automatiques- De nombreux créanciers (qui ne sont sans doute pas prioritairement les établissements de crédit) mettent en oeuvre pour obtenir leur paiement des modes de recouvrement automatique, qui n'impliquent aucune intervention du débiteur. Ils se garantissent ainsi contre la mauvaise volonté du débiteur et contre les risques de contestation de leurs créances. Ces procédés (plus que procédures) doivent logiquement entraîner une diminution du contentieux de l'impayé en ce qu'ils dispensent le créancier d'agir en recouvrement. On les rencontre particulièrement dans des situations de réciprocité des dettes –

et notamment dans le contexte bancaire (Section 1). Mais leur utilisation est également avérée dans des hypothèses de relations unilatérales entre créancier et débiteur (Section 2). Dans l'un comme dans l'autre cas, cependant, le développement de ces procédés n'apparaît pas comme une cause évidente de la baisse du contentieux de l'impayé.

Section 1- Procédés utilisables dans des relations d'obligation réciproques

92-Compensation et procédés dérivés- La compensation constitue le type même du procédé de règlement automatique (§1) ; elle connaît diverses extensions dans le cadre des relations de compte bancaire (§2).

§ 1- La compensation

93-Double intérêt- La compensation, régie par les articles 1289 et suivants du Code civil est une technique légale très ancienne de paiement automatique des créances : *« lorsque deux personnes, dispose l'article 1289, se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes »*. Cette compensation est de droit lorsque les deux dettes sont des dettes de somme d'argent, également liquides et exigibles. Cependant, même dans un tel cas, elle ne joue que si elle est invoquée par une des parties pour s'opposer au paiement de ce qu'elle doit. La compensation constitue d'abord un **mode de règlement simplifié** des créances réciproques : si elle n'existait pas, ou si les conditions n'en étaient pas réunies, chaque débiteur devrait régler à l'autre ce qu'il lui doit, en utilisant les instruments de paiement traditionnels (espèces, chèques, virement etc.), sauf à poursuivre l'autre, en cas de non paiement, pour ce qui lui est dû. En même temps, la compensation constitue, pour chacun des deux créanciers, un très efficace **moyen de garantie** : si elle n'existait pas, un créancier débiteur, amené à payer sa propre dette à l'autre, pourrait ensuite, pour le règlement de sa créance se heurter à l'insolvabilité de l'autre et entrer en concours avec les autres créanciers. La compensation permet au créancier qui l'invoque de se payer à titre exclusif, et sans concours avec les autres, sur la créance que le débiteur a sur lui : c'est comme s'il pratiquait une saisie-attribution, sans aucune procédure, sur cette créance sur lui-même. Cette double fonction de la compensation – paiement simplifié et garantie – s'avère particulièrement intéressante lorsque l'un des débiteurs est soumis à une procédure collective : le créancier qui doit une somme à ce débiteur, et qui, pour se dispenser de la payer, invoque la compensation, est un des seuls créanciers à pouvoir se faire payer

immédiatement malgré l'ouverture de la procédure, et il va échapper à l'insolvabilité du débiteur. En principe, pour pouvoir être invoquée dans un tel contexte, la compensation devrait avoir joué avant l'ouverture même de la procédure, ce qui supposerait que les deux dettes aient été liquides et exigibles à ce moment. Mais une jurisprudence traditionnelle permet aussi le jeu de la compensation si les deux dettes, quoique non liquides et exigibles avant le jugement d'ouverture, dès lors qu'elles sont connexes (c'est à dire nées d'un même contrat ou de contrats liés), de sorte qu'on peut considérer qu'elles se servent mutuellement de garantie. Cette solution a été consacrée par le législateur en 1994, et elle figure aujourd'hui à l'article L 622-7 du Code de commerce selon lequel « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes* ».

94-Utilisation- S'il est certain que le recours à la compensation fait sortir les deux créances compensables du circuit de l'impayé, il est évidemment impossible de mesurer la fréquence de l'utilisation d'un tel mécanisme (qui dépend des relations existant entre les parties), et encore moins de savoir s'il est plus ou moins souvent invoqué que par le passé. On peut simplement supposer que le développement, dans le monde des affaires, de relations contractuelles complexes et interdépendantes a entraîné une multiplication des hypothèses de compensation. En toute hypothèse, un tel développement ne peut avoir joué dans le phénomène de baisse du contentieux de l'impayé qu'un rôle tout à fait marginal.

§ 2- Les paiements dans les relations de comptes bancaires

95-Compensation *in futurum*- Bien que cela puisse être contesté sur le plan théorique, le compte bancaire – du moins dans sa version la plus achevée du compte courant – peut être considéré comme une technique conventionnelle dérivée de la compensation : les parties à la convention de compte conviennent de compenser systématiquement leurs dettes et leurs créances réciproques, pour n'avoir à procéder qu'à un seul règlement, lors de la clôture du compte, en faveur de celui qui sera titulaire d'un solde créditeur . La grande particularité de ce procédé de règlement par rapport à la compensation ordinaire est que les créances qui entrent en compte s'éteignent du seul fait de cette entrée, même si le solde en sens inverse est négatif : la seule créance subsistante est celle du solde, qui se modifie indéfiniment au gré de l'entrée en compte de nouvelles créances. Dans la mesure où, par principe, toutes les créances et les dettes réciproques des parties doivent entrer dans le compte, l'idée est que,

normalement, la compensation devrait se produire à un moment où un autre entre l'ensemble des créances et l'ensemble des dettes : on l'anticipe en déclarant les créances éteintes dès leur entrée. Il y a, a-t-on dit parfois, une sorte de « compensation *in futurum* ». Quoi qu'il en soit, on comprend que cet « effet magique » du compte permette de l'utiliser comme support pour diverses opérations de paiement automatiques, dans les relations mêmes entre les parties. L'effet possible de ces techniques sur le contentieux de l'impayé mérite d'être soigneusement décortiqué.

96-Contre-passation - Une première technique, spécifique des relations entre les banques et les entreprises, est celle de la **contre-passation des effets de commerce impayés**. On suppose que le client de la banque, titulaire du compte courant, remet à l'escompte un effet de commerce (par exemple une lettre de change) : le montant de cet effet est alors porté au crédit de son compte. A l'échéance, la banque, bénéficiaire ou endossataire de l'effet va normalement se faire rembourser par le débiteur de l'effet (tiré de la lettre de change, souscripteur du billet à ordre). En cas de non paiement, elle peut, soit agir en remboursement contre ce débiteur soit recourir contre le remettant à l'escompte, également signataire de l'effet. En pratique, ce recours contre le remettant s'effectuera souvent par une simple inscription au débit du compte de celui-ci, inscription venant contrebalancer *a posteriori* l'inscription initiale au crédit – d'où le nom de contre-passation. Le même procédé peut être utilisé dans le cas de cession de créance professionnelle : le banquier cessionnaire a alors un recours contre le cédant, qu'il peut exercer par voie de contre-passation. La contre-passation opère donc clairement une **dérivation par rapport au contentieux de l'impayé** : le banquier qui contre-passe n'a pas à agir en paiement, ni contre le débiteur de l'effet ou de la créance cédée, ni contre son client, il se contente d'un jeu d'écritures. Cependant, rien ne permet d'affirmer que cette technique, très ancienne – dont le régime juridique a été fixé par la jurisprudence dès la fin du XIX^{ème} siècle – a connu ces dernières années un développement particulier, qui aurait eu une influence sur le contentieux de l'impayé. Les banquiers interrogés sur cette pratique nous ont généralement déclaré qu'ils n'y recouraient avec discernement que si leur client était solvable¹¹³ – ce qui est aisément compréhensible : le banquier qui contre-passe alors que le solde du client est débiteur court en effet un risque majeur, car, la créance de recours étant éteinte du seul fait de son entrée en compte, il perd la propriété de l'effet (ou de la créance) et ne peut plus agir contre le débiteur même si le

¹¹³ Voir par exemple entretien 1

remettant ne revient pas à meilleure fortune. Il ne pourra que clôturer le compte et agir en paiement du solde. Une utilisation large de la contre-passation devrait du reste se traduire, en contrepartie, sinon par une augmentation, du moins par une limitation apportée à la diminution des actions en paiement de solde débiteur de compte courant : ce que le banquier ne récupérerait pas en agissant directement en paiement de l'effet, il devrait le récupérer en agissant en paiement du solde du compte. Or, devant les tribunaux de commerce, ces demandes, sont en baisse très sensible sur la période de référence (4056 à 1596 demandes soit - 60,7% entre 1993 et 2003) et suivent la baisse du contentieux des demandes en paiement d'effets (2441 à 1072 demandes, soit - 56,08% sur la même période) (voir le tableau **Annexe 5**), ce qui exclut tout phénomène de « vase communicant » entre le contentieux de l'impayé des effets de commerce ou de celui (sans doute beaucoup plus important, mais non directement mesurable) de l'impayé des cessions de créances professionnelles vers celui du solde débiteur des comptes.

97-Prélèvement sur le compte - La même observation amène à relativiser l'effet qu'aurait pu avoir le développement supposé, pendant la période de référence, d'une autre technique de paiement automatique dans les relations entre les banques et leurs clients : le prélèvement sur le compte des sommes dues à la banque. Il n'est pas douteux que cette technique est aujourd'hui prévue de manière systématique par tous les établissements de crédit pour le remboursement des prêts qu'ils consentent à leurs clients, tant particuliers que professionnels : la banque y trouve l'avantage, non seulement de l'automatisme du paiement, mais aussi d'une certaine augmentation des chances de paiement effectif si elle choisit la date de prélèvement à une date proche de celle de l'alimentation régulière du compte (notamment par les salaires de l'emprunteur). Cependant, il s'agit là encore d'une pratique relativement ancienne, en tout cas bien antérieure au début de la période étudiée, et qui ne peut évidemment pas permettre d'expliquer l'évolution du contentieux de l'impayé. On peut certes penser que, au cours des années 1990, les banques ont pu, un temps au moins, utiliser de manière plus systématique le prélèvement même dans les hypothèses où le solde de leur client s'avérait constamment débiteur. Ces prélèvements à découvert pouvaient paraître avoir plusieurs avantages pour le banquier, notamment dans le contexte des crédits aux particuliers : d'une part permettre à la banque de retarder le point de départ de la forclusion prévue par l'article L 311-37 du Code de

la consommation¹¹⁴, d'autre part « transformer » le taux d'intérêt prévu pour le prêt en taux d'intérêt (généralement beaucoup plus élevé) prévu pour le solde débiteur du compte bancaire. Mais là encore ces comportements, que les évolutions jurisprudentielles et législatives devaient assez vite décourager, n'ont sans doute jamais eu un caractère systématique, et leur incidence sur le contentieux de l'impayé ne peut être établie. Cette incidence aurait dû se traduire en effet, comme dans le cas de la contre-passation, par un déplacement de ce contentieux des demandes en remboursement du prêt vers les demandes en paiement du solde débiteur du compte bancaire (poste 38C). Or, pas plus que devant les tribunaux de commerce, le nombre de ces demandes n'a augmenté pendant la période de référence, tout au contraire : c'est le cas devant les tribunaux de grande instance, où le nombre des demandes au fond, qui avait doublé de 1988 à 1992, passant de 4169 (indice 100) à 8384 (indice 201), a été ensuite divisé par 5 entre 1992 et 2005 (1496 demandes). Même devant les tribunaux d'instance, où, on le sait, le contentieux de l'impayé est globalement en hausse, le poste 38C enregistre quant à lui une diminution (de 10132 en 1991 à 7321 en 2005). La différence peut d'ailleurs aisément s'expliquer si on considère qu'une part importante des crédits à la consommation (pour lesquels le contentieux relève des tribunaux d'instance) émane d'établissements de crédit spécialisés qui ne sont pas par ailleurs teneurs d'un compte courant alimenté par les salaires, et qui se remboursent par prélèvement sur un compte tenu par la banque du débiteur, laquelle paiera rarement à découvert : si le prélèvement n'est pas honoré, la demande de remboursement formée par l'établissement prêteur apparaîtra alors nécessairement comme une demande en remboursement du prêt, non comme une demande de paiement du solde débiteur du compte bancaire.

On passe ainsi aux cas où le prélèvement, mode de paiement automatique, intervient dans un contexte où la relation entre le débiteur et le créancier est unilatérale.

Section 2- Procédés utilisables dans une relation unilatérale d'obligation

98-Dettes périodiques - Même lorsque le créancier n'est pas, par ailleurs, débiteur de son débiteur, il peut recourir à un mode de paiement automatique qui, n'impliquant aucune intervention volontaire du débiteur à l'échéance, est de nature à réduire le risque de non paiement. Ces procédés sont particulièrement utilisés pour le règlement de dettes régulières et périodiques. Le créancier peut d'abord demander à son débiteur de donner à sa banque un

¹¹⁴ Solution d'abord admise par la jurisprudence : V par exemple Cass civ1 17 mars 1998, pourvoi n° 96-15567 ; Bull I n° 118 ; condamnée ensuite : Cass civ1 23 mai 2000 : pourvoi n° 98-11715, Bull I n° 157 : désormais le délai court dès qu'il y a dépassement du délai autorisé

ordre de virement régulier à son profit. Il peut aussi lui demander de signer à son bénéfice une autorisation de **prélèvement automatique** sur son compte bancaire. C'est ce second procédé – dérivé du reste du premier – qui est aujourd'hui le plus utilisé, comme le révèle une observation même sommaire des pratiques contractuelles. Ce procédé du prélèvement automatique est né dans les relations des services publics avec leurs usagers¹¹⁵ : inventé par EDF en 1956, il a été utilisé ensuite par d'autres personnes publiques (le Trésor public dans le cadre de la mensualisation de l'impôt, France Telecom pour le paiement des factures téléphoniques...) et il a été bien sûr conservé lorsque certains de ces organismes ont été privatisés. Il s'est par ailleurs répandu au profit de multiples fournisseurs privés de biens et services : établissements de crédit prêteurs ou émetteurs de cartes de paiement lorsqu'ils ne sont pas teneurs du compte principal, opérateurs de téléphonie fixe et/ou mobile, fournisseurs d'abonnement Internet, organes de presse pour le paiement de leurs abonnements, fournisseurs d'eau, de gaz ou d'électricité, compagnies d'assurance pour le paiement des primes etc. Il est même utilisé aujourd'hui par les associations humanitaires qui cherchent à « fidéliser » leurs donateurs.

99- Privilège du préalable- Il paraît incontestable que le développement de ces procédés est de nature à entraîner une baisse des contentieux de l'impayé, en ce qu'ils dépossèdent dans une large mesure le débiteur de la maîtrise du paiement. Certes, à la différence de la compensation ou des procédés dérivés utilisables dans le cadre de relations d'obligations réciproques, ils ne procurent à ceux qui les utilisent aucune garantie contre le risque d'insolvabilité du débiteur : si le compte du débiteur n'est pas suffisamment approvisionné, l'établissement de crédit teneur du compte refusera normalement d'honorer l'échéance, et le créancier en sera réduit à agir par les voies ordinaires de recouvrement. Mais au moins protègent-ils le créancier contre les retards de paiement dus à la négligence ou à la mauvaise volonté du débiteur : le bailleur qui se fait consentir un virement régulier, la société de téléphonie mobile qui prélève chaque mois les sommes dues sur le compte de son abonné ...n'ont pas à attendre que leur débiteur se décide à faire un chèque et à l'envoyer. Dans une certaine mesure, ces procédés protègent aussi le créancier contre les risques de contestation portant sur les sommes dues. Sans doute cette protection n'est pas absolue : à la différence des paiements par chèque ou par carte, qui reposent sur l'initiative du débiteur, mais qui, une fois déclenchés, sont irrévocables, les paiements par virement ou par prélèvement, qui reposent sur

¹¹⁵ Sur les origines du procédé V. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement*, 7^{ème} ed LGDJ 2006 n° 864

la technique du mandat, peuvent toujours être révoqués par celui qui les a consentis. Dans le cas du prélèvement automatique, l'exercice de cette faculté de révocation est théoriquement facilité par le fait que, quelques jours avant le prélèvement effectif, le débiteur reçoit de la part du créancier un avis lui indiquant quelle somme va lui être prélevée : il peut alors, s'il estime que cette somme n'est pas due ou est excessive, faire opposition au paiement. Mais – outre que cet avertissement préalable n'est pas toujours effectué en pratique ou est fait parfois de manière trop tardive pour que le débiteur puisse réagir – on peut penser que, dans l'immense majorité des cas, la force d'inertie du débiteur l'emportera sur ses velléités de contestation. De fait, le prélèvement automatique procure au créancier une sorte de « privilège du préalable » équivalent à celui dont dispose l'administration pour le recouvrement de ses créances (et qui lui permet, on le rappelle, de se délivrer à elle-même un titre exécutoire sans avoir préalablement à agir en justice) : même si on ne peut pas dire à proprement parler que le créancier bénéficiaire d'un prélèvement automatique se fabrique un titre, il n'en a pas besoin dès lors que son débiteur est solvable.

100- Mesure de l'incidence sur le contentieux de l'impayé- L'influence que le développement de ces procédés a pu exercer sur le contentieux de l'impayé ne peut évidemment pas être mesurée exactement, d'autant plus que les créanciers en cause ne constituent pas un ensemble homogène. Il pourrait être intéressant, dans le cadre d'études ultérieures, de travailler plus spécialement sur les pratiques de recouvrement de tel ou tel de ces organismes. En attendant, on peut néanmoins avoir une confirmation indirecte, à travers les statistiques judiciaires, de cette influence. Parce qu'ils **renversent, en cas de contestation sur le paiement, les positions procédurales de demandeur et de défendeur**, le développement de ces procédés – et notamment des prélèvements automatiques – devraient entraîner une augmentation corrélative des procédures par lesquelles le *solvens* demande le remboursement de sommes qu'il prétend lui avoir été prélevées à tort. De fait, l'observation des statistiques sur la période considérée révèle une augmentation sensible du nombre des demandes en répétition de l'indu (poste 66 B de la nomenclature)¹¹⁶, et ceci devant tous les tribunaux: devant les TGI au fond on est passé de 146 à 603 demandes de ce type de 1988 à 2003 (soit + 313%), devant le TGI, en référé de 42 à 224, devant les TI au fond de 635 à 1817 (avec une légère baisse en revanche en référé) (**Annexe 11**) Evidemment les chiffres sont très faibles, et il serait absurde de penser que le contentieux de l'impayé est « absorbé » par un

¹¹⁶ Ce poste regroupe plus largement les demandes en restitution d'une chose ou d'un prix indûment perçu, ce qui rend les évolutions sur ce poste moins significatives.

contentieux en sens inverse : heureusement, toutes les sommes qui sont prélevées par les créanciers ne le sont pas à tort, et ne donnent pas lieu à contestation. Par ailleurs, on peut supposer que, dans un nombre important de cas, le débiteur victime d'un prélèvement injustifié hésitera à agir en justice pour en obtenir restitution, alors surtout que les sommes prélevées sont souvent assez faibles (ce qui peut du reste expliquer que l'augmentation est plutôt moins sensible devant les tribunaux d'instance, alors même que c'est pour ces petites sommes que les abus pourraient être les plus nombreux). Néanmoins, l'augmentation considérable de ce type de demandes est, en elle-même, révélatrice du développement de ces procédures de paiement automatiques, qui génèrent inévitablement un certain nombre d'abus. On peut donc trouver là une confirmation d'une de nos hypothèses de départ sur les « circuits de dérivation » et sur le déplacement du rôle du juge dans le cadre du contentieux de l'impayé.

Cette hypothèse doit également être testée à travers l'étude de l'évolution des pratiques de recouvrement faisant intervenir le débiteur.

CHAPITRE II - L'EVOLUTION DES PRATIQUES DE RECOUVREMENT FAISANT INTERVENIR LE DEBITEUR

101- Contexte - On se place ici dans le contexte où, pour obtenir son paiement, le créancier a besoin de la participation active du débiteur – soit qu'aucun procédé de recouvrement « automatique » ou contre un tiers n'ait été mis en place, soit que ce procédé ait échoué (notamment parce que le compte sur lequel le paiement aurait dû être prélevé n'était pas approvisionné). Si le débiteur refuse de payer, le recours au juge s'impose normalement pour pouvoir procéder à une exécution forcée : on rentre alors dans le circuit judiciaire du traitement de l'impayé.

Compte tenu du caractère très partiel des explications de la baisse du contentieux de l'impayé qui ont pu être avancées jusque là, il faut sans doute admettre que, même dans ce contexte, les créanciers vont chercher, par divers moyens, à sortir de ce circuit.

- 102- Déjudiciarisation et méfiance à l'égard du juge - Les entretiens que nous avons eus avec différents acteurs du système bancaire ont confirmé que, depuis le début des années 1990, les banques, confrontées à une explosion du contentieux de l'impayé, ont, volontairement, poursuivi une politique tendant à limiter au strict minimum les cas de recours au juge pour le recouvrement de leurs créances. A cet égard, nombre de nos interlocuteurs

nous ont fait part de leur méfiance vis à vis de la justice : trop lente, inefficace, trop favorable aux débiteurs... De manière très caractéristique, un de nos interlocuteurs, à qui nous faisons part de l'étonnement des services du ministère de la justice devant la baisse spectaculaire du contentieux de l'impayé, nous a fermement répondu « Ce qui est étonnant, c'est qu'ils s'en étonnent. Ils ont tout fait pour cela ! » (sic) – nous expliquant ensuite que compte tenu de la manière dont fonctionnait la justice, et de la faveur systématique que les juges manifestaient à l'égard des débiteurs, ils ne fallait pas s'étonner de ce que les créanciers essaient de se faire payer sans y recourir. Très typique est à cet égard l'entretien n° 3 : notre interlocuteur déclare que jusqu'en 1996-1997, la quasi-totalité des affaires qu'ils avaient à traiter s'achevaient en première instance ; depuis, selon lui, l'exercice de la voie d'appel par les débiteurs devient systématique, ce qui, de fait, augmente le coût et le temps des procès pour la banque. Or, le temps judiciaire (de la longue durée) se concilie très mal avec les nouvelles exigences comptables des banques (qui privilégient le temps de la courte durée). De plus, toujours selon notre interlocuteur, les chances de succès judiciaires diminuent : la jurisprudence est défavorable aux banques et il existe une orientation des juges du fond très « anti-banque ». Dans ces conditions, mener une procédure judiciaire apparaît bien trop risqué. Même si ces accusations ou ces soupçons sont, on le sait, largement en décalage avec la réalité judiciaire, ils n'en ont pas moins nourri un phénomène de déjudiciarisation de certaines catégories de litiges, dont la baisse du contentieux de l'impayé n'est qu'un des aspects. Tout laisse à penser que ce sentiment de méfiance vis-à-vis de l'institution judiciaire s'est développé de la même manière auprès des diverses catégories de créanciers confrontés au phénomène de l'impayé – alors surtout que ce sentiment a été largement répandu auprès des personnes concernées par des acteurs qui avaient tout intérêt à prôner l'évitement du juge. Il suffit à cet égard de consulter les arguments publicitaires développés (notamment sur leurs sites web) par les sociétés de recouvrement de créance. Le recours à la justice y est systématiquement, présenté comme une solution de dernier recours, à laquelle on ne recourra que si toutes les voies de recouvrement « amiable » ont été explorées.

103- Phase précontentieuse et phase contentieuse - Cette déjudiciarisation de l'impayé, cependant, a pris des formes plus complexes que celles que nous avons imaginées au départ. Dans les premiers temps de notre réflexion – et dans le prolongement de recherches précédentes menées par le CERCRID - nous avons songé principalement à des dérivations du contentieux de l'impayé au stade du règlement du litige né de l'impayé – vers des modes alternatifs de règlement des litiges (médiation, conciliation etc.). Or il est assez clairement

résultat, tant de l'analyse détaillée des éléments statistiques dont nous disposons, que des entretiens avec les acteurs, que ce type de dérivation est sans doute loin de représenter le phénomène essentiel. D'une manière générale, ce qui semble déterminant, dans le secteur bancaire du moins, c'est la manière dont le processus de recouvrement est mené dans la phase suivant immédiatement l'incident de paiement, avant même qu'un véritable litige ne soit formalisé : s'ouvre alors une phase qu'on peut appeler **précontentieuse**, qui se déroule sous forme de négociations et de pressions tendant à obtenir le paiement, éventuellement par le réaménagement du contrat d'origine. C'est le développement de cette phase qui, à nos yeux, constitue la cause principale du phénomène de baisse du contentieux de l'impayé, au moins dans le secteur bancaire. Cela n'exclut pas qu'ensuite, au stade véritablement **contentieux**, les créanciers n'essaient encore d'éviter le recours au juge – en utilisant les modes alternatifs de règlement des litiges - mais l'essentiel se joue probablement avant.

104- Conflit, différend, litige - D'un point de vue théorique, cette distinction entre la phase précontentieuse et la phase contentieuse paraît correspondre à la distinction conceptuelle entre différend et litige, telle qu'elle a été proposée par A. Jeammaud¹¹⁷, au sein de celle, plus large, entre **conflit, différend** et **litige**. A. Jeammaud était parti de l'idée très largement répandue que « *le droit a pour fonction parmi d'autres, de régler ou permettre de régler les conflits dont il ne peut éviter l'éclatement* ». Le droit en tant que technique de décision peut maintenir la paix dans la société en soumettant ces conflits à un traitement particulier élaboré et formalisé par la procédure civile, administrative ou pénale. Cependant, l'auteur observe que le service public de la justice n'offre en réalité que la possibilité de régler des litiges, c'est à dire des oppositions de prétentions juridiques, soit par des modes juridictionnels (recours à un tribunal étatique ou à un arbitre), soit par des modes non juridictionnels (recours à la conciliation, médiation ou plus largement la transaction). Bien que ces derniers soient souvent nommés **modes alternatifs (ou amiables) de règlement des conflits (MARC)**, il serait plus pertinent de les nommer « *modes alternatifs (ou amiables) de règlement des litiges (MARL)* » Le terme de conflit, largement employé par la théorie et la sociologie, évoque une « relation plus ample et beaucoup plus complexe » que le rapport juridique soumis à un juge, relation juridique cristallisée par le procès. Entre le conflit et le litige, cependant A. Jeammaud introduit une troisième figure, celle du « différend », moins ample que le conflit, moins formalisée que le litige et qui manifeste tout de même un désaccord juridique qui n'est

¹¹⁷ A. JEAMMAUD, Conflit, différend, litige, Droits, n° 34, Les mots de la justice, PUF, 2002, p. 18

pas encore porté devant une juridiction. Si on rapporte à ces distinctions théoriques la situation d'impayé, on peut dire que, lorsque surgit l'incident de paiement, et que le créancier (le banquier) et le débiteur entrent en discussion, il n'y a pas encore véritablement litige, on est au stade du conflit, ou tout au plus du différend. Certes, la différence paraît être plus de degré que de nature, ou plus exactement, elle paraît être plus subjective qu'objective. Le simple retard de paiement, en effet, pourrait être considéré comme un objet de litige, immédiatement contentieux, si le créancier se décidait tout de suite à poursuivre son débiteur. Les parties pourraient du reste, à ce stade, déjà passer une transaction, définie largement par l'article 2044 du Code civil comme un « *contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». Mais la pratique révèle qu'à ce stade les créanciers – et notamment les établissements de crédit - ne considèrent pas encore qu'il y a véritablement litige, et qu'ils cherchent, dans un premier temps, à mettre en œuvre des procédés (plus que des procédures) qui relèvent du domaine contractuel pur, et qui n'appartiennent pas au monde du règlement (juridictionnel ou non juridictionnel) des litiges.

Section 1- Le développement des pratiques de négociations précontentieuses

105- Cadre d'observation : les impayés bancaires - Nous n'avons pu avoir une idée de la manière dont se traitent en interne, avant tout passage au « contentieux » les situations d'impayé, que dans le seul cadre bancaire, grâce aux entretiens que nous avons eus avec différents acteurs. Il est évidemment impossible de décrire, de manière générale, la manière dont peuvent se dérouler les négociations liées à un incident de paiement entre la multiplicité des entreprises fournisseurs de biens et de services et leurs clients. S'agissant de la gestion des impayés bancaires, on fera d'abord une rapide description des pratiques (§ 1), avant d'en faire l'analyse juridique (§ 2).

§ 1- Description des pratiques

106- Organisation - Une première observation est que cette phase précontentieuse relève, dans la plupart des établissements bancaires, d'un service distinct de celui qui, éventuellement, dans une phase ultérieure, sera chargé du traitement contentieux de l'affaire. D'une manière générale, après une première tentative dans l'agence dont relève le client et où le crédit a été accordé, l'affaire remonte, dans des délais variables, à l'échelon régional de l'organisation de la banque. Elle est alors confiée à un service de « recouvrement

amiable »¹¹⁸, qui peut être, selon les établissements, soit un service spécialisé, soit le service de prévention ou de gestion des risques. Ce passage dans un service chargé du recouvrement amiable confirme que, dans l'esprit du créancier, on n'est pas encore dans un cadre véritablement contentieux. Il n'y a pas encore véritablement litige. Il faut cependant noter que, dans un cas, notre interlocuteur nous a signalé que la banque venait de supprimer ce service précontentieux, préférant externaliser le recouvrement de ses créances.

107- Déroulement : exemple 1 - Le déroulement précis de cette phase varie évidemment d'une banque à l'autre. Nous avons choisi de reproduire ici de façon détaillée, à titre d'exemples, la « procédure » suivie dans deux établissements.

Dans le cadre du groupe CIC¹¹⁹, la procédure est déclenchée par un système d'alerte et de contrôle informatique, qui, selon notre interlocuteur, a permis de responsabiliser davantage les agents de la banque CIC au risque client. Désormais, les irrégularités dans le fonctionnement de comptes courants ou dans le remboursement d'un prêt sont automatiquement détectées par informatique, dispositif qui ne laisse plus place aux oublis ou à un manque de diligence dans le traitement des impayés. L'impayé détecté, le chargé de clientèle dispose d'un délai maximum de 45 jours consécutifs pour parvenir à obtenir du client une régularisation de sa situation. A l'issue de ce délai, si aucune réponse adéquate n'a été apportée en agence, le dossier est alors automatiquement transmis au service régional du recouvrement amiable. Il faut toutefois préciser que cette automaticité n'existe que pour les clients particuliers ; lorsqu'une difficulté de paiement est le fait d'un client professionnel, le transfert du traitement du dossier, de l'agence vers le service du règlement amiable, est laissé à l'appréciation du chargé de clientèle. Le client défaillant change alors d'interlocuteur, le chargé de clientèle ne pouvant plus intervenir dans la résolution du différend.

La mission du service de recouvrement amiable est d'obtenir le remboursement des créances impayées, et ce, le plus rapidement possible. Par souci d'efficacité, les agents de ces services régionalisés contactent et relancent les clients défaillants essentiellement par téléphone. Il s'agit de promouvoir le recouvrement amiable de créances en proposant des mesures individuelles de remboursement, évidemment adaptées aux ressources de chacun. (l'agent peut, par exemple, proposer un paiement échelonné, le plan d'amortissement ne devant toutefois pas être d'une durée trop longue (maximum dix mois) ou envisager avec le client la prise de mesures plus radicales, comme la vente d'un bien immobilier).

¹¹⁸ Voir les entretiens 1, 2, 7, 9

¹¹⁹ Voir l'entretien 9

L'action du service de recouvrement amiable prend fin en cas de remboursement des sommes dues ou, à l'inverse, en cas de refus persistant de paiement. Le succès des démarches entreprises par le service de recouvrement amiable permet au client de renouer avec son interlocuteur naturel, le chargé de clientèle. En revanche, si aucun règlement n'a pu être obtenu, et ce, dans un délai de quatre mois à partir de la saisine du service du recouvrement amiable, le dossier litigieux est alors transmis au service contentieux.

108- Déroulement : exemple 2- Une description similaire nous a été donnée par un directeur de groupe régional d'une importante banque généraliste¹²⁰. Si le client traverse des difficultés momentanées, c'est le chargé de clientèle qui cherche directement une solution avec le client dans les 2 ou 3 mois (mais l'incident de paiement est enregistré, ce qui bloque l'obtention future d'un nouveau crédit au niveau de la direction d'exploitation, si bien que le dossier sera directement traité par la direction des risques). Si le client traverse des difficultés sérieuses, c'est le service des risques qui cherche une solution avec lui. Mais si la situation est lourdement obérée ou que le risque d'un non recouvrement de la créance est important, le dossier est envoyé directement au service de recouvrement (c'est aussi le cas lorsque le client est en surendettement).

Si l'impayé est traité en agence ou au service des risques, les solutions amiables mises en place prennent la forme d'un simple protocole qui modifie les termes du contrat de prêt initialement conclu : un moratoire, un plan d'apurement de la dette (dans les limites de l'autorisation de découvert). S'il y a un protocole, il est en principe sous seing privé, mais peut être notarié (ce qui permet à la banque de le titrer).

Si la situation n'est pas régularisée, l'agence ou le service des risques adresse au client une mise en demeure de payer et transfère le dossier au service recouvrement, qui est un service interne à cette banque. Il y a transfert du dossier au service recouvrement à partir du moment où l'agence s'aperçoit qu'elle ne récupèrera pas la créance par les voies commerciales : le client est de mauvaise foi et procède à de fausses contestations pour échapper au paiement, le client est insolvable, le client ne respecte pas les engagements qu'il a pris dans le cadre du protocole établi à la suite de l'incident de paiement. Le délai de transmission dépend de la nature du crédit, notre interlocuteur ne voulant pas nous révéler les délais fixés en interne. Cette phase peut prendre quelques mois, voire 1 ou 2 ans si un protocole est passé. S'il y a un impayé, et que la situation n'est pas régularisée dans les 90 jours, il dénonce le découvert, si

¹²⁰ Voir l'entretien 1

ensuite un protocole est passé, dès le 1^{er} terme du protocole non respecté, le dossier est transféré au service contentieux....

§ 2- Analyse juridique des pratiques

109- Modification du contrat ou transaction ? - Au delà de multiples variantes, la phase précontentieuse, lorsqu'elle se déroule en interne aux établissements, consiste dans des négociations tendant à aboutir à des accords de réaménagement du contrat de crédit ayant donné lieu à impayé. La nature juridique de ce type d'accord peut être difficile à déterminer. On peut y voir un simple avenant modificatif de la convention d'origine, ou, très différemment, une transaction visant à régler conventionnellement le litige né (ou à naître) au sujet de l'exécution de ce contrat d'origine. La distinction présente de nombreux enjeux théoriques et pratiques. L'avenant au contrat a une nature et un régime purement contractuels ; selon l'importance des aménagements effectués, on le considérera comme une simple modification du contrat, qui laisse subsister l'obligation d'origine, avec tous ses accessoires, ou comme une novation ayant pour effet d'éteindre l'obligation d'origine en la remplaçant pas une autre (sans les garanties qui assortissaient la première)¹²¹. Dans tous les cas – bien que la question ne soit pas clairement réglée- il semble que l'accord des parties n'a pas d'existence autonome par rapport au contrat initial, dans lequel il va s'incorporer. Il en résulte que, contrairement à ce que semblait penser un de nos interlocuteurs, l'accord modificatif n'est pas susceptible d'être résolu pour inexécution si le client ne tient pas ses engagements : dans un tel cas, on ne devrait pas en revenir au contrat initial, à moins que l'avenant ne le prévoie. La transaction, en revanche, en raison de son objet particulier, est un contrat qui produit des effets spécifiques, de nature processuelle, puisque l'article 2052 du Code civil lui confère autorité de la chose jugée, ce qui entraîne l'irrecevabilité des demandes en justice ayant le même objet. On sait de même que, depuis 1998 la transaction peut se voir conférer force exécutoire sur le fondement de l'article 1441-4 du Code de procédure civile – alors que cette procédure n'est pas envisageable pour un accord modifiant un contrat précédent (sauf à noter que ce nouvel accord peut être passé par acte authentique si les parties le souhaitent). En revanche, contrairement à l'avenant, la transaction apparaît comme un contrat autonome par rapport au contrat générateur du litige, qu'elle ne modifie pas et qui

¹²¹ Sur le principe de la distinction V. A. Ghazi, La modification de l'obligation par la volonté des parties, LGDJ 1980 ; L. Monnier, L'avenant au contrat, thèse, Toulouse 1999 dir L. Rozes ; S. Pellet, L'avenant au contrat, thèse Paris I 2008 dir P. Stoffel-Munck

n'opère pas novation des obligations qui y sont contenues¹²². Il en résulte que, en cas de résolution de la transaction pour inexécution des obligations mises à la charge d'une partie, c'est sur le fondement du contrat initial que le juge devra régler le litige entre les parties.

110- Critères de distinction - En dépit de ces différences considérables sur le plan du régime juridique, le critère de distinction entre les deux types d'accords n'est pas clairement fixé en droit français. Et la distinction ne semble guère préoccuper les praticiens que nous avons rencontrés. Aucun de nos interlocuteurs ne semblait considérer que les accords de réaménagement des contrats de crédit pouvaient être qualifiés de transaction, dès lors que, pour eux, on était à ce stade clairement dans la phase « précontentieuse », amenant à situer ces accords sur un terrain purement contractuel. Aucun d'eux, du reste, n'avait jamais songé à obtenir l'homologation judiciaire de tels accords. En jurisprudence, ces accords de réaménagement d'un contrat de prêt sont le plus souvent traités sous un angle purement contractuel, la question discutée étant celle de savoir si les modifications apportées au contrat initial sont suffisamment importantes pour opérer novation de celui-ci. Cependant, on voit apparaître dans quelques décisions l'éventualité de la qualification de transaction. Cette qualification sera retenue sans hésitation si l'accord a été passé pendant le cours du procès, alors qu'une action en paiement a déjà été formée¹²³. Dans les cas qui nous intéressent, lorsque l'accord est passé dans le cours des négociations qui suivent l'incident de paiement, la qualification de transaction n'est pas exclue, mais elle semble dépendre de l'intention des parties, ce qui ne fournit pas un critère de qualification bien ferme. Un arrêt approuve ainsi une cour d'appel « *qui s'est expliquée sur la portée de la transaction en relevant qu'elle avait pour objet, non de modifier les termes du contrat de prêt, mais d'organiser de nouvelles modalités de règlement de la dette à l'égard de la banque* »¹²⁴. Il ne suffit pas en tout cas que les parties aient utilisé le mot transaction pour désigner leur accord pour que cette qualification soit retenue : ainsi, dans un arrêt de la première chambre civile du 7 novembre 2006, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui avaient écarté cette qualification en retenant que « l'emploi du mot "transaction" n'avait d'autre signification que d'interdire

¹²² Com 22 mars 2005 N° de pourvoi: 02-21103

¹²³ Cass com 22 mars 2005 N° de pourvoi: 02-21103, inédit ; Com 22 octobre 2002 N° de pourvoi: 99-11727

¹²⁴ Com 23 octobre 2001 N° de pourvoi: 98-22810, inédit ; voir aussi : Civ1 0 novembre 1999 N° de pourvoi: 97-14273

l'invocation de difficultés d'exécution ou d'inexécution antérieures à la signature de l'accord »¹²⁵.

111- Règlements contractuels – Il résulte de cette jurisprudence que, dans la période qui suit un incident de paiement, les parties au contrat générateur de la créance peuvent organiser le traitement de la situation sur un mode purement contractuel, qui ne ressort même pas de ce qu'on range habituellement dans la catégorie des « modes alternatifs de règlement des litiges ». Ces règlements purement contractuels de la difficulté constituent une sorte de « boîte noire » de l'impayé, dont on connaît certes l'existence, mais dont il est impossible de connaître l'importance quantitative, ni le contenu précis. On peut seulement supposer qu'une proportion de plus en plus importante d'incidents de paiement se dénouent par ces modes de règlement contractuel. Ces règlements contractuels interviennent évidemment dans un contexte de très forte inégalité entre les parties, le créancier (et notamment l'établissement de crédit) étant en mesure d'imposer ses conditions au débiteur sous la menace (par principe légitime) d'exercer contre lui les voies de droit tendant au recouvrement de la créance. On peut penser que le débiteur préférera souvent accepter un accord même difficile à exécuter, et qui l'oblige à faire de gros sacrifices, plutôt que de risquer d'être attiré devant un tribunal, à qui cependant il pourrait demander des délais de paiement – soit sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil, soit sur celui de l'article L 313-12 du Code de la consommation - ou, s'il s'agit d'un particulier, plutôt que de demander l'ouverture d'une procédure de traitement du surendettement qui pourrait conduire à le libérer totalement de sa dette. Or il faut observer que ces accords échapperont en général complètement au contrôle du juge – soit qu'ils soient exécutés volontairement, soit que le créancier en poursuive le recouvrement, le juge ne pouvant pas, dès lors qu'on se situe en dehors du cadre très particulier de la transaction, contrôler l'équilibre d'un accord contractuel.

Section 2- Le développement limité des modes non judiciaires du traitement contentieux

112- Place limitée- D'une manière générale, les entretiens que nous avons eus avec différents acteurs du monde bancaire ont révélé le peu de place qui est faite pour le règlement des impayés aux « modes alternatifs de règlement des litiges ». S'il a beaucoup été question, dans ces entretiens, de négociation ou de renégociation, de réaménagement des prêts, les notions de

¹²⁵ Cass civ1 7 novembre 2006 : pourvoi n° 04-20322, inédit

transaction, de médiation, de conciliation ne semblent guère correspondre aux pratiques en la matière. Une fois que le dossier est passé au service contentieux, il trouvera normalement son dénouement dans une action en justice. Il arrive cependant qu'à ce stade, les banques recourent à de véritables transactions, souvent lorsque les deux parties ont déjà un avocat¹²⁶. Un de nos interlocuteurs nous a alors indiqué que, dans un tel cas, la banque recourait systématiquement à l'homologation de la transaction¹²⁷, tandis que, pour un autre, cette homologation n'était jamais demandée, du moins pour les crédits aux particuliers¹²⁸. Bien entendu, on ne peut tirer de ces entretiens – qui reflètent plus les opinions que les acteurs ont sur la pratique de leur établissement que la réalité de ces pratiques – aucune information objective sur l'utilisation par les banques de l'outil « transaction » pour régler les litiges en matière d'impayé. Nous ne pouvons ici que faire état de notre propre sentiment, selon lequel, lorsque la situation d'impayé se règle « à l'amiable », ce n'est pas principalement par la voie d'une véritable transaction, passée dans la phase contentieuse des relations entre la banque et son client, mais dans une phase antérieure, précontentieuse, où ce règlement amiable prend la forme d'un réaménagement contractuel de la dette ou du contrat de crédit. Cependant, seule une observation empirique menée sur une certaine durée, au sein d'un ou de plusieurs établissements de crédit qui ouvriraient leurs dossiers et laisseraient travailler un chercheur, permettraient de démêler exactement la part qu'occupe dans le règlement des situations d'impayé les règlements précontentieux de type purement contractuel et les modes alternatifs de règlement des litiges. Il est en revanche possible d'exclure de manière quasi-certaine deux modes alternatifs qui ne sont pratiquement jamais utilisés en matière d'impayé : la médiation et l'arbitrage.

§ 1- Le faible rôle de la médiation bancaire

113- institutionnalisation de la médiation bancaire – La médiation peut être définie, d'une manière générale, comme un processus non juridictionnel de règlement des litiges faisant intervenir un tiers qui a la mission de tenter de parvenir à un accord entre les parties. A côté de la médiation judiciaire organisée par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 (art 131-1 et suivants du Code de procédure civile), il est toujours possible aux parties d'organiser une médiation conventionnelle qui, en l'absence de cadre législatif spécifique, se distingue

¹²⁶ Voir les entretiens 6 et 9

¹²⁷ Entretien 9

¹²⁸ Entretien 6

malaisément de la conciliation¹²⁹. Dans le secteur bancaire, la médiation conventionnelle est spécialement organisée par la loi : officialisant des initiatives prises antérieurement par certaines grandes banques qui avaient déjà mis en place un système de médiation (Société Générale, Crédit Lyonnais dès 1996), l'article L 312-1-3 du Code monétaire et financier, issu de la loi MURCEF (mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) du 11 décembre 2001 a imposé à tous les établissements de crédit de désigner « *un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges relatifs aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II* »¹³⁰. Pour justifier le dispositif, les travaux préparatoires de la loi MURCEF ont mis en avant les avantages supposés de la médiation, aussi bien pour le client que pour les établissements de crédits. « Pour le client, le bénéficiaire peut être d'éviter les lenteurs et les frais d'un contentieux judiciaire. Pour les banques, le système permet de centraliser et d'avoir une vision d'ensemble des litiges rencontrés par les clients, et de procéder à l'élaboration de solutions plus rapides et d'application plus générale que celles qui peuvent être établies par la jurisprudence »¹³¹.

Le dispositif mis en place est le suivant. Le médiateur est saisi, soit par le client lui-même soit par une association de consommateurs lorsque le client a épuisé les voies de recours internes à la banque. Il statue dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, laquelle suspend la prescription pendant ce délai. Cette saisine facultative est gratuite, et s'effectue dans la pratique par écrit. Le médiateur statue en droit ou en équité, et sa responsabilité ne peut en général être engagée qu'en cas de faute lourde. Conformément à la loi, le médiateur est chargé de recommander des solutions aux litiges dont il est saisi, ce qui signifie qu'en principe, les parties ne sont pas tenues de se conformer à sa solution. Mais il faut se référer aux chartes de médiation des différentes banques pour savoir quelle issue elles réservent à la recommandation du médiateur¹³². Certaines banques s'engagent en effet par avance à se conformer à la position du médiateur (c'est le cas par exemple pour la BNP ou pour la Société générale), tandis que d'autres banques (Crédit agricole, Crédit Lyonnais...) rappellent que l'avis du médiateur ne lie pas les parties. Dans tous les cas, le client reste libre quant à lui de ne pas signer la transaction avec la banque et de saisir le juge si la recommandation du médiateur ne lui convient pas.

¹²⁹ Pour une tentative de distinction voir C. De Lajarte, La médiation conventionnelle en droit privé français, thèse Aix 2007

¹³⁰ Rédaction issue de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008

¹³¹ Bricq, rapport Assemblée nationale n° 3028, Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, p. 47.

¹³² Ces chartes sont généralement accessibles sur les sites internet des différentes banques

Le système a été modifié à plusieurs reprises. On signalera notamment, outre l'extension du champ d'application dont il va être question, qu'en 2003, la Fédération bancaire française a proposé à ses adhérents dans une charte la mise en place d'un service de médiation « pour compte commun » auquel les établissements peuvent avoir recours au lieu de mettre en place un service de médiation qui leur soit propre. L'Association française des sociétés financières a fait de même.

114- Champ d'application légal de la médiation bancaire - Quelle que soit l'importance de ce dispositif, on peut savoir avec certitude qu'il n'a eu qu'une incidence très limitée sur le contentieux de l'impayé. D'abord parce que, même si certaines banques avaient, comme on l'a dit, mis en place un mécanisme de médiation dès la moitié des années 1990, le système n'a été institutionnalisé qu'en 2001¹³³, c'est-à-dire bien après que le phénomène de baisse du contentieux de l'impayé ne se soit manifesté. Ensuite et surtout parce que le mécanisme mis en place ne concernait pas, au départ tout au moins, les litiges liés à l'impayé : à l'origine, les litiges pour lesquels le médiateur pouvait recommander des solutions étaient ceux relatifs à l'application par les établissements de crédit des obligations visées aux I des articles L. 312-1-1 et L. 312-1-2. Il s'agissait de litiges portant sur la conclusion de la convention de compte de dépôt, mais également sur son contenu qui se réfère à l'ouverture, à la clôture et au fonctionnement du compte ainsi qu'aux services et moyens de paiement qui y sont attachés (chéquier, carte bancaire...). Le médiateur était par exemple compétent en cas de blocage d'une carte bancaire, d'opérations débitées sur le compte avant opposition sur une carte volée, de dépassement d'une facilité de caisse, de cessation sans préavis de l'autorisation de découvert accordée, de pénalités libératoires sur rejet de chèque, de retraits DAB contestés, de modalités d'éditions de relevés de compte, de contestation de la tarification bancaire... La médiation concernait aussi les litiges liés à l'interdiction des ventes avec primes et des ventes ou de prestations de service liées, c'est-à-dire les packages bancaires. La médiation ne concernait donc pas, légalement, l'ensemble des litiges survenant entre une banque et son client. Son domaine d'application a cependant été considérablement étendu par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 puisque désormais le médiateur peut être saisi pour tous les litiges relevant du titre I du Livre III du Code monétaire et financier, ce qui inclut en particulier les litiges relatifs au crédit. Mais cette extension récente n'a évidemment pas pu avoir

¹³³ Le texte n'est entré en vigueur sur ce point que le 12 décembre 2002

d'incidence sur le phénomène qui nous occupe. Elle est cependant intéressante à signaler parce qu'elle prend le relais de certaines pratiques antérieures.

115- Extension volontaire du champ d'application de la médiation - Dès avant la réforme de 2008, les établissements de crédit pouvaient aller au-delà de la loi et étendre le domaine d'intervention du médiateur. Et on connaît particulièrement bien la pratique des établissements de crédit à cet égard par les rapports annuels du Comité de la médiation bancaire, organisme institué(s) par la loi de 2001 pour contrôler la mise en place du processus et surveiller l'activité des médiateurs¹³⁴. On apprend ainsi que, dès 2003 – c'est-à-dire la première année d'application du dispositif légal, 50% environ des établissements de crédit avaient étendu la compétence du médiateur en dehors du champ délimité par la loi, en 2004 ils étaient 44%, en 2005 48%...¹³⁵. C'est ainsi par exemple qu'à la Société Générale, le médiateur était d'ores et déjà compétent avant 2008 pour tous les litiges portant sur les produits et services proposés à la clientèle de cette banque, sauf ceux dont la solution négociée serait contraire à la loi, ceux mettant en jeu la politique générale de la banque (par exemple taux d'intérêt sur prêt ou crédit, décision de refus de crédit, tarification de crédit) ou ceux concernant les performances de produits liées aux évolutions générales des marchés. On notera en revanche que la charte du service de la médiation de la Fédération bancaire française avait expressément exclu que les litiges relatifs aux opérations de crédit puissent être portés devant le médiateur « pour compte commun ». Il est intéressant d'observer que, dans les cas où le champ de compétence des médiateurs n'était pas étendu, le fait que le litige concerne une opération de crédit constituait dans les premières années le motif d'irrecevabilité le plus fréquemment retenu par les médiateurs des différents établissements : le Comité de la médiation bancaire recense en 2003 474 cas d'irrecevabilité fondés sur ce motif (sur 2001 dossiers déclarés irrecevables), 690 soit 6,5% des motifs d'irrecevabilité déclarés en 2004, 614 en 2005, soit 4,7% des motifs d'irrecevabilité déclarés. En revanche, sur les dossiers effectivement traités, ceux relatifs aux opérations de crédit ne représentaient qu'une faible part : 233 sur 3522 en 1988, 388 sur 3905 en 2004, 266 soit 4,7% des dossiers traités en 2005... On ne sait pas du reste ce que recouvrent ces litiges relatifs aux opérations de crédit : il peut s'agir tout aussi bien de litiges relatifs à la conclusion du contrat de crédit (le client soutenant par exemple que toutes les formalités n'ont pas été respectées) aux conditions du crédit accordés (taux d'intérêt), aux clauses de remboursement anticipé que de litiges liés

¹³⁴ Ces rapports sont accessibles sur le site Internet de la Banque de France

¹³⁵ Il ne nous paraît pas nécessaire d'aller plus loin compte tenu du champ chronologique de l'étude

au non remboursement du crédit (que certains de nos interlocuteurs nous ont assuré n'être jamais traités par la voie de la médiation). Le lien avec l'évolution du contentieux de l'impayé paraît donc très peu probable, d'autant plus que, pendant ces mêmes années où commence à se développer le processus de médiation bancaire, le contentieux de l'impayé bancaire apparaît en voie de stabilisation, voire de légère augmentation devant les tribunaux de grande instance, et augmente nettement devant les tribunaux d'instance (voir les tableaux en **annexe 5** : évolutions spécifiques du contentieux de l'impayé bancaire).

§ 2- L'absence de recours à l'arbitrage

116- Manque d'intérêt de l'arbitrage - Mode de règlement privilégié des litiges commerciaux, et spécialement des litiges internationaux, l'arbitrage n'est pas, en général, utilisé par les banques dans les relations avec leur clientèle. Même si on sait bien que la jurisprudence de la Cour de cassation n'est que « l'ombre portée du contentieux », pour reprendre l'expression de P. Jestaz¹³⁶, et qu'elle en est une ombre singulièrement déformée¹³⁷, on peut se faire une idée du peu d'appétence du monde bancaire pour ce mode juridictionnel mais non judiciaire de règlement des litiges, en consultant, sur la base Légifrance les décisions rendues par la Cour de cassation en matière d'arbitrage depuis 1963, on n'en trouve aucune qui soit née à propos d'une affaire où une banque aurait passé une convention d'arbitrage avec un client, du moins dans des relations de droit interne¹³⁸. Les seuls cas (soumis à la Cour de cassation) où une banque a pu à son corps défendant - être amenée à agir devant une juridiction arbitrale pour obtenir une condamnation à payer une somme d'argent sont ceux où elle se trouve impliquée en tant que tiers dans l'exécution d'une relation commerciale assortie d'une clause compromissoire. Il en va ainsi, notamment, lorsque la clause a été convenue dans le cadre d'un contrat ayant fait naître une créance ultérieurement cédée à cette banque. Dans un tel cas, en effet, la Cour de cassation juge que la clause d'arbitrage est « transmise » en même temps que la créance née du contrat¹³⁹. On comprend

¹³⁶ P. Jestaz, la jurisprudence, ombre portée du contentieux, D 1989, p 148

¹³⁷ Ce qu'ont établi les travaux d'E. Serverin- De cet auteur voir notamment La jurisprudence en droit privé, PUL 1985

¹³⁸ Recherche effectuée sur la base Legifrance à partir du croisement des termes « arbitrage » ou « clause compromissoire » et « banque ». La recherche donne 71 arrêts qui s'échelonnent de 1963 à 2008. Dans la plupart de ces arrêts, cependant, c'est d'arbitrage boursier qu'il est question. Les seuls cas où une banque recourt à l'arbitrage concernent soit de gros litiges internationaux (3 arrêts), soit des relations entre deux banques à l'occasion de prises de contrôle.

¹³⁹ Cass civ1 5 janvier 1999 : pourvoi n° 96-20202, Bull 1999 n° 1 ; voir aussi pour une banque caution d'une garantie de passif née d'un contrat de cession d'actions contenant une clause compromissoire : Cass civ1 11 juillet 2006 : pourvoi n° 03-11983

bien que, hors ces hypothèses où ils y sont indirectement mêlés, les établissements de crédit n'aient aucun intérêt à recourir à l'arbitrage pour régler les litiges nés des défauts de paiement de leurs clients : l'essentiel, dans un tel cas est, si on ne peut pas aboutir à un règlement « amiable », d'obtenir au plus vite un titre exécutoire. Or le propre – et la faiblesse principale – de l'arbitrage est que la sentence, tout en ayant autorité de chose jugée, n'a pas de force exécutoire puisqu'elle émane d'un juge privé. Il est donc clair que, si on assiste à une déjudiciarisation du traitement de l'impayé, elle ne passe pas par le recours à un mode juridictionnel à l'évidence moins avantageux que le circuit normal de règlement par un juge étatique. Les mêmes arguments valent du reste pour tous les créanciers, et pas seulement pour les établissements de crédit. La déjudiciarisation est ici clairement synonyme de déjuridictionnalisation.

On l'observe peut-être plus encore lorsque la gestion de l'impayé, au lieu d'être assurée en interne dans les relations entre le créancier et son client, est confiée à un tiers. Cette externalisation de la gestion de l'impayé constituera le dernier point abordé dans cette étude.

TITRE II- L'EXTERNALISATION CROISSANTE DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE

117- Coïncidence temporelle – Au lieu de procéder par lui-même au recouvrement de ses créances, le créancier peut en charger un tiers par différentes techniques juridiques. Le recensement de ces différentes techniques, et des intervenants qui les mettent en œuvre fait apparaître un extraordinaire développement de cette externalisation depuis une vingtaine d'années, développement qui coïncide exactement, sur le plan temporel, avec la baisse observée du contentieux de l'impayé. Même si, comme sur tous les points abordés dans ce rapport, il est difficile d'apporter la preuve formelle d'un lien de cause à effet entre les deux phénomènes, tout permet de penser que cette concomitance n'est sans doute pas le fruit du hasard, Il est en effet avéré que dans les divers cas d'externalisation, les tiers chargés du recouvrement mettront en œuvre des pratiques qui privilégient le recouvrement non judiciaire.

118- Différents types d'externalisation - On peut distinguer différents types d'externalisation du recouvrement des créances, selon la position juridique qu'occupe le tiers chargé du recouvrement, et selon le moment auquel il intervient, les deux éléments étant

susceptibles de combinaisons multiples. La distinction essentielle nous semble être liée au moment d'intervention du tiers dans le processus de recouvrement. Dans une première série de cas, l'externalisation concerne uniquement la **gestion de l'impayé** : le tiers assure seulement le recouvrement si le créancier ne réussit pas à se faire payer volontairement par son débiteur, l'intervention du tiers pouvant être déclenchée par un simple incident de paiement ou, à l'autre extrême, être subordonnée à l'insolvabilité avérée du débiteur. Les sociétés de recouvrement de créances, dont le développement a été considérable au cours des vingt dernières années, s'inscrivent dans ce premier schéma. Juridiquement, la position du tiers chargé du recouvrement est – dans le cas des sociétés de recouvrement en particulier – le plus souvent celle d'un mandataire qui recouvre pour le compte du créancier et qui n'assume pas le risque d'un non paiement définitif. Mais, dans ce premier contexte de gestion de l'impayé, il existe aussi des cas – assez hétérogènes - où le tiers acquiert la propriété de la créance impayée et supporte définitivement la charge de l'impayé. Ce transfert de créance devient la règle lorsque le tiers est chargé, avant tout incident de paiement, de la **gestion de la créance** pas encore litigieuse. A la différence des cas précédents, ce type d'externalisation suppose en général que le tiers acquière dès le début la propriété de la créance, sauf à la retransférer ultérieurement au créancier originaire s'il ne prend pas à sa charge le risque du non paiement définitif. Ces différents mécanismes d'externalisation ont connu ces dernières années un développement parallèle, et ils sont assez fréquemment proposés par une même entreprise ou un même groupe d'entreprises. Par exemple, la COFACE, qui est un des plus anciens intervenants sur ce secteur, se présente aujourd'hui comme une entreprise qui offre à la fois des formules d'assurance-crédit (son domaine traditionnel d'activité), d'affacturage, et de recouvrement de créances¹⁴⁰ . De même Euler Hermès propose à la fois des solutions d'assurance-crédit et de recouvrement de créances¹⁴¹. La FIGEC, qui est la fédération qui regroupe en France les plus importantes sociétés de recouvrement de créances a étendu en 2008 son domaine d'activité aux métiers de l'acquisition de créances¹⁴². Il faut néanmoins présenter ces différents mécanismes de manière séparée, ne serait-ce que parce que leur incidence sur le contentieux de l'impayé n'est pas nécessairement la même. On traitera donc d'abord ici de l'externalisation de la gestion de l'impayé (CHAPITRE I) puis de celle de la gestion des créances (CHAPITRE II).

¹⁴⁰ Voir la présentation des différentes formules sur le site de la COFACE : <http://www.cofaceservices.fr/>

¹⁴¹ Voir : <http://www.eulerhermes.com/france>

¹⁴² Voir le site de la FIGEC : www.figec.com

CHAPITRE I- L'EXTERNALISATION DE LA GESTION DE L'IMPAYE

119- Distinction - Plusieurs techniques peuvent être utilisées pour faire gérer par un tiers la situation d'impayé une fois qu'elle s'est réalisée. Leur incidence sur le contentieux de l'impayé semble être assez différente selon que le tiers est seulement chargé du recouvrement des créances faisant l'objet d'un incident de paiement ou qu'il assure de manière définitive la charge du risque d'impayé – même si le passage d'une technique à l'autre peut se faire assez facilement.

Section 1- Externalisation sans transfert de la charge du risque de l'impayé

120- Recouvrement de créances- Dans la plupart des cas, le créancier qui confie à un tiers le recouvrement de sa ou de ses créances le fait par un simple mandat, qui ne transfère pas la charge au tiers du risque de l'impayé définitif : si, au bout d'un certain temps, le tiers n'a pas réussi à faire payer le débiteur, la gestion de la créance reviendra au créancier, qui supportera le risque d'insolvabilité de son débiteur. C'est cette technique du mandat qui est utilisée, dans presque tous les cas, par les sociétés de recouvrement de créances, qui constituent aujourd'hui en France un marché florissant, et dont le développement a sans aucun doute eu une influence déterminante sur le traitement des impayés, aussi bien dans le secteur bancaire que dans celui des entreprises commerciales. Dans l'optique de notre recherche, il est apparu important de mettre en relation l'évolution du marché du recouvrement avec l'évolution du contentieux de l'impayé (§1), avant d'essayer de comprendre comment les pratiques des sociétés de recouvrement ont pu avoir une influence sur ce contentieux (§2).

§1- Le marché du recouvrement

121- Structures - Il existerait en France actuellement près de 900 sociétés de recouvrement de créances : c'est du moins ce que donne un comptage rapide effectué sur un annuaire web qui les recense¹⁴³. Un certain nombre sont regroupées au sein de deux organisations professionnelles représentatives. La plus importante est de loin la FIGEC (Fédération nationale de l'information d'entreprise et de la gestion des créances) créée en 1992, qui

¹⁴³ Source : L'annuaire du recouvrement <http://www.recouvrement.org/>

comporte actuellement 22 adhérents de taille généralement importante. On retrouve parmi ces membres la plupart des grandes sociétés également présentes sur le marché de l'affacturage, de l'assurance-crédit (Euler Hermès, COFACE), du rachat de créances ou de l'information d'entreprise (Altares). Les sociétés adhérentes à la FIGEC représentent, à elles seules, selon les chiffres donnés par cette fédération, 70 à 80% du marché du recouvrement. Elles emploient directement près de 3000 personnes, traitent un volume d'affaires de 240 millions d'euros et, via le traitement d'un encours de 5 millions de dossiers permettent le recouvrement de 2 milliards d'euros chaque année¹⁴⁴. Pour donner un exemple, EFFICO déclare avoir traité, au cours de l'année 2007, 2 210 000 nouvelles créances et encaissé 180 millions d'euros pour le compte de ses clients¹⁴⁵. Beaucoup plus modeste, l'ANCR (Association Nationale des Cabinets de Recouvrement) représente les petits cabinets. Elle comprenait 83 membres actifs en 2004. Ces différentes sociétés se prévalent d'une clientèle très diversifiée, qui va des particuliers pour les plus petits cabinets aux entreprises commerciales de tous secteurs et de toutes tailles, en passant par les établissements bancaires eux-mêmes. Nos interlocuteurs dans ce secteur sont restés relativement discrets sur le recours à ce mode de recouvrement, assurant n'y recourir que très occasionnellement pour des créances particulièrement difficiles à recouvrer. Cependant les sociétés de recouvrement, de leur côté, proclament très souvent avoir des établissements de crédit parmi leur clientèle. Ainsi FILACTION, qui est une société de recouvrement filiale du Crédit Mutuel, revendique parmi ses clients, non seulement cette banque, mais aussi la Banque populaire, au même titre que des entreprises aussi différentes que France Telecom, la Compagnie générale des eaux, le GAN, Yves Rocher, Nantes Métropole Développement¹⁴⁶. France Créances met en avant « des références qui confirment la notoriété » : des PME-PMI de tous les secteurs d'activité... des clients « Grands Comptes » industriels et commerciaux tels que Le Groupe CASINO, LAHO EQUIPEMENTS, ARNAUD-BIZAC, Editions MILAN, etc...et des Organismes bancaires, financiers, d'assurances parmi lesquels Le CREDIT AGRICOLE, BARCLAYCARD, EGG, GMF, etc... France Créances¹⁴⁷.

122- Développement - De manière très significative, on observe une coïncidence frappante, d'un point de vue chronologique, entre le développement des sociétés de recouvrement de créances et la baisse du contentieux de l'impayé. Il est clair que ce type d'activités est ancien :

¹⁴⁴ <http://www.figec.com/>

¹⁴⁵ <http://www.fficio.fr/>

¹⁴⁶ <http://www.filaction.fr/>

¹⁴⁷ http://www.france-creances.com/info/recouvrement_de_creances.php

ainsi le groupe Pouey, qui semble être la plus ancienne société de recouvrement en France, a été créé en 1884. Mais le marché a commencé à se développer autour des années 1970, et la fin des années 1980 et le début des années 1990 sont marqués par une véritable explosion : on évaluait approximativement le nombre de cabinets de recouvrement à un demi millier en 1991, entre 1 200 et 2 000 en 1993, à 3 000 en 1994 et à 4000 en 1995¹⁴⁸. Nous avons fait, à partir des renseignements que ces sociétés communiquent elles mêmes sur leur histoire sur leurs sites Web, un recensement de l'historique des principales sociétés de recouvrement actuellement présentes sur le marché. On ne peut qu'être frappé par le nombre de sociétés qui ont été créées ou restructurées à cette période. On note ainsi que Bédé SA est née en 1986 ; Contentia est créé en 1995 par le groupe 3 suisses pour faire face aux impayés du groupe, elle étend ses activités à d'autres clients en 1997, ODC Consultant est créée en 1990¹⁴⁹, AMR (agence de maîtrise des risques) remonte à 1992¹⁵⁰ EFFICO, membre du groupe BNP Paribas, revendique une expertise de 22 années (soit depuis 1987)¹⁵¹, CREDIREC date de 1993¹⁵² SOGEDI de 1994¹⁵³, Intrum Justitia, société suédoise de recouvrement, s'implante en France en 1997, par l'acquisition de Eureco et de GRC. La COFACE (Compagnie française d'assurance au commerce extérieur), entreprise publique créée en 1946, et à l'origine exclusivement tournée vers l'assurance-crédit, s'implante sur le marché du recouvrement en 1988¹⁵⁴... On peut supposer que cette explosion est liée au pic de contentieux de la fin des années 1980, qui fait naître le besoin d'un recours à des intermédiaires spécialisés. Apparemment avec succès, puisque, on le sait, les années 1994-1995 marquent précisément le début de la décrue du contentieux. C'est vers la même période que se créent, sous leur forme actuelle, les deux groupements professionnels qui regroupent aujourd'hui les principales sociétés de recouvrement en 1992, l'ANCR, créé en 1980 sous forme associative et qui devient syndicat professionnel également en 1992. Et il est du reste significatif que c'est à cette période que les pouvoirs publics décident d'intervenir pour réglementer – d'une manière à vrai dire très légère – les activités des sociétés de recouvrement : c'est l'objet du décret n° 96-1112 du 18 décembre 1996 « *portant réglementation de l'activité des personnes procédant au recouvrement amiable des créances pour le compte d'autrui* » pris en application de la loi de 1991 sur les procédures civiles d'exécution. Depuis les années 1990, la

¹⁴⁸ <http://cerefia.eco.univ-rennes1.fr/cerefia/dossiers/Prof/CredMan/pdf/14recouvrement.pdf>

¹⁴⁹ <http://www.odc.fr/>

¹⁵⁰ <http://www.amr-france.com/historique.php>

¹⁵¹ <http://www.fficio.fr/>

¹⁵² <http://www.credirec.com/index.php>

¹⁵³ référence SOGEDI

¹⁵⁴ Pour l'historique de la COFACE voir : <http://www.coface.fr>

tendance a été plutôt au regroupement : l'ANCR ne comprend plus que 83 membres actifs en 2004, contre 180 au début des années quatre-vingt dix.

§2- Pratiques des sociétés de recouvrement

123- Primauté du recouvrement « amiable » – La présentation que les sociétés de recouvrement font elles-mêmes de leur activité met clairement l'accent sur le recouvrement « amiable », systématiquement valorisé au détriment du recouvrement judiciaire, présenté comme un pis-aller, une solution de dernier recours, plus aléatoire et plus coûteuse. « *En privilégiant la phase amiable, moins coûteuse, proclame ainsi le groupe Escient, nous assurons un recouvrement au juste prix. Nos honoraires calqués sur nos résultats vous assurent notre persévérance et notre efficacité* »¹⁵⁵. L'association Concilium, qui regroupe un grand nombre de petites sociétés de recouvrement, se donne comme priorité de « *n'engager la procédure judiciaire que lorsque toutes les interventions amiables se sont avérées vaines* »¹⁵⁶. On peut aisément le comprendre dès lors que, si on en arrive à la phase judiciaire, la société de recouvrement ne peut plus agir seule : elle doit nécessairement passer par un avocat (chaque fois que la représentation est obligatoire) ou par un huissier (pour l'exécution). L'apport des sociétés de recouvrement est alors limité : il consiste pour ces sociétés à entretenir un réseau de correspondants avocats et huissiers dont elles prétendent surveiller et contrôler l'activité et avec lesquels elles passent des conventions d'honoraires censées assurer au client une maîtrise des coûts. C'est donc sur le recouvrement amiable que ces sociétés vont concentrer tous leurs efforts, en déployant toute une palette de techniques destinées à amener les débiteurs à payer « volontairement », éventuellement au prix de l'octroi de délais. Au sein de ce recouvrement « amiable », plusieurs entreprises distinguent ce qu'elles appellent le « précontentieux » et le recouvrement amiable stricto sensu, la limite entre les deux phases pouvant apparaître assez imprécise, et étant assez différente d'une entreprise à l'autre. Dans la plupart des cas le « précontentieux » (ou « pré-recouvrement ») désigne un certain nombre d'instruments qui sont mis à disposition du créancier lui-même pour relancer son débiteur défaillant d'une manière censée être plus impressionnante que celle qui résulterait d'une relance ordinaire: modèles de lettres de relance plus ou moins fermes, allant jusqu'à la lettre

¹⁵⁵ <http://www.escient.fr/>

¹⁵⁶ <http://www.concilium-recouvrement.com/conciliumplus.html>

de mise en demeure, avec en-tête de la société de recouvrement¹⁵⁷, stickers à coller sur les lettres à en-tête du créancier¹⁵⁸. Le recouvrement amiable consiste quant à lui dans diverses démarches effectuées par la société de recouvrement mandataire pour faire pression sur le débiteur, selon une gradation qui se retrouve à peu près partout de la même manière: lettres plus ou moins comminatoires, relances téléphoniques, visites domiciliaires etc. Ces différents services sont évidemment facturés à l'utilisateur. En général, les sociétés ne se rémunèrent que sur les seules sommes recouvrées, en en retenant un certain pourcentage (les taux de commissions pratiqués par la profession oscillent entre 15 et 20 % en moyenne). Quelques cabinets proposent comme mode de rémunération des forfaits incluant tous les frais occasionnés.

124- Incidence possible sur le contentieux de l'impayé - L'efficacité de ces procédés, par rapport aux relances qu'effectuerait le créancier lui-même, paraît tenir à deux facteurs, que les sociétés de recouvrement mettent volontiers en évidence dans leurs arguments publicitaires. D'une part, la société de recouvrement est un professionnel du recouvrement, qui ne fait que cela, alors que le créancier doit, lui, se consacrer principalement à son activité commerciale de production ou de distribution : elle peut donc assurer un suivi plus systématique des dossiers et mettre en oeuvre un savoir-faire spécifique dans les relations avec les débiteurs. COFACE Services met ainsi en avant les difficultés des tâches de recouvrement pour l'entreprise non spécialiste : *« La relance d'une multitude de petites créances civiles est un travail fastidieux pour une société dont ce n'est pas le métier. Les investissements matériels sont lourds et les moyens humains nécessaires sont considérables, tant en terme de formation qu'en terme de temps de travail. Coface Services, vous propose donc de se charger de cette gestion, en relançant et en suivant vos clients et leurs règlements »*. France Créances met quant à lui l'accent sur le savoir-faire du spécialiste : *« Une intervention immédiate de recouvrement amiable assurée par des gestionnaires spécialisés en recouvrement de créances qui tiennent compte de l'ancienneté de la créance, du montant dû, etc... Les gestionnaires connaissent "toutes les ficelles du métier de recouvrement de créances" et les "excuses" avancées par les débiteurs... Le recouvrement amiable fait appel tant au Droit qu'à la psychologie »*. Bédé SA présente ainsi de même les avantages du « télérecouvrement » *« Nos équipes spécialement*

¹⁵⁷ Voir les deux modèles proposés sur le site de ODC consultants (lettre de relance simple sur papier rouge à en-tête d'ODC, lettre de mise en demeure sur papier rouge à en-tête d'ODC) : <http://www.odc.fr/>

¹⁵⁸ Voir par exemple le 'patch de paiement' proposé par France Créances : http://www.france-creances.com/info/recouvrement_de_creances.php

formées et dédiées à votre entreprise réalisent quotidiennement, dans un strict respect de confidentialité et de professionnalisme, plusieurs milliers d'appels. Une démarche identique à la votre avec le poids d'un centre d'appels spécialisé. Systématisée selon une fréquence pré-définie, cette action est très efficace. Les techniques de communication (présentation, changement d'interlocuteurs ...) et les argumentaires font l'objet d'un processus de validation en commun ». D'autre part, les débiteurs sont censés être plus impressionnés lorsque les relances émanent d'un tiers avec lequel il n'est pas en relation commerciale. « *L'impact psychologique de (notre) intervention est plus fort qu'une lettre de relance émanant directement du créancier. Elle rappelle efficacement au mauvais payeur son obligation contractuelle de paiement. Notre action témoigne ainsi de votre volonté d'aller jusqu'au bout du recouvrement* » déclare ainsi Escient¹⁵⁹. « *Le changement d'interlocuteur, affirme de même le Comptoir fiduciaire, crée souvent la surprise, déclenche des réactions positives, provoquant ainsi plus aisément le paiement* ». Il est naturellement assez difficile de savoir dans quelle mesure ces avantages sont effectivement atteints. On ne dispose que des chiffres avancés par les sociétés de recouvrement elles-mêmes pour attirer leur clientèle, mais celles-ci restent en général assez discrètes sur leurs résultats, réservant souvent la communication de leurs statistiques à leur clientèle. On ne peut guère citer que EFFICO, société de recouvrement de BNP Paribas, qui annonce, pour les créances commerciales, un taux de succès moyen de 50% ; sur les créances effectivement recouvrées, 80% le seraient à l'amiable, dans un délai moyen de 45 jours¹⁶⁰. La représentante de la FIGEC que nous avons rencontrée ne disposait pas de statistiques émanant des différentes sociétés adhérentes, mais elle a de même estimé que le recouvrement amiable représentait 80% de l'activité de ces sociétés, et même 95% en ce qui concerne le recouvrement des créances des entreprises¹⁶¹. Même si ces chiffres sont évidemment à prendre avec la plus grande prudence, les différents éléments rassemblés ici permettent de supposer que l'intervention croissante des sociétés de recouvrement a contribué, parmi d'autres facteurs, à la déjudiciarisation du contentieux de l'impayé en privilégiant les cas de recouvrement amiable des créances.

125- Dangers – Le phénomène n'est sans doute pas sans dangers si on considère que l'amiable dont il est ici question procède le plus souvent, non de négociations équilibrées entre la société mandataire du créancier et le débiteur, mais d'une relation fortement

¹⁵⁹ <http://www.escient.fr/>

¹⁶⁰ <http://www.effico.fr/>

¹⁶¹ Entretien 12

inégalitaire qui repose sur la pression, voire sur l'intimidation exercée par la première sur le second, hors de tout regard d'un tiers impartial et notamment d'un juge. On peut craindre que, dans un certain nombre de cas, le débiteur accepte de payer des sommes qui ne sont pas dues ou qui ne sont dues qu'en partie, ou accepte de payer immédiatement des sommes pour lesquelles il pourrait, s'il allait devant le juge, obtenir des délais. Le risque paraît particulièrement important lorsque le débiteur est un particulier, et les associations de consommateurs ont marqué depuis longtemps leurs craintes face à ce type de recouvrement. Le décret de 1996 n'a constitué qu'une réponse très limitée à ces craintes, car il semble avoir été conçu plus pour protéger le créancier dans le cadre de sa relation contractuelle (il est vrai très inégalitaire elle aussi) avec la société de recouvrement¹⁶² que pour protéger les débiteurs exposés à des actions de recouvrement trop invasives, pour ne pas dire abusives. L'essentiel des dispositions protectrices du débiteur tiennent dans les 4 et 5 du décret. Le premier indique un certain nombre de mentions obligatoires devant figurer dans le courrier que la société de recouvrement doit adresser au débiteur, à savoir notamment le fondement et le montant de la somme due en principal, intérêts et autres accessoires, en distinguant les différents éléments de la dette. Cette lettre doit également reproduire le troisième alinéa de la loi du 9 juillet 1991 selon lequel « *Sauf s'ils concernent un acte dont l'accomplissement est prescrit par la loi, les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier. Toute stipulation contraire est réputée non écrite* ». L'article 5 impose quant à lui qu'une quittance soit remise au débiteur pour tout paiement. Mais on remarquera que le texte ne régleme absolument pas les différentes démarches que les sociétés de recouvrement peuvent pratiquer auprès des débiteurs, notamment les relances téléphoniques et les visites domiciliaires, dont on peut craindre qu'elles ne génèrent beaucoup d'abus.

Pour tenter d'éviter ces abus et remédier à la mauvaise image de marque qu'elles ont souvent dans le public, les deux groupements de sociétés de recouvrement ont élaboré des chartes déontologiques, évidemment sans valeur normative, qui posent un certain nombre de règles de bonne conduite notamment dans les relations avec les débiteurs. C'est ainsi que la FIGEC a établi, outre un Code de déontologie (qui est essentiellement consacré aux structures juridiques et financières des sociétés adhérentes) des « principes généraux » fixant notamment les règles à respecter dans les relations avec les débiteurs (Voir Annexe 14) Dans le même

¹⁶² Ce souci se manifeste à travers l'exigence d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de la société, l'exigence d'une convention écrite avec le créancier comportant diverses mentions obligatoires, l'obligation pour la société d'informer le créancier de tout paiement reçu et de toute proposition du débiteur de payer de manière échelonnée, l'obligation de reverser au créancier les sommes perçues dans le mois qui suit leur règlement effectif

ordre d'idées, l'ANCR a adopté une Charte de Déontologie à l'usage de ses adhérents qui garantit : la transparence des transactions ; la protection des intérêts des bénéficiaires ; le respect des débiteurs, des relations contractuelles et des obligations légales et réglementaires ; le professionnalisme des acteurs, la crédibilité de la profession et la représentativité de la profession (Voir annexe 14). Par ailleurs, dans le cas particulier des recouvrements de créances opérés pour le compte des sociétés financières en matière de crédit à la consommation, un accord posant diverses règles déontologiques a été passé le 27 juillet 2004, entre l'Association française des sociétés financières (ASF) et diverses organisations de consommateurs : ADEIC, AFOC, Association Familles Catholiques, CNAFAL, CSF, Familles de France, Familles Rurales, Léo-Lagrange et ORGECO. L'existence de ces différentes règles n'est évidemment pas de nature, en soi, de peser sur le contentieux du crédit à la consommation. Elle témoigne simplement de l'importance prise en France par les sociétés de recouvrement de créances et des difficultés que peut générer le souci des créanciers d'éviter le recours au juge en passant par un recouvrement amiable confié à des sociétés privées.

Section 2- Externalisation avec transfert du risque d'impayé

126- Formes - Le transfert du risque d'impayé sur un autre que le créancier originaire peut être lié à deux formes très différentes d'externalisation des créances, qui sont, d'une part l'acquisition des créances impayées par un tiers, d'autre part l'utilisation de l'assurance.

A- L'acquisition des créances impayées

127- Rachat de créances à la demande du créancier impayé– Le créancier, qui ne s'est pas assuré par avance contre le risque d'impayé, peut céder ses créances à un organisme spécialisé qui en assurera le recouvrement pour son compte, et qui prendra de ce fait à sa charge le risque définitif d'impayé. Cette formule qui apparaît comme la formule extrême d'externalisation des impayés, semble être de développement récent, elle tend aujourd'hui, dans certains cas à prendre le relais de la formule traditionnelle du mandat de recouvrement

donné à une société de recouvrement de créances¹⁶³. Née dans les pays anglo-saxons, elle semble s'être développée d'abord pour certaines créances bancaires contre des particuliers, que certaines banques cèdent lorsqu'elles apparaissent irrécouvrables, avant d'être étendue aux entreprises commerciales. Selon un article du journal Les Echos publié en 2007, ce marché représentait, à l'époque, moins de 350 millions d'euros, mais le journaliste notait que ce chiffre était sous-estimé, les banques se montrant discrètes sur cette activité. Effectivement, aucun des interlocuteurs que nous avons rencontrés n'y a fait allusion. On découvre cependant que de nombreuses sociétés spécialisées dans la gestion de créances, sous ses diverses formes (affacturation, assurance-crédit, recouvrement de créances), proposent aujourd'hui du rachat de créances. Nous pouvons ici renvoyer aux offres de la COFACE¹⁶⁴, d'EFFICO¹⁶⁵, de Contentia¹⁶⁶ etc, ainsi qu'à celle de Carnot Investissement, société créée en 1993, qui s'est spécialisée depuis dans ce type d'opérations¹⁶⁷. Juridiquement, cette formule ne peut guère utiliser que la voie de la cession de créances ; la technique de la subrogation semble exclue car celui qui paye la créance n'est subrogé que dans la limite de son paiement. Or, bien sûr, les créances impayées – et souvent déjà classées comme irrécouvrables par le créancier – ne sont payées qu'à un prix très bas, qui peut aller de 5% jusqu'à 35% de la valeur nominale¹⁶⁸. Le développement de ce type de pratique redonne dès lors une certaine actualité à la réglementation spécifique de la cession de créances litigieuses dans le Code civil, avec l'institution du « retrait litigieux » de l'article 1699. Il est du reste très significatif que ce mécanisme, qui semblait être devenu une curiosité juridique, ait retrouvé depuis quelques années une certaine vigueur dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Une recherche effectuée sur Legifrance à partir de la référence à l'article 1699 du Code civil fait apparaître 37 arrêts rendus par la Cour de cassation depuis 1966, dont 24 sont postérieurs à 2000. La lecture de ces décisions est en soi très révélatrice de certaines pratiques bancaires d'externalisation complète de la gestion de créances litigieuses¹⁶⁹. Quant à l'incidence que le développement de telles pratiques a pu avoir sur le contentieux de l'impayé, elle est sans doute liée au fait que les cessionnaires de créances sont ici des professionnels du

¹⁶³ Voir : L'externalisation complète gagne du terrain, Les Echos 30 avril 2007 <http://www.lesechos.fr/info/finance/300165777.htm>

¹⁶⁴ http://www.coface.fr/CofacePortal/FR_fr_FR/pages/home/wwd/rm/rachat_creances

¹⁶⁵ http://www.effico.fr/rachat_de_creances#ancr114

¹⁶⁶ <http://www.contentia.fr/b2c/contentia-rachat-creances.asp>

¹⁶⁷ <http://www.carnot-invest.com/>

¹⁶⁸ La lecture de certaines décisions fait apparaître des prix plus faibles : Cass com 29 octobre 2003, pourvoi n° 02-13844, inédit, où la cession en bloc de créances litigieuses avait été faite pour un prix global égal à 0,76% du montant.

¹⁶⁹ Il faut cependant relever que ce renouveau est également dû au développement des fonds communs de créances, auxquels des créances (pas nécessairement litigieuses) sont cédées en bloc pour opérer leur titrisation.

recouvrement qui vont mettre en œuvre toute une batterie de techniques spécifiques pour amener le débiteur à payer. De ce point de vue, la situation n'est sans doute pas très différente de celle qui résulte du recouvrement de créances classique, fondé sur un mandat donné à la société de recouvrement¹⁷⁰, même si on peut penser que la société qui a acheté la créance, et qui opère le recouvrement pour son compte, mettra encore plus de zèle que la société simplement mandataire pour essayer de récupérer les fonds. C'est du reste sur cette considération qu'avait été fondée dans le Code civil la technique du retrait litigieux, destinée à permettre au débiteur de se libérer à bon compte d'un créancier trop agressif. Cependant, il est clair que le recours au rachat de créances impayées par des sociétés spécialisées est trop récent pour avoir exercé une influence notable sur le contentieux de l'impayé au début des années 1990 où le procédé était encore, semble-t-il, peu répandu.

128- Rachat de créances à la demande du débiteur en difficultés – La formule « rachat de créances » est souvent utilisée pour désigner une pratique complètement différente, qui consiste pour un débiteur en difficulté à faire « reprendre » ses crédits par un organisme distinct de son ou de ses prêteurs originaires. L'objectif, pour le débiteur est de remplacer une addition lourde de mensualités à court terme par une mensualité moins lourde, mais à plus long terme¹⁷¹. Cette pratique est également désignée sous le nom de regroupement ou de restructuration de crédits. Habituellement, l'établissement de crédit qui propose le rachat des crédits se charge d'obtenir l'accord des différents établissements prêteurs, qu'on ne peut pas contraindre à accepter un paiement anticipé par un tiers. Elle se charge ensuite de leur règlement, en se faisant éventuellement subroger dans les sûretés que ces établissements ont prises. Les modalités de remboursement de la créance issue du regroupement sont fixées par contrat entre le « repreneur » et l'emprunteur. Il s'agit d'un nouveau contrat de crédit soumis, si l'emprunteur est un particulier, à la réglementation du crédit à la consommation (ou, le cas échéant, à celle du crédit immobilier) du Code de la consommation. Assez fréquemment l'opération est réalisée par l'intermédiaire d'un courtier qui va mettre en contact le client avec l'établissement repreneur et qui va se charger d'obtenir l'accord des prêteurs. Dans la mesure où l'initiative du « rachat » ne vient pas ici du créancier impayé, on peut assez difficilement parler d'externalisation de l'impayé. Cependant, cette pratique doit être évoquée en parallèle avec la précédente forme de rachat de créances, car son impact sur le contentieux de l'impayé

¹⁷⁰ Voir supra n° 122 s

¹⁷¹ Voir Philippin (M), Réduire le « malendettement ». Quelques propositions, Revue d'économie financière, 2008 n° 91 p 31-36

paraît assez évident. Il ne tient sans doute pas, comme dans les autres cas d'externalisation, à des pratiques particulières de recouvrement que mettraient en oeuvre les établissements rachetant les créances des débiteurs en difficulté. Il tient plus directement au regroupement des différentes créances rachetées en une seule : si le débiteur ne réussit pas à tenir son nouvel engagement, cela ne donnera lieu qu'à un seul contentieux, donc éventuellement à une seule demande en paiement, là où, en l'absence de regroupement, il aurait pu en avoir plusieurs. Aussi est-il particulièrement intéressant d'observer que, là encore, le développement de ce type de pratiques est relativement récent et qu'il coïncide dans le temps avec la période de baisse du contentieux. Pendant longtemps, le rachat de crédits n'était pratiqué que par un petit nombre de sociétés, comme le Crédit foncier d'Alsace- Lorraine ou Créatis, mais il s'est considérablement développé depuis le début des années 2000, lorsque les banques généralistes se sont investies dans ce type d'opérations. En 2007, le marché aurait concerné 5 millions de clients particuliers¹⁷². Actuellement, le répertoire de sites Web DMOZ ne propose pas moins de 37 sites d'établissements ou de courtiers spécialisés dans ce type d'activité¹⁷³ ! On se gardera bien naturellement de conclure que ce développement a eu un rôle causal sur la baisse du contentieux de l'impayé. Mais il n'est pas interdit de penser qu'il a pu y jouer un rôle, au moins dans la période la plus récente.

B- Les techniques d'assurance

129- Assurance-crédit - Il faut d'abord évoquer ici le mécanisme de l'assurance-crédit. Le créancier (qui est toujours en pratique une entreprise) s'assure par avance contre le risque d'impayé. Si ce risque se réalise, l'assureur indemniserà le créancier de ses pertes (le plus souvent de manière partielle), et sera subrogé dans ses droits pour essayer de récupérer le montant des créances non recouvrées par application de l'article L 121-12 du Code des assurances, applicable à l'assurance-crédit comme à toutes les formes d'assurance contre les dommages non maritimes. Il s'agit là d'un mécanisme ancien, mais qui semble avoir connu un fort développement dans les années 1990. C'est en effet dans ces années là que les trois grandes sociétés d'assurance-crédit qui se partagent aujourd'hui l'essentiel du marché

¹⁷² V. Le Figaro 12 janvier 2008 p 23, Le business florissant des racheteurs de crédit

¹⁷³

http://www.dmoz.org/World/Fran%c3%a7ais/R%c3%a9gional/Europe/France/Commerce_et_%c3%a9conomie/Services_financiers/Cr%c3%a9dit/Rachat_de_cr%c3%a9dits/

mondial se sont constituées par regroupement de structures antérieures : le numéro 1 mondial, Euler Hermès (36% de parts de marché), naît en 1996 à partir de divers regroupements opérés par la SFAC (Société française d'assurance crédit), Atradius (qui revendique 31% du marché) naît en 2001, la COFACE (Compagnie française d'assurance au commerce extérieur) créée comme entreprise publique en 1946 est privatisée en 1994 et entame son développement international (elle assure aujourd'hui 18% de parts de marché). A côté de ces grandes sociétés qui interviennent principalement (quoique non exclusivement) sur le marché international, et dont l'incidence sur le contentieux de l'impayé en France est sans doute limitée, apparaissent, au cours des mêmes années, diverses compagnies de taille plus modeste qui proposent de l'assurance crédit sur le marché domestique. Pour ne prendre que quelques exemples, CESCE, société espagnole, s'implante en France en 1999, SEPROFI est fondée en 1989... L'incidence de ce type de pratique sur le contentieux de l'impayé paraît variable selon les stipulations de la police. Il se peut que l'assureur prenne en charge les actions de recouvrement de la créance impayée dès qu'un incident de paiement survient : on peut alors penser qu'il le fera avec un souci d'efficacité particulier et avec un savoir-faire plus grand que l'entreprise commerciale assurée : on retrouve ici les mêmes facteurs que ceux qui ont été exposés précédemment à propos du recouvrement de créances. Mais, dans d'autres cas, la société d'assurance-crédit, n'interviendra pas au moment de l'incident de paiement : les tentatives de recouvrement de la créance impayée seront assurées par le créancier lui-même, ou par un tiers (société de recouvrement de créance, ou affactureur). En pratique, l'assurance-crédit est souvent couplée avec l'affacturage pour couvrir les risques que l'affactureur ne prend pas lui-même en charge¹⁷⁴. L'assureur n'interviendra que pour couvrir l'impayé définitivement constaté, lorsque toutes les tentatives de recouvrement auront échoué, le risque couvert étant alors parfois limité à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. En soi, donc, l'assurance-crédit ne préjuge pas de la manière dont se déroulent ces tentatives de recouvrement, et n'implique aucun évitement de la justice. Tout au contraire, on peut relever que, dans certains contrats d'assurance-crédit, la prise en charge du risque par l'assureur est subordonnée à l'échec d'une procédure judiciaire tendant au recouvrement – ce qui devrait donc plutôt inciter le créancier qui en bénéficie à agir au plus vite en justice contre son débiteur. Si, cependant, l'assurance-crédit peut jouer un rôle dans la baisse du contentieux de l'impayé, c'est, comme dans le cas de l'affacturage, parce que le fait d'y recourir implique pour l'entreprise de sélectionner ses clients : l'assureur n'acceptera pas

¹⁷⁴ Voir infra n° 129

de garantir les créances dont le débiteur présente un risque élevé d'insolvabilité. Toutes les sociétés d'assurance-crédit, dans la présentation de leurs produits, mettent l'accent sur cet aspect de prévention nécessairement couplé à la mesure du risque assuré. Ainsi, Euler Hermès, qui se présente comme le numéro un mondial de l'assurance-crédit, « offre aux entreprises son expertise de la gestion des risques acheteurs. Avec une assurance-crédit, nos équipes évaluent pour vous quotidiennement la situation financière de vos acheteurs à l'aide d'une base de données riche de plus de 40 millions d'entreprise. Grâce à ses services de prévention, Euler Hermès aide les entreprises à asseoir leur développement commercial sur des clients solvables »¹⁷⁵. Très souvent, dans le prolongement de cette idée, les sociétés d'assurance-crédit proposent de coupler les services d'assurance avec des services d'information sur la solvabilité des entreprises¹⁷⁶. C'est sans doute plus par cette fonction de prévention que par son incidence sur les pratiques de recouvrement que le développement de l'assurance-crédit a pu concourir à faire baisser le contentieux de l'impayé.

130- Assurance contre le décès ou les accidents de la vie du bénéficiaire du crédit – A côté de l'assurance-crédit – qui est directement une assurance contre le risque d'impayé (parfois limité au risque d'insolvabilité du débiteur), un autre type d'assurance, très différente, peut assortir un crédit. Il s'agit de l'assurance couvrant le risque de décès ou d'invalidité du ou des bénéficiaires de crédit. Ce type d'assurance est aujourd'hui pratiquement imposé aux emprunteurs par les établissements de crédit dans le cadre des crédits immobiliers de longue durée. Il est souvent proposé aux emprunteurs qui souscrivent un crédit à la consommation. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, ce n'est pas l'emprunteur qui est ici l'assuré. L'emprunteur n'intervient généralement que pour adhérer (à ses frais) au contrat d'assurance de groupe souscrit par l'établissement de crédit à son propre bénéfice, et, même s'il souscrit lui-même l'assurance auprès d'une autre compagnie que celle que lui propose la banque, l'assurance est toujours souscrite au profit de cette dernière. A la différence de l'assurance-crédit, le risque couvert n'est pas directement le risque d'impayé, c'est le risque d'événements pouvant rendre plus difficile le remboursement du crédit, donc d'événements générateurs d'un risque d'impayé plus élevé. Mais – et c'est ce qui fait souvent croire que l'emprunteur est le bénéficiaire de l'assurance – l'assureur, si le risque se réalise, le couvre définitivement, c'est-à-dire qu'il prend à sa charge le remboursement des mensualités de crédit restant à courir sans

¹⁷⁵ <http://www.eulerhermes.com/fr/assurance-credit/assurance-credit.html>

¹⁷⁶ Voir par exemple le [Pack@rating](#) Globalalliance proposé par la COFACE

recours contre l'emprunteur ou ses héritiers. Ceux-ci se trouvent donc définitivement libérés du fait de l'événement malheureux. On ne peut donc pas parler ici à proprement parler d'externalisation du recouvrement, il s'agit plutôt d'un transfert de la charge de la dette à l'assureur. Cependant il n'est pas déraisonnable de penser que le développement de ce type d'assurance a pu avoir une incidence sur le contentieux de l'impayé, tout simplement en raison de la diminution des cas de non paiement qu'il entraîne : la banque est payée par l'assurance dans des cas où elle se heurterait probablement à des difficultés de paiement de la part du débiteur invalide ou des héritiers du débiteur décédé. Certes, le recours à ce type d'assurance est relativement ancien : les banques y recouraient déjà, au moins pour les prêts immobiliers, à une époque où le contentieux de l'impayé était en expansion. Mais il semble que sa pratique se soit élargie dans la période la plus récente : d'une part, les banques proposent aujourd'hui aux emprunteurs actifs, en plus de l'assurance décès-invalidité une assurance couvrant le risque de perte d'emploi (situation qui est souvent génératrice de très grandes difficultés de paiement) ; d'autre part, la pratique, à l'origine utilisée seulement pour les crédits aux particuliers, s'est plus récemment développée dans le cadre du crédit aux entreprises (sous la forme d'une assurance souscrite sur la tête du dirigeant de l'entreprise emprunteuse) en dépit des inconvénients fiscaux qu'elle peut entraîner¹⁷⁷. Ces extensions ont pu, à la marge, contribuer à l'absorption par les assurances de certains défauts de paiement qui, antérieurement, pouvaient faire l'objet de demandes en justice.

CHAPITRE II- L'EXTERNALISATION DE LA GESTION DES CREANCES

131- Gestion des créances et mobilisation des créances- Ce second type d'externalisation intervient à un stade antérieur au recouvrement de la créance, et il n'a de sens que lorsque le créancier est une entreprise non bancaire, qui entend se décharger des soucis liés aux relations avec ses clients débiteurs de sommes d'argent. Pour ce faire, l'entreprise créancière va transférer ses créances à une entreprise spécialisée (qui aura généralement le statut d'établissement de crédit), qui en opérera le recouvrement et, qui, parfois, prendra à sa charge le risque d'impayé. On ne rangera pas dans cette catégorie les opérations de mobilisation de

¹⁷⁷ Le paiement du prêt par l'assurance entraîne une diminution brutale du passif de l'entreprise, donc une augmentation de l'actif net, ce qui constitue un profit imposable pour l'entreprise. Les banques ont imaginé divers montages permettant de supprimer cet inconvénient ; quant aux assureurs, ils proposent une assurance complémentaire permettant de couvrir l'imposition supplémentaire générée par la prise en charge du crédit. .

créances commerciales effectuées au profit d'établissements de crédit généralistes, soit par la technique traditionnelle de l'escompte des effets de commerce, soit par celle, plus récente, du bordereau de cession de créances professionnelles (loi Dailly). Ces opérations, en effet, ne sont pas conçues comme des moyens de transférer la charge du recouvrement. Elles ont pour finalité soit de procurer un crédit au créancier qui encaisse immédiatement (sous déduction des agios) le montant d'une créance à terme, soit de garantir un crédit distinct (finalité spécialement prévue par la loi pour la cession de créances professionnelles). Si, dans le cadre de l'escompte des effets de commerce, le transfert aura aussi pour conséquence de faire assurer le recouvrement par la banque escompteuse, il n'en va pas nécessairement de même avec la cession de créances professionnelles, où le banquier cessionnaire donne fréquemment mandat au cédant de procéder lui-même au recouvrement, et ne s'en chargera (lui-même ??) qu'en cas de doute sur la solvabilité de son client. Dans ces opérations, en outre, le banquier ne prend en principe – et sauf cas exceptionnels – pas à sa charge le risque de non paiement de la créance transmise : il a en effet par principe un recours contre le cédant, tant en matière d'effets de commerce que de cession de créances professionnelles. Ces opérations n'apparaissent donc pas comme des moyens pour l'entreprise d'externaliser la gestion de ses créances, et *a priori* leur utilisation ne devrait pas avoir d'incidences sur la question de l'impayé : elles transforment simplement en crédit bancaire ce qui était à l'origine un crédit commercial, et on retombe alors dans la problématique de la gestion de ses impayés par la banque.

132- Affacturage- L'externalisation de la gestion des créances est au contraire au cœur de la pratique de l'affacturage¹⁷⁸. Il s'agit d'une opération par laquelle une entreprise (adhérent) se fait payer les factures qu'elle a émises sur ses clients par une société spécialisée (le factor ou affactureur) qui en assurera le recouvrement et qui, de manière optionnelle, peut prendre à sa charge le risque de non paiement par les clients. Même s'il apparaît aussi comme une technique de financement, en ce que l'adhérent reçoit immédiatement le paiement de sa facture sans attendre son recouvrement (et en cela il vient concurrencer l'escompte ou la cession de créances professionnelles), il est aussi et peut-être d'abord conçu comme un moyen de décharger l'entreprise adhérente des soucis du recouvrement. D'un point de vue technique, en France, l'affacturage emprunte le plus souvent la voie de la subrogation personnelle : en payant la facture, l'affactureur se fait subroger par l'adhérent dans ses droits, ce qui lui permet

¹⁷⁸ Voir la brochure de l'ASF : L'affacturage, 10 questions, 10 réponses, 2002

d'agir contre le débiteur. Ce type d'opération, qui n'est pas réglementé par la loi française¹⁷⁹, a été importé des Etats-Unis au cours des années 1960 sous le nom de factoring, jusqu'à ce que l'arrêté du 29 novembre 1973 impose le nom français. Son développement a été très important surtout depuis le début des années 1990 : de 1987 à 2008, le montant des créances ayant fait l'objet d'un affacturage a connu une croissance ininterrompue, de l'ordre de 16% par an, parfois supérieure à 10% par trimestre, avec cependant une légère baisse début 2009 (-5,8%). Les rapports annuels de l'ASF, qui regroupe les principales sociétés spécialisées dans ce type d'opération, sont très révélateurs de cet accroissement¹⁸⁰. Le nombre de sociétés adhérentes croît de 19% en 1996, de 26% en 1997, de sorte que, en 1998 les sociétés d'affacturage membres de l'ASF avaient multiplié leur clientèle par deux en quatre ans ; le nombre des clients double encore en 5 ans de 1996 à 2001¹⁸¹. Au cours des années 1990-1999, le volume des créances prises en charge par les sociétés d'affacturage membres de l'ASF avait représenté un volume cinq fois supérieur à celui des vingt années précédentes !¹⁸² Le montant des créances prises en charge par cette voie atteindrait actuellement 28,6 milliards d'euros¹⁸³, et, au total, ce sont plus de 1000 milliards d'euros qui auraient fait l'objet d'un tel financement depuis 20 ans¹⁸⁴. 2007 : 28 000 000 de créances, 121, 7 milliards d'euros¹⁸⁵. L'affacturage est pratiqué par une trentaine de sociétés financières, le plus souvent filiales de grandes banques. Les deux principales entreprises sont GE Factofrance (anciennement Factofrance Heller) et Eurofactor, dépendant du Crédit Agricole.

133- Incidence sur le contentieux de l'impayé – Là encore, comme pour les autres techniques d'externalisation, on ne peut qu'être frappé par la concordance chronologique entre ce développement spectaculaire de l'affacturage et la baisse du contentieux de l'impayé. Il est cependant assez difficile de dire avec précision quelle influence le développement de cette technique (qui concerne uniquement les créances des entreprises) a pu avoir sur le contentieux de l'impayé. De prime abord, on pourrait penser qu'on est seulement en présence d'un changement de créancier n'ayant pas d'incidence sur la manière dont le recouvrement est effectué. Cependant, on peut penser que les sociétés d'affacturage, dès lors qu'elles sont spécialisées dans le recouvrement, ont à cet égard des pratiques plus efficaces et plus

¹⁷⁹ On trouve seulement une mention de l'affacturage dans l' art R 313-16 Code monétaire et financier

¹⁸⁰ Source : rapports annuels de l'ASF 1995 p 23, 1996 p 25, 1997 p 27, 1998 p 30

¹⁸¹ Rapport 2001 p 46

¹⁸² Rapport ASF 1999 p 35

¹⁸³ Source : Eurofactor, www.eurofactor.com

¹⁸⁴ Source : www.credit-agricole.com/.../eurofactor-leader-affacturage-france

¹⁸⁵ Rapport ASF 2007 p 34

persuasives que les entreprises dont elles acquièrent les créances. Dans sa brochure de présentation de l'affacturage, l'Association financière des sociétés financières relève, parmi les avantages du procédé, que « *la relance des clients est systématisée, et, grâce à leur expérience, les factors réduisent de façon significative les retards de paiement subis par les entreprises* »¹⁸⁶. On retrouve donc ici les mêmes éléments que ceux qui ont été relevés à propos des sociétés de recouvrement de créances. On peut penser aussi que ces sociétés sont plus diligentes encore dans le recouvrement lorsqu'elles garantissent leurs clients contre le risque d'impayé. Le débiteur du reste manifesterait souvent moins de résistance face à une société financière spécialisée qu'il ne connaît pas et qui peut lui paraître plus menaçante que l'entreprise créancière avec laquelle il entretient des relations d'affaires habituelles. Par ailleurs, comme on l'a déjà dit¹⁸⁷, l'affacturage a – comme l'assurance-crédit avec laquelle il est du reste souvent combiné – une influence certaine sur la sélection de ses clients par l'entreprise adhérente : pour accorder sa garantie au paiement des factures, l'affactureur vérifie la solvabilité des clients débiteurs, ce qui incite l'adhérent à ne lui présenter que des débiteurs présentant un certain degré de solvabilité. Là encore, cet avantage est souligné par l'ASF « *Le factor agit en prévention et incite les entreprises à sélectionner leur clientèle* ». Dans toutes ces techniques, il existe un lien très fort entre le facteur de prévention de l'impayé, précédemment étudié, et les évolutions des modes de traitement de l'impayé s'il se réalise.

¹⁸⁶ Brochure de l'ASF, précitée p

¹⁸⁷ Voir supra n° 74

CONCLUSION GENERALE

133- Diversité des causes de la baisse du contentieux de l'impayé – D'une manière qui n'est pas surprenante, nous concluons d'abord le présent rapport en affirmant que la baisse du contentieux de l'impayé qui a pu être observée à partir de 1993 ou 1994 pour la plupart des postes de demandes en paiement de sommes d'argent et devant toutes les juridictions civiles et commerciales, est due à la conjonction d'un grand nombre de facteurs. Les uns tiennent à une meilleure prévention de l'impayé par les différentes catégories de créanciers, les autres traduisent une certaine déjudiciarisation du traitement de l'impayé. Entre ces différents facteurs – qui sont d'ailleurs dans une certaine mesure liés les uns aux autres - il ne nous paraît pas possible de mesurer la part exacte ni même d'établir une hiérarchie. Sur la plupart des points, il ne paraît même pas possible d'établir avec certitude une relation de cause à effet entre le développement de telle ou telle pratique et le moindre recours à la justice pour obtenir des condamnations à payer des sommes d'argent. Tout au plus a-t-on pu mettre en lumière des concordances chronologiques qui nous ont paru significatives, et qui viennent sinon complètement confirmer, du moins renforcer l'hypothèse que la pratique envisagée a pu jouer un rôle dans le phénomène observé. Quelques décevants que puissent paraître ces résultats marqués du sceau de l'incertitude, l'impossibilité de parvenir à des conclusions plus précises s'est peu à peu imposée à nous au cours de la réalisation de ce travail qui était sans doute trop ambitieux, compte tenu à la fois de la diversité des situations d'impayé et des créances à propos desquelles elles peuvent surgir, et de la complexité des évolutions observées sur les différents terrains où ces situations peuvent naître.

134- L'amélioration de la prévention du risque d'impayé – Même si les statistiques économiques ne révèlent pas, au cours de la période observée, une baisse des crédits accordés qui pourrait expliquer mathématiquement la baisse du contentieux de l'impayé à partir du milieu des années 1990, on peut penser que cette période a été caractérisée par une meilleure maîtrise du risque de crédit par les différentes catégories de créanciers confrontés au risque d'impayé. Pour les établissements de crédit, cette maîtrise du risque apparaît comme une préoccupation montante à partir du début des années 1990, en liaison avec toute une série d'évolutions normatives (instauration de règles de gestion plus contraignantes, notamment à travers les « règles de Bâle », durcissement à l'égard des créanciers de la législation sur les procédures de traitement des difficultés des entreprises et mise en place en 1989 des

procédures de traitement du surendettement, apparition d'un courant jurisprudentiel faisant peser sur les banquiers un devoir de mise en garde des clients profanes) et sans doute en réaction contre les pics de contentieux de l'impayé atteints dans les années 1990 à 1992. Cette préoccupation a amené les établissements de crédit à améliorer les techniques de sélection des bénéficiaires de crédit, même si tout laisse à penser que cette sélection est plus efficace pour les crédits aux entreprises et pour les crédits immobiliers que pour les crédits à la consommation – seul secteur où, de 1993 à 2003, le contentieux de l'impayé n'a pas baissé de manière significative. Mais on peut penser que l'idée de maîtrise du risque de crédit, et la prévention des impayés est une idée qui a également fait son chemin, à partir du milieu des années 1990, auprès des titulaires de créances non bancaires, et spécialement des entreprises fournisseurs de biens et de services qui accordent des délais de paiement à leur clientèle. Cette montée de la prévention semble liée au développement que connaissent, à partir de cette époque les services de renseignements commerciaux sur la solvabilité des entreprises, souvent en liaison avec la montée en puissance de techniques d'externalisation de la gestion de créances (affacturage, assurance-crédit) qui imposent à leurs utilisateurs une sélection de leur clientèle. Ces techniques participent en outre au mouvement de déjudiciarisation qui constitue la seconde cause de baisse du contentieux de l'impayé.

135- La tendance à la déjudiciarisation du traitement de l'impayé – Même si l'amélioration de la prévention des risques d'impayé peut limiter, dans certains secteurs, le nombre d'incidents de paiement, elle ne suffit pas à expliquer une baisse du contentieux qui touche tous les types de créanciers et de débiteurs et pour les opérations les plus diverses. D'autres explications doivent être cherchées dans la manière dont les incidents de paiement sont traités. Nous avons ici cherché à mettre en évidence les différentes techniques qui vont toutes dans le sens d'une déjudiciarisation du traitement de l'impayé, que nourrit chez beaucoup de créanciers un fort sentiment de méfiance envers la justice. Cette tendance à la déjudiciarisation s'observe d'abord dans le cadre des relations internes entre les créanciers et leurs débiteurs, soit par le développement de techniques de paiement automatiques coupant en quelque sorte à la racine le contentieux de l'impayé (mais pouvant faire naître en sens inverse un contentieux du paiement indu), soit surtout, dans le contexte bancaire au moins, par la place prise par les négociations précontentieuses tendant, avant toute formalisation d'un véritable litige entre la banque et son client, à régler « amiablement » la situation d'impayé par un réaménagement de la dette. Cette montée de « l'amiable » s'observe ensuite dans les

cas, apparemment de plus en plus nombreux, où le créancier –qu’il s’agisse d’un établissement de crédit ou d’une entreprise non bancaire – externalise le recouvrement de ses créances (et parfois même, au delà, la gestion complète de ses créances). Cette externalisation, dont la montée en puissance, sous des formes diversifiées, s’observe de manière certaine depuis le début des années 1990, se traduit en effet par une valorisation du recouvrement amiable qui refoule le recouvrement judiciaire au rang d’une solution de dernier recours. Au delà de la diversité des contextes où elle s’observe et des techniques qui y concourent, il nous paraît surtout important de mettre en évidence que cette déjudiciarisation de l’impayé ne passe en aucune manière par le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits qui ont été tant médiatisés, et tant encouragés par le législateur au cours de ces dernières décennies. La médiation, en particulier, ne semble y tenir aucune place, et, au moins lorsqu’on reste dans le cadre de relations internes entre créanciers et débiteurs, on s’inscrit davantage dans une logique purement conventionnelle de réaménagements de contrats que dans la logique quasi-juridictionnelle de transactions. Ce qui frappe, dans toutes ces techniques, c’est leur unilatéralité, en ce sens que le processus de recouvrement est très largement dominé par le créancier: qu’il s’agisse des procédés automatiques de recouvrement, des réaménagements contractuels plus ou moins imposés par les établissements de crédit à leurs emprunteurs défaillants, ou, de manière plus évidente encore, des techniques de pression, voire d’intimidation des débiteurs par les sociétés de recouvrement, on est assez loin de l’image idéalisée des modes alternatifs de règlement des litiges, qui se veulent équilibrés, voire contradictoires. Le contrôle judiciaire de ces différentes pratiques n’est certes pas exclu, il peut être sollicité *a posteriori* par le débiteur, mais les différents instruments de mesure dont on dispose (statistiques judiciaires sur la répétition de l’indu, jurisprudence sur le réaménagement contractuel des emprunts ou sur les sociétés de recouvrement de créances) montrent que ce déplacement théorique du rôle du juge se traduit, en fait, le plus souvent, par une éviction. Il est vrai que, même lorsqu’il est judiciaire, le traitement de l’impayé ne fait le plus souvent l’objet, dans le cadre de la procédure d’injonction de payer que d’un contrôle judiciaire minimum ne suscitant, dans l’immense majorité des cas, aucune réaction du débiteur condamné. Mais les procédures unilatérales ou « amiables » de règlement du contentieux de l’impayé doivent aussi être comparées aux procédures au fond, dans lesquelles les débiteurs ont des moyens de se défendre et d’obtenir des délais.

136- Pistes de recherche et perspectives– Si le présent rapport, pour l’essentiel, se contente d’analyser de manière systématique les différentes hypothèses d’explication de la baisse du

contentieux de l'impayé, en donnant à chaque fois les éléments qui vont dans le sens de leur confirmation ou de leur infirmation, il ouvre également un certain nombre de pistes pour des recherches ultérieures. De véritables recherches empiriques pourraient sans doute être entreprises autour de quelques uns des points explorés dans ce rapport. On pourrait en particulier songer à opérer, dans le milieu bancaire, à une recherche plus pertinente que celle que nous avons – très naïvement – pensé pouvoir conduire à partir d'entretiens avec les acteurs. Le seul moyen de voir comment, en pratique, fonctionne la prévention du risque d'impayé et/ou le traitement des situations d'impayé (précontentieux puis contentieux) serait de faire travailler une équipe de chercheurs dans un établissement de crédit pour suivre sur la durée, *in vivo*, la sélection des emprunteurs et/ou le traitement des dossiers de débiteurs défaillants. Une autre recherche qui, à la fin de ce travail de défrichage, nous semblerait intéressante serait de travailler spécialement sur les pratiques des sociétés de recouvrement de créances dont le rôle dans le phénomène observé nous paraît déterminant (du moins pour expliquer la baisse du contentieux de l'impayé commercial) : encore faudrait-il, cependant, pouvoir pénétrer un milieu peu ouvert semble-t-il aux investigations scientifiques.

Par ailleurs, notre rapport peut donner une grille d'analyse des évolutions actuelles du contentieux de l'impayé. Nous avons travaillé sur une période déjà largement passée – pour l'essentiel 1993-2003 – où le mouvement de baisse du contentieux de l'impayé était à peu près général et constant, et notre travail a consisté à rechercher des explications orientées du côté de la baisse. En cours de route, nous avons eu connaissance de statistiques plus récentes sur la période 2003-2006, ou même, pour certains postes et certains tribunaux, après la rédaction de ce rapport, jusqu'en 2008. Ces chiffres indiquent des tendances un peu plus diversifiées (notamment un retour à la hausse du contentieux du prêt devant les tribunaux de grande instance), mais sans toutefois remettre fondamentalement en cause les tendances observées dans la période précédente. Il serait naturellement passionnant de suivre l'évolution postérieure du contentieux de l'impayé, notamment à la suite de la grave crise économique qui s'est déclarée en 2008. Alors que se multiplient les défaillances d'entreprise et que les procédures de traitement du surendettement explosent, mais aussi alors que les banques ont restreint l'accès au crédit d'importantes catégories de débiteurs, on peut se demander ce que va devenir le contentieux de l'impayé : assisterons nous à un retour en force des demandes en paiement formées devant le juge, ou au contraire la tendance à la déjudiciarisation prendra-t-elle le dessus ? Il nous semble que, utilisés dans un autre contexte, les différents croisements de données auxquels nous avons procédé pour le passé, et les différentes hypothèses que nous avons explorées, pourraient apporter de nouveaux éclairages aux rapports, toujours

mystérieux, entre le comportement des acteurs économiques et sociaux et le fonctionnement de l'institution judiciaire.
