



Synthèse

*L'évolution du contentieux de l'impayé
Éviction ou déplacement du rôle du juge ?*

*Rapport rédigé par
Pascal ANCEL
Professeur à l'université Jean Monnet (Saint Etienne)*

Juin 2009

*CERCRID
Centre de recherches critiques sur le droit
(UMR Cnrs 5137)*

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.

Hypothèses de départ et méthodes de recherche

Le contentieux de l'impayé peut être défini comme l'ensemble des différentes demandes ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent par un créancier à son débiteur. Mais, à la suite de différentes exclusions, concernant des contentieux trop spécifiques (ex : contentieux du bail, contentieux du paiement des cotisations de Sécurité sociale), notre étude s'est limitée à l'impayé lié aux différentes formes de crédit : cela englobe à la fois les crédits bancaires, ainsi que les délais de paiement accordés dans le cadre d'opérations commerciales. L'examen des statistiques élaborées à partir des différents postes de la nomenclature des affaires civiles correspondant à ces demandes a fait apparaître que, d'une manière générale, depuis le début des années 1990, les créanciers avaient de moins en moins tendance à s'adresser aux tribunaux pour obtenir le paiement de sommes d'argent dues en vertu d'un contrat. Globalement, le nombre des demandes en paiement correspondant aux opérations 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, cette baisse pouvant s'observer (avec des variations et certaines exceptions) pour tous les types de demandes, et devant toutes les juridictions. Pour présenter les choses de manière simple (simpliste ?) on peut dire 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.

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 les recherches antérieures du CERCRIID était 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. D'emblée, on pouvait penser que cela était 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. 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 fallait 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 (prélèvement automatique) 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 fallait 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...

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.

Le travail combine une étude statistique globale intégrant les différents postes du contentieux de l'impayé, et une enquête de terrain menée dans un ou plusieurs secteurs particulièrement représentatifs du phénomène relevé au départ. L'étude statistique, menée à titre principal sur la période 1993-2003 (complétée en cours de route par des chiffres postérieurs allant dans certains cas jusqu'à l'année 2007) a consisté d'abord à analyser en détail les statistiques du contentieux de l'impayé lui-même, à partir des différents postes de la nomenclature correspondant à ce contentieux (par exemple : poste 53B contentieux du prêt de somme d'argent, 38C, demande en paiement du solde d'un compte bancaire, 50B demande en paiement d'un prix de vente etc.). Nous avons ensuite croisé ces statistiques avec des statistiques économiques (relatives notamment au nombre et au montant des crédits accordés), et avec d'autres statistiques judiciaires pouvant expliquer le phénomène observé par un déplacement du contentieux ou une absorption dans d'autres procédures (contentieux du cautionnement, du paiement de l'indu, des procédures de traitement des difficultés des entreprises et des particuliers...). L'étude empirique, à base d'entretiens et d'analyse de documents produits par la pratique, a été menée essentiellement auprès d'acteurs du système bancaire et du monde de recouvrement.

Conclusions de l'étude

D'une manière qui n'est pas surprenante, la première conclusion de l'étude est que la baisse du contentieux de l'impayé 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 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.

La première partie du rapport traite de **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.

Dans la seconde partie, le rapport met l'accent sur **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.

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 qui indiquent des tendances un peu plus diversifiées dans la période 2003-2006 : d'une manière générale, ces statistiques plus récentes montrent que, si le contentieux de l'impayé commercial continue à diminuer, le contentieux de l'impayé lié aux crédits bancaires, quant à lui, remonte assez nettement, sans toutefois revenir au niveau très élevé du début des années 1990. 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.