



16.470

Initiative parlementaire Aligner l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération sur les taux du marché

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national

du 28 avril 2023

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons le projet de modification du droit des obligations (adaptation du taux d'intérêt moratoire), que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet d'acte ci-joint.

28 avril 2023

Pour la commission:

La présidente, Christa Markwalder

Condensé

La présente révision met en œuvre l'initiative parlementaire 16.470, qui demande que le taux d'intérêt moratoire prévu dans le code des obligations soit lié à la tendance générale des taux d'intérêt du marché et que les autres règles du droit fédéral concernant des intérêts moratoires soient uniformisées.

Le projet prévoit d'abandonner le système actuel de taux d'intérêt au profit d'un taux d'intérêt variable, fixé chaque année par le Conseil fédéral sur la base du SARON majoré de 2 points de pourcentage.

Rapport

1 Historique

1.1 Initiative parlementaire 16.470

Le 29 septembre 2016, le conseiller national Fabio Regazzi a déposé une initiative parlementaire dont la teneur était la suivante:

«Me fondant sur les articles 160 alinéa 1 de la Constitution et 107 de la loi sur le Parlement, je dépose l'initiative parlementaire suivante:

L'article 104 CO doit être modifié de sorte que l'intérêt moratoire de 5 pour cent en vigueur soit remplacé par une disposition qui le lie à la tendance générale des taux d'intérêt du marché. Il faut également adapter l'ordonnance sur l'intérêt moratoire en matière d'impôt anticipé, le règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) et toutes les autres lois, ordonnances, circulaires et dispositions fédérales concernant les intérêts moratoires.»

Le développement de l'initiative parlementaire avait la teneur suivante:

«L'économie suisse, notamment les PME, connaît une période difficile en raison de la détérioration de la situation conjoncturelle en Suisse et en Europe, du franc fort et des taux d'intérêt négatifs appliqués par certaines banques. Dans ce contexte, un intérêt moratoire fixé à 5 pour cent ou bien au-dessus des taux du marché, équivalait à une charge financière supplémentaire pour de nombreuses entreprises, notamment pour celles dont la situation est déjà critique. Il est par ailleurs prévisible que ces coûts supplémentaires soient répercutés sur le consommateur.

La marge de fluctuation du Libor à trois mois de la BNS est actuellement comprise entre moins 1,25 et moins 0,25 pour cent. D'autres taux d'intérêt de référence sont fixés à une valeur minimale, voire sont négatifs, c'est-à-dire bien au-dessous du taux de 5 pour cent fixé à l'article 104 CO en vigueur. Il semble donc judicieux d'adapter les intérêts moratoires appliqués par la Confédération aux taux du marché.

Il est par ailleurs douteux qu'un intérêt moratoire aussi élevé ait un effet dissuasif sur les mauvais payeurs. L'intérêt moratoire appliqué par l'Administration fédérale des contributions, excessif par rapport aux taux du marché, peut en fin de compte apparaître comme un comportement inéquitable, en particulier si on le compare aux taux fixés par les gouvernements cantonaux.»

Dans le cadre de l'examen préalable, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (ci-après: la commission) a décidé, le 19 octobre 2017, par 20 voix contre 1 et 2 abstentions, de donner suite à l'initiative, conformément à l'art. 109, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)¹. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États s'est ralliée à cette décision le 26 avril 2018. Le 19 juin 2020, le Conseil national a décidé de prolonger le délai de traitement de l'initiative parlementaire jusqu'à la session de printemps 2022. Lors de sa séance du 3 février

¹ RS 171.10

2022, la commission a décidé par 13 voix contre 11 et une abstention de proposer au Conseil national de classer l'initiative parlementaire. Le 18 mars 2022, le Conseil national a rejeté cette proposition et a décidé par 98 voix contre 93 sans abstention de prolonger le délai de traitement de l'initiative parlementaire jusqu'à la session de printemps 2024.

1.2 Travaux de la commission

La commission s'est penchée sur la mise en œuvre de l'initiative parlementaire le 21 février 2020 et le 5 février 2021. Après avoir pris connaissance d'un document de travail de l'administration, elle a chargé celle-ci d'élaborer un avant-projet sur la base de ses travaux préalables. Lors de sa séance du 19 août 2021, elle a décidé de mettre en consultation une deuxième option et chargé l'administration d'adapter en ce sens l'avant-projet et le rapport.

La commission a pris connaissance de l'avant-projet et du rapport explicatif le 23 juin 2022, en a débattu et l'a adopté par 15 voix contre 6. Une minorité (Flach, Addor, Bellaiche, Geissbühler, Hess Erich, Steinemann, Tuena) proposait de ne pas entrer en matière. L'avant-projet contenait deux options. Outre le système de taux d'intérêt variable, une option de taux d'intérêt réduit, mais toujours fixe, de 3 % a été soumise à la discussion. L'avant-projet a été soumis à une consultation du 7 juillet au 28 octobre 2022 conformément à la loi du 18 mars 2005 sur la consultation².

À sa séance du 28 avril 2023, la commission a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation et publié son rapport de consultation³. Par 15 voix contre 7, elle a décidé de ne pas classer l'objet et de soumettre un projet d'acte à son conseil. À cet égard, elle s'est prononcée à l'unanimité en faveur de l'option prévoyant un taux d'intérêt variable et n'a rien changé à la formulation de l'avant-projet correspondant. Au vote sur l'ensemble, elle a approuvé le projet par 17 voix contre 5.

La commission a bénéficié du soutien du Département fédéral de justice et police, conformément à l'art. 112, al. 1, LParl.

2 Contexte

2.1 Droit en vigueur

En droit actuel, l'art. 104, al. 1, du code des obligations (CO)⁴ prévoit l'obligation, pour le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent, d'acquitter un intérêt moratoire de 5 % l'an. L'intérêt moratoire est dû même si le retard de paiement n'est pas de la faute du débiteur. Les dispositions législatives sur l'intérêt moratoire sont de nature dispositive; les parties sont libres de convenir, dans un cas d'espèce, d'un intérêt moratoire plus élevé ou moins élevé, dans les limites de la loi⁵.

² Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation; RS **172.061**.

³ Cf. ch. 3.1 ci-après

⁴ RS **220**

⁵ ATF **117 V 349**, p. 350

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'intérêt moratoire est une indemnisation que le créancier peut exiger pour avoir été privé d'une somme qui lui était due⁶. Il représente une *indemnité forfaitaire*⁷, qui compense les dommages causés au créancier du fait qu'il ne peut pas capitaliser ni faire fructifier la somme impayée⁸. En outre, il incite le débiteur à s'acquitter aussi vite que possible de sa dette⁹.

L'art. 104, al. 3, CO prévoit une règle spéciale applicable entre commerçants (voir à ce propos les explications au ch. 3.8).

Le droit public fédéral prévoit également divers intérêts moratoires. Le taux est de 5 % pour les cotisations des assurances sociales¹⁰. Depuis le 1^{er} janvier 2022, il est de 4 % pour l'impôt fédéral direct, la TVA et les autres droits, redevances et impôts perçus par la Confédération¹¹; ces taux ont été harmonisés en exécution de la motion 16.3055, transmise le 12 mars 2019¹².

2.2 Droit européen

Le problème des retards de paiement fait depuis longtemps l'objet de discussions au sein de l'Union européenne (UE). En 2017, 27 % des entreprises ont déclaré qu'elles considéraient les retards de paiement comme un risque pour leur existence même. Ils leur causent des frais supplémentaires conséquents et sont un frein à la création d'emplois: selon une étude, il aurait été possible, si l'on était parvenu à endiguer ce problème, de créer 6,5 millions d'emplois de plus en 2017¹³.

Afin d'améliorer les délais de paiement, l'UE a édicté en 2000 la *directive retard de paiement* 2000/35/CE¹⁴. Pour ce qui est de l'intérêt moratoire, la directive prévoit que le taux minimum correspond au taux repo de la Banque centrale européenne (BCE), son «taux de base», majoré d'un minimum de sept points. La nouvelle version de 2011¹⁵ a porté cette majoration à huit points au minimum¹⁶. La directive prévoit en outre, pour le créancier, le droit de réclamer au débiteur un dédommagement forfaitaire de 40 EUR au minimum¹⁷. Il faut cependant souligner que cette réglementation

6 ATF 130 III 591, p. 596

7 ATF 130 III 591, p. 599

8 ATF 123 III 241, p. 245.

9 L'intérêt compensatoire en cas de dommage, fixé en principe à 5 % par an, remplit la même fonction.

10 Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, art. 7, al. 1 (RS 830.11).

11 Ordonnance du DFF du 25 juin 2021 sur les taux d'intérêt, annexe (RS 631.014).

12 Motion Jauslin du 8 mars 2016 «Harmoniser les intérêts perçus ou crédités au titre des impôts fédéraux».

13 Rzepecka Julia/Fiorentini Sara/Parziale Valentina/Lechardoy, Lucie, Business-to-business transactions: a comparative analysis of legal measures vs. soft law instruments for improving payment behavior, juin 2018, (disponible sous: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c8b7391b-9b80-11e8-a408-01aa75ed71a1>), p. 22 ss.

14 Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

15 Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

16 Directive 2011/7/UE, art. 2(6)

17 Directive 2011/7/UE, art. 6

s'applique exclusivement aux «paiements effectués en rémunération de transactions commerciales»¹⁸. Les contrats avec des consommateurs ne sont donc pas concernés par la directive. Tous les États membres de l'UE ont adapté leur législation pour mettre en œuvre cette dernière¹⁹. Certains prévoient même une majoration supérieure du taux de l'intérêt moratoire²⁰.

Pays	Transactions commerciales	Transactions avec les consommateurs
Allemagne	Taux de base de la BCE + 9 %	Taux de base de la BCE + 5 % ²¹
France	En principe taux de base de la BCE + 9 % ²²	Intérêt légal (actuellement 3,15 %) ²³
Autriche	Taux de base de la BCE + 9,2 % ²⁴	4 % (fixe) ²⁵
Italie	Taux de base de la BCE + 8 % ²⁶	En règle générale 5 % ²⁷

L'UE considère que la directive apporte une forte valeur ajoutée²⁸; depuis sa mise en œuvre, la ponctualité des paiements s'est améliorée, les délais diminuant de dix jours en moyenne entre 2013 et 2016. Cependant, l'UE considère aussi que des mesures supplémentaires sont nécessaires pour atteindre l'objectif fixé²⁹.

¹⁸ Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard dans les transactions commerciales (2018/2056(INI)) (disponible sous: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0456_FR.html), point 8 de l'évaluation.

¹⁹ Commission européenne, Ex-post evaluation of Late Payment Directive, novembre 2015 (disponible sous: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/400ecc74-9a54-11e5-b3b7-01aa75ed71a1>), p. 13.

²⁰ Commission européenne, Ex-post evaluation of Late Payment Directive, novembre 2015, p. 22.

²¹ § 288, al. 2, du code civil allemand.

²² Art. L441-10 du code de commerce: «Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois 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 10 points de pourcentage.»

²³ Art. L313-2 en relation avec l'art. D313-I-A du code monétaire et financier, arrêté du 23 décembre 2019 relatif à la fixation du taux de l'intérêt légal.

²⁴ § 456 Unternehmensgesetzbuch

²⁵ § 1333, al. 1, en relation avec le § 1000, al. 1, du code civil autrichien.

²⁶ Decreto Legislativo 9 novembre 2012, n. 192, Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180.

²⁷ Art. 1224, al. 1, en relation avec l'art. 1284, al. 1, du code civil italien.

²⁸ Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, point 10 de l'évaluation.

²⁹ Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, Conclusions/Recommandations.

2.3 Précédentes tentatives de révision

La motion 08.3169 «Sanctionner les mauvais payeurs», déposée le 20 mars 2008 et adoptée par le Parlement la même année, chargeait le Conseil fédéral de «modifier l'art. 104 du code des obligations (CO) en relevant de manière appropriée le taux de l'intérêt moratoire (fixé aujourd'hui à 5 pour cent), de sorte notamment à ce que les coûts engendrés par les créanciers soient couverts. Les prescriptions correspondantes de la Confédération applicables aux taux d'intérêt (conditions générales) seront également adaptées»³⁰.

En 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet qui proposait de faire passer le taux de l'intérêt moratoire à 10 % uniquement dans les rapports commerciaux; tous les autres contrats restaient soumis au taux de 5 %. Au vu des prises de position reçues, dont certaines très critiques, le Conseil fédéral a décidé de ne pas poursuivre la révision et a proposé au Parlement de classer la motion 08.3169, en avançant les motifs suivants³¹:

- En raison de la dégradation des perspectives conjoncturelles, un relèvement de l'intérêt moratoire aurait eu pour effet indésirable d'alourdir le fardeau de bien des entreprises. Il fallait de plus s'attendre à ce que ces coûts supplémentaires soient répercutés sur les consommateurs.
- Un relèvement du taux de l'intérêt moratoire aurait été incompréhensible par rapport aux taux d'intérêt pratiqués sur le marché des capitaux (Libor à trois mois). Le taux hypothécaire et d'autres taux d'intérêt déterminants se situaient également à un niveau très bas, bien inférieur aux 5 % prévus à l'art. 104 CO.
- On pouvait en outre se demander si le relèvement de l'intérêt moratoire allait réellement inciter les mauvais payeurs à régler plus rapidement leurs factures.
- Enfin, le doublement de l'intérêt moratoire aurait de fait introduit une indemnisation punitive étrangère au droit suisse.

Suivant la proposition du Conseil fédéral, le Parlement a classé la motion 08.3169 le 3 décembre 2012 (Conseil national) et le 14 mars 2013 (Conseil des États)³².

³⁰ Voir également la motion 08.3168 du groupe UDC «Sanctionner les mauvais payeurs» du 20 mars 2008, qui demandait à ce que le taux de l'intérêt moratoire passe de 5 % à 10 %.

³¹ Rapport du Conseil fédéral du 4 avril 2012 sur le classement de la motion du groupe radical-libéral 08.3169 «Sanctionner les mauvais payeurs», FF 2012 4339.

³² BO 2012 N 1978; BO 2013 E 183

3 Grandes lignes du projet

3.1 Avant-projet et consultation

La procédure de consultation concernant l'adaptation du taux d'intérêt moratoire a duré du 7 juillet au 28 octobre 2022³³. Dans l'avant-projet, la commission a présenté deux options. La première visait à remplacer le système actuel de taux d'intérêt fixe par un taux d'intérêt variable, déterminé sur la base du SARON majoré de deux points de pourcentage. La seconde proposait, quant à elle, de conserver un taux d'intérêt fixe abaissé à 3 %. Au total, 25 cantons, 5 partis politiques et 8 organisations et autres participantes et participants ont répondu. Une majorité s'est exprimée en faveur du statu quo (15 cantons, un parti et 6 organisations). Parmi celles et ceux qui ont soutenu le principe d'une modification (9 cantons, 4 partis et 2 organisations), la quasi-totalité a soutenu l'option 1, à savoir l'introduction d'un taux variable.

3.2 Nécessité d'agir avérée: la nouvelle réglementation en général

L'initiative 16.470 a pour mandat principal de lier le taux de l'intérêt moratoire prévu dans le code des obligations à la *tendance générale des taux d'intérêt du marché*. Après avoir pris connaissance des résultats de la consultation, la commission a décidé d'abandonner le système actuel de taux d'intérêt fixe défini par la loi au profit d'un taux d'intérêt variable (cf. ch. 0 ci-après).

De l'avis de la commission, un taux variable respecte davantage l'objectif primaire des intérêts moratoires, à savoir remettre le créancier dans la position qui aurait été la sienne s'il avait pu disposer du montant dont il a été injustement privé. En effet, avec le taux fixe actuel de 5 %, le créancier peut avoir la tentation de retarder le recouvrement de sa créance, dans le but d'obtenir un rendement plus important que celui qu'il pourrait obtenir en plaçant son argent sur les marchés traditionnels.

En conséquence, il faut fixer un taux de référence, un supplément, un minimum et un maximum ainsi que les modalités de l'adaptation du taux (cf. ch. 3.5 ci-après). Enfin, il faut déterminer si la nouvelle norme doit rester de nature dispositives (cf. ch. 3.6 ci-après) et délimiter son champ d'application (cf. ch. 3.7 ci-après).

Le présent projet ne porte en revanche pas sur la modification demandée des ordonnances du Conseil fédéral ou des départements, car seule l'élaboration d'un projet d'«acte de l'Assemblée fédérale» peut être proposée par la voie de l'initiative parlementaire (art. 107, al. 1, LParl). Les modifications d'ordonnance nécessaires sont du ressort du Conseil fédéral.

³³ Les documents concernant la consultation (notamment l'avant-projet et le rapport explicatif) ainsi que le rapport relatif aux résultats de la consultation sont disponibles sur www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2022 > Parl.

3.3 Ne pas entrer en matière: la position de la minorité

Une minorité de la commission (Flach, Bellaiche, Buffat, Estermann, Geissbühler, Reimann Lukas, Steinemann, Tuena) s'oppose à la réglementation proposée. Elle propose ainsi de ne pas entrer en matière sur le projet et de classer l'initiative parlementaire, soulignant que le projet a suscité de grandes réserves lors de la procédure de consultation et qu'il a même été rejeté par une majorité des cantons et des milieux économiques³⁴. À ses yeux, le système de taux d'intérêt fixe est un élément bien ancré dans la tradition juridique suisse, qui a largement fait ses preuves, notamment du fait de sa simplicité et de sa clarté. Elle considère par conséquent qu'il n'est pas nécessaire de l'adapter, eu égard également à l'évolution actuelle des taux d'intérêt du marché et au fait que, pour produire l'effet disciplinant escompté face au phénomène indésirable des retards de paiement, le taux d'intérêt moratoire ne peut être fixé à un niveau trop bas.

3.4 Introduction d'un taux d'intérêt variable

Actuellement, le code des obligations prévoit un *taux fixe*, qui ne tient pas compte des fluctuations des taux d'intérêt du marché. Les avantages d'un taux fixe sont sa simplicité d'application, y compris pour les non-spécialistes, et le fait qu'il s'inscrit dans la tradition juridique suisse.

Quant au *taux variable*, son avantage principal est qu'il suit l'évolution des taux d'intérêt sur le marché et reflète avec une certaine exactitude les coûts de refinancement. L'intérêt moratoire légal est, du moins dans son principe, une *indemnisation forfaitaire*³⁵, visant à compenser les dommages causés au créancier du fait qu'il ne peut pas capitaliser ni faire fructifier la somme impayée³⁶. Il contrebalance aussi en partie le fait que le débiteur en retard de paiement peut disposer de la somme due ou éviter les frais d'un crédit³⁷. En instaurant un taux fixe, le législateur a sciemment ignoré le fait que le taux de l'intérêt moratoire serait, au moment du retard de paiement, plus élevé ou moins élevé que le taux du marché – qu'il s'agisse du taux applicable au créancier ou du taux applicable de manière générale – et ne correspondrait pas au dommage causé par le retard. Si le taux du marché est plus élevé que le taux de l'intérêt moratoire, le créancier y perd. S'il est plus bas, cela profite au créancier qui réalise un gain aux frais du débiteur³⁸. Jusqu'à présent, on considèrerait que ce dernier cas de figure était l'expression du *caractère punitif* de l'intérêt moratoire³⁹, un point de vue dont la commission se distancie expressément. Pour elle, sous l'angle dogmatique, l'intérêt

³⁴ Cf. le rapport sur les résultats de la consultation, p. 3.

³⁵ ATF 130 III 591, p. 599, voir également l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 janvier 2006, n° 4C.277/2005, consid. 5.

³⁶ ATF 123 III 241, p. 245; l'intérêt moratoire est dû même si le débiteur peut prouver que le créancier n'aurait pas tiré de gain de la somme impayée, ou en aurait tiré un gain inférieur, durant la période où il était en demeure, voir ATF 129 III 535, p. 540.

³⁷ ATF 123 III 241, p. 245.

³⁸ Weber Rolf H., *Neukonzeption der Verzugszinsregelung*, Mélanges Eugen Bucher, Berne 2009, p. 781 ss, 789.

³⁹ ATF 130 III 312, p. 319 s.

moratoire est une compensation des désavantages subis par le créancier que le législateur lui accorde au détriment du débiteur en demeure.

Les fluctuations inhérentes au *taux variable* pourraient par contre représenter un inconvénient. Les personnes qui ne manipulent pas régulièrement les intérêts moratoires n'ont guère de chances d'en connaître le taux actuel. De plus, les intérêts doivent souvent être calculés rétroactivement, ce qui peut impliquer l'application de plusieurs taux successifs et des calculs complexes. La commission relève toutefois que, dans les transactions commerciales, par exemple sur le marché hypothécaire, on travaille déjà régulièrement avec des taux d'intérêt flexibles et l'économie a déjà suffisamment d'expérience en matière de calcul d'intérêts à l'aide de logiciels comptables. Il est en outre possible de simplifier l'application de l'intérêt moratoire en arrondissant le taux d'intérêt de référence au nombre entier le plus proche, conformément aux règles de l'arrondi commercial, et en donnant au Conseil fédéral la compétence de fixer le taux d'intérêt légal *pour chaque année civile* par voie d'ordonnance.

3.5 Mise en œuvre

Lier le taux de l'intérêt moratoire à l'évolution des taux d'intérêt du marché, comme le demande l'initiative parlementaire, peut se faire par l'instauration d'un taux d'intérêt variable fondé sur un taux de référence; aux yeux de la commission, cette solution permet de refléter les taux d'intérêt appliqués sur le marché.

3.5.1 Taux d'intérêt de référence: le SARON

Encore récemment, le LIBOR était largement considéré comme le taux d'intérêt de référence en Suisse. L'autorité de réglementation du LIBOR a décidé de l'abandonner suite au scandale lié à la manipulation de ce taux en 2011. Dans la pratique, le LIBOR a été remplacé par le *Swiss Average Rate Overnight* (SARON) composé à trois mois (SAR3MC). Ce taux d'intérêt est basé sur les transactions conclues et sur les offres (*quotes*) négociables sur le marché interbancaire des repos. Le SARON est aujourd'hui largement répandu en Suisse comme taux d'intérêt de référence pour les produits financiers; il est le taux d'intérêt le plus fiable parmi les taux à court terme du marché financier.

3.5.2 Majoration de deux points et taux maximum

Le SARON reflète les mouvements sur le marché financier. Cependant, il ne serait pas approprié de s'y référer directement; s'il était très bas, ou même négatif, plus aucun intérêt moratoire ne serait dû. Il est donc proposé de majorer le SARON de deux points de pourcentage. Le taux ainsi calculé est ensuite arrondi au nombre entier le plus proche, ce qui permet d'éviter que les calculs d'intérêts ne deviennent trop compliqués. Depuis l'année 2000, le SAR3MC a oscillé entre -0,7557 et 3,3574, de sorte que le taux d'intérêt moratoire calculé sur ce taux de référence aurait ainsi oscillé entre

1 % et 5 %. Un taux d'intérêt à 1 % semble cependant trop bas pour inciter un débiteur en demeure à s'acquitter de son obligation; il se justifie ainsi de prévoir un taux minimum de 2 %. La fixation d'un taux d'intérêt maximal à 15 % – calqué sur les taux prévus par la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)⁴⁰ – semble également appropriée pour éviter les abus.

3.5.3 Fixation et adaptation du taux de l'intérêt moratoire par le Conseil fédéral

Dans l'intérêt de la sécurité du droit, le taux d'intérêt dynamique ne doit pas découler directement du texte de la loi. Il est plus approprié que le Conseil fédéral le fixe chaque année dans une ordonnance, en appliquant le mécanisme prévu dans la loi. Cela permettra d'identifier clairement le taux déterminant et de consulter celui qui était applicable les années précédentes.

3.6 Nature dispositive de la norme

Le code des obligations est fondé sur le principe de la liberté contractuelle; comme sous le droit en vigueur⁴¹, les parties pourront convenir d'une solution qui s'écarte de la loi et fixer un taux d'intérêt variable plus élevé ou plus bas, ou encore un taux fixe.

3.7 Pas de restriction du champ d'application

À la lecture du développement de l'initiative, il apparaît clairement que celle-ci vise les *entreprises*. Or, en comparaison internationale, le taux de l'intérêt moratoire dû par les consommateurs est souvent plus faible que celui des entreprises (voir le tableau au ch. 2.2; l'art. 104 CO va aussi dans cette direction). Il ne semble donc pas approprié de baisser les taux uniquement pour les consommateurs ou uniquement pour les commerçants; il convient d'appliquer la réduction à *tous les débiteurs*.

3.8 Abrogation de la disposition applicable entre commerçant (art. 104, al. 3, CO)

Le code des obligations contient une règle spéciale applicable aux relations entre commerçants: il s'agit de l'art. 104, al. 3, selon lequel, entre commerçants, tant que l'escompte dans le lieu du paiement est d'un taux supérieur à 5 %, l'intérêt moratoire peut être calculé au taux de l'escompte. La disposition ne précise pas davantage à qui elle s'applique. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne suffit pas qu'une personne exerce l'activité de commerçant pour jouir du privilège de l'art. 104, al. 3, CO. Selon lui, la disposition ne concerne que la *vente commerciale objective*, c'est-à-dire

⁴⁰ RS 221.214.1

⁴¹ ATF 117 V 349, p. 350

que la transaction concernée par le retard de paiement doit relever objectivement des relations commerciales: l'affaire doit être en rapport direct avec l'activité commerciale des deux parties⁴².

En outre, l'art. 104, al. 3, CO, tel qu'il est formulé, n'est guère appliqué. Le «taux de l'escompte» (*üblicher Bankdiskonto, sconto bancario ordinario*), sur lequel s'aligne le taux de l'intérêt moratoire, n'est pas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le taux d'intérêt appliqué par la Banque nationale aux crédits en comptes courants; il s'agit du taux de l'escompte privé, soit le taux auquel les banques escomptent les effets bancaires et les effets de change sur des débiteurs de premier ordre⁴³. Le montant de ce taux de l'escompte est fixé individuellement, selon la liquidité des marchés financiers, l'échéance, la monnaie et la solvabilité du souscripteur. Ce n'est pas une valeur objectivement observable; chaque banque utilise un autre taux⁴⁴, quand elle n'applique pas des taux différents selon les clients. Comme il lui est difficile de prouver quel serait ce taux dans son cas particulier, le créancier ne peut guère, en pratique, démontrer qu'il serait supérieur au taux légal de 5 % de l'intérêt moratoire⁴⁵. L'art. 104, al. 3, CO est donc resté lettre morte⁴⁶. Pour ces motifs, le présent projet prévoit l'abrogation de cette disposition. Si les parties souhaitent être soumises à des règles particulières, elles pourront toujours le faire par contrat.

4 **Commentaire par article**

Art. 73, al. 1, P-CO

L'art. 73, al. 1, CO prévoit que celui qui doit des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention, ni par la loi ou l'usage, les acquitte au taux annuel de 5 %. Cette disposition ne s'applique pas à l'intérêt moratoire, mais vise le montant des intérêts dans le droit des contrats en général. Le Tribunal fédéral, en appliquant cette disposition par analogie, a fixé à 5 % l'intérêt compensatoire dû sur les créances en dommages-intérêts résultant d'un acte illicite (art. 41 ss. CO); il en a fait de même pour les créances issues du droit de la société anonyme et du droit public. Compte tenu du but visé par l'initiative parlementaire, ce taux d'intérêt devrait être réduit. Il devrait si possible correspondre au taux d'intérêt qui sera fixé à l'art 104, al. 1, CO, ce qui répond également au souhait d'uniformisation exprimé dans l'initiative. Dès lors, l'art. 73, al. 1, CO ne fixera plus un taux d'intérêt concret, mais renverra directement à l'art. 104, al. 1, CO.

Art. 104 P-CO

L'al. 1 prévoit uniquement que le débiteur qui est en demeure doit un intérêt moratoire. Comme les autres dispositions du droit des contrats, cette règle est de nature

⁴² ATF 122 III 53, p. 55 s.

⁴³ ATF 116 II 140, p. 140 s.

⁴⁴ Kuster Matthias, Der Verzugszinssatz unter Kaufleuten nach Art. 104 Abs. 3 OR, PJA 2008, p. 275 ss, 278.

⁴⁵ Kuster, *op. cit.*, p. 278

⁴⁶ Weber, *op. cit.*, p. 790

dispositive, c'est-à-dire que les parties peuvent, par contrat, supprimer l'obligation de payer des intérêts moratoires. Il n'est pas nécessaire de le mentionner explicitement dans la loi.

L'*al.* 2 règle le taux de l'intérêt moratoire légal. C'est le Conseil fédéral qui le fixera chaque année, par voie d'ordonnance. Il sera lié par le mode de calcul prévu dans la loi, de sorte qu'il ne disposera d'aucune marge de manœuvre: le taux d'intérêt correspondra au SARON composé à trois mois, majoré de 2 points de pourcentage; la valeur ainsi calculée sera arrondie vers le haut ou vers le bas à l'entier le plus proche. La disposition, certes plus compliquée que le droit actuel, restera compréhensible et applicable pour des non-spécialistes, car un seul taux d'intérêt vaudra pour chaque année civile.

Afin d'éviter que le taux déterminant ne devienne trop bas ou même négatif, la loi fixe un taux d'intérêt minimum de 2 %. Sans cela, un débiteur en demeure n'aurait aucun intérêt à exécuter ses obligations dans les délais lorsque le SARON est négatif.

Le taux de l'intérêt moratoire légal ne pourra par ailleurs pas excéder 15 % l'an, par analogie avec l'art. 14 LCC.⁴⁷ Cette limite liera uniquement le Conseil fédéral lorsqu'il fixera annuellement le taux. Les parties pourront convenir d'un intérêt supérieur, du fait de la nature dispositive de l'art. 104 P-CO, dès lors que les dispositions impératives de la loi seront respectées (par ex. l'art. 14 LCC ou les art. 21 et 163, al. 3, CO).

L'*al.* 3 contient le principe, actuellement exprimé à l'*al.* 1, selon lequel l'intérêt moratoire légal est dû même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel. Il reprend également la réglementation de l'actuel al 2, qui vise le cas où le contrat stipule un intérêt supérieur. Il faut s'attendre à ce que cette disposition s'applique plus souvent une fois que le taux de l'intérêt moratoire aura été abaissé.

L'*al.* 3 est purement et simplement supprimé (cf. le ch. 3.8).

5 Droit transitoire

Pour ce qui est du droit transitoire, l'art. 1 du titre final du code civil⁴⁸ s'applique. Il s'ensuit qu'un débiteur en demeure devra l'intérêt moratoire prévu par l'ancien droit (art. 104 CO) pour toute la période précédant l'entrée en vigueur de la modification proposée. Le nouveau taux de l'intérêt moratoire (art. 104 P-CO) s'appliquera à la période postérieure à cette date, même si le débiteur s'est trouvé en demeure avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.

À partir de cette date, le taux applicable sera celui en vigueur pendant la période où le débiteur se trouve en demeure. Dans l'option d'un taux d'intérêt variable, il se peut que plusieurs taux s'appliquent à la même créance en souffrance en raison de l'adaptation annuelle du taux par le Conseil fédéral.

⁴⁷ RS 221.214.1

⁴⁸ RS 210

6 Conséquences

6.1 Conséquences pour la Confédération

Du fait que ses conditions générales renvoient au code des obligations, la Confédération devra payer le nouvel intérêt moratoire si elle se trouve en demeure pour les sommes d'argent dont elle est débitrice après avoir acquis des biens ou services de tiers. Ses coûts en cas de retard de paiement dépendront de la situation sur les marchés financiers.

6.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les cantons et les communes seront concernés dans la mesure où leur législation ou leurs conditions générales se réfèrent au code des obligations. Il leur sera loisible d'adapter leur droit ou leurs conditions générales pour appliquer des règles dérogatoires dans leur domaine d'activité.

6.3 Conséquences pour l'économie

Les débiteurs en demeure seront moins lourdement pénalisés par la réglementation proposée, au vu des taux du marché actuels; les créanciers obtiendront, quant à eux, une compensation plus faible en cas de demeure.

Comme il faut s'attendre à ce que le nouveau taux d'intérêt soit souvent inférieur aux taux d'intérêt du marché applicables aux prêts sans garantie, les débiteurs pourraient être incités à ne pas payer leurs factures à temps, ce qui pourrait conduire à une détérioration générale des délais de paiement. Il pourrait donc y avoir des conséquences négatives pour les créanciers concernés et éventuellement aussi pour l'économie dans son ensemble; il est toutefois impossible de les chiffrer.