



ad 16.470

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

**Rapport du 28 avril 2023 de la Commission des affaires juridiques
du Conseil national**

Avis du Conseil fédéral

du 16 août 2023

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'art. 112, al. 3, de la loi sur le Parlement, nous nous prononçons comme suit sur le rapport du 28 avril 2023 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national concernant l'initiative parlementaire 16.470 «Aligner l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération sur les taux du marché»¹.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

16 août 2023

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

¹ FF 2023 1335

Avis

1 Contexte

Le 29 septembre 2016, le conseiller national Fabio Regazzi a déposé l'initiative parlementaire 16.470 «Aligner l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération sur les taux du marché». Compte tenu du contexte économique difficile de l'époque, notamment marqué par le franc fort et des taux d'intérêts économiques négatifs appliqués par certaines banques, il a estimé que l'intérêt moratoire de 5 % prévu par l'art. 104 du code des obligations (CO)² mettait les PME suisses en difficulté et qu'il fallait donc l'adapter à cette nouvelle réalité.

Le 19 octobre 2017, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (ci-après: la commission) a décidé de donner suite à cette initiative parlementaire. 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. Le 3 février 2022, la commission a décidé par 13 voix contre 11 et une abstention de proposer au Conseil national de ne pas donner suite à 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.

Lors de sa séance du 23 juin 2022, la commission a adopté le rapport et l'avant-projet, avec deux solutions: la première avec un taux variable basé sur le *Swiss Average Rate Overnight* (ci-après: SARON) et la seconde avec un taux fixe abaissé à 3 %. La procédure de consultation a duré du 7 juillet au 28 octobre 2022. Le rapport sur ses résultats³ montre que ces propositions ont reçu un accueil très mitigé: pour une majorité de 15 cantons, un parti et 6 organisations, la réforme proposée ne convainc pas et le statu quo est favorisé. Parmi les participants en faveur d'une modification législative, 9 cantons, 4 partis et une organisation soutiennent la solution 1 (taux variable). De manière générale, on constate que le projet de modification est soutenu par les partis politiques (4 sur 5), mais largement rejeté par les cantons (15 sur 25) et les milieux économiques (6 sur 8).

Le 28 avril 2023, la commission a pris connaissance des résultats de la procédure de consultation. Par 15 voix contre 7, et bien qu'une majorité des participants à la procédure de consultation se soient opposés à toute modification législative, la commission a décidé de ne pas classer l'intervention parlementaire et d'envoyer un projet de modification à son conseil. Elle a opté à l'unanimité pour la solution 1 (taux variable), sans la modifier, puis a finalement adopté le projet par 17 voix contre 5 et aucune abstention. Une minorité de la commission propose de ne pas entrer en matière.

² RS 220

³ Synthèse du 28 avril 2023 des résultats de la procédure de consultation, disponible sur www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2022 > Parl.

2 Avis du Conseil fédéral

2.1 Bref rappel historique

Ce n'est pas la première fois que le Conseil fédéral se penche sur la question du taux d'intérêt moratoire de 5 % prévu par l'art. 104 CO. Faisant suite à la motion 08.3169 «Sanctionner les mauvais payeurs», il a mis en consultation en 2010 un avant-projet qui proposait de faire passer ce taux à 10 % uniquement dans les transactions commerciales, toutes les autres transactions restant soumises au taux de 5 %. Cette proposition ayant été très mal reçue en consultation, le Conseil fédéral a proposé au Parlement de classer la motion⁴, ce que ce dernier a fait en mars 2013.

Dix ans plus tard, le Conseil fédéral doit donc se pencher sur une proposition inverse, qui aurait pour conséquence d'abaisser le taux d'intérêt moratoire. En effet, compte tenu de la valeur actuelle du SARON, l'intérêt moratoire obtenu sur la base de la proposition de la commission serait de 3 %.

Dans ce contexte, il sied de noter qu'en droit public fédéral, le taux d'intérêt moratoire a récemment été harmonisé pour donner suite à la motion 16.3055⁵. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2022, ce taux est de 4 % pour l'impôt fédéral direct, la TVA et les autres droits, redevances et impôts perçus par la Confédération. En revanche, il est de 5 % pour les cotisations des assurances sociales.

2.2 Considérations générales

Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire de modifier l'art. 104 CO. Aussi ne soutient-il pas la proposition de la commission de remplacer le taux d'intérêt moratoire fixe de 5 % par un taux variable, aligné sur le SARON. Les raisons principales en sont les suivantes:

- Tout d'abord, comme l'ont rappelé avec raison certains participants à la procédure de consultation, le contexte économique actuel n'est plus du tout le même que celui qui régnait en 2016, au moment du dépôt de l'initiative parlementaire. Or, c'est ce contexte qui avait été invoqué comme motif principal de la révision. À l'époque, les taux de référence étaient extrêmement bas, voire négatifs, ce qui avait notamment poussé certaines banques à ne plus rémunérer les avoirs placés sur des comptes épargnes. Depuis 2022 cependant, le SARON composé à trois mois (ci-après: SAR3MC) est à nouveau positif et n'a pas cessé d'augmenter, pour s'établir à environ 1,31 % au début du mois de juin 2023⁶. La situation difficile dans laquelle se trouvaient les entreprises à l'époque – et le risque de voir des coûts supplémentaires se répercuter sur les consommateurs – ne sont donc plus d'actualité, bien au contraire.

⁴ Rapport du Conseil fédéral du 4 avril 2012 sur le classement de la motion du groupe libéral-radical 08.3168 «Sanctionner les mauvais payeurs», FF **2012** 4339.

⁵ Mo. Jauslin 16.3055 «Harmoniser les intérêts perçus ou crédités au titre des impôts fédéraux» du 8 mars 2016, disponible sur www.parlament.ch.

⁶ www.six-group.com > Marktdaten > Indizes > Log-In Data Center > SARON.

- Contrairement à ce que soutient la majorité de la commission, le taux de l'intérêt moratoire n'a pas uniquement pour vocation de réparer le dommage subi par le créancier du fait du retard; il vise également à inciter le débiteur en demeure à s'acquitter de sa dette dans les meilleurs délais et donc à renforcer ce qu'on appelle la «morale de paiement». Le rapport de la commission indique d'ailleurs avec raison que, suite à l'augmentation de l'intérêt moratoire dans les transactions commerciales, les pays de l'Union européenne sont parvenus à renforcer la ponctualité des paiements⁷, ce qui démontre son influence sur le comportement des débiteurs. De plus, le Tribunal fédéral a reconnu que l'élément de pénalisation était inhérent à l'intérêt moratoire lorsqu'il jouait en défaveur du débiteur⁸.
- De l'avis du Conseil fédéral, l'aspect lié à la morale de paiement est une composante essentielle de l'intérêt moratoire dont on ne saurait faire totalement abstraction: un débiteur en demeure ne doit pas être placé dans une situation à ce point confortable que le règlement immédiat de sa dette n'aurait aucun avantage pour lui. Dans une certaine mesure, la commission admet elle-même cette réalité puisqu'elle propose, d'une part, de majorer le taux de référence de 2 points de pourcentage et, d'autre part, de fixer un taux minimal de 2 %. Cette proposition confirme bien la volonté de la commission de maintenir une certaine pression sur les épaules du débiteur, même dans l'hypothèse où le taux de référence devait à nouveau plonger en dessous de zéro. Finalement, tout comme on peut reprocher au taux actuel de 5 % un certain schématisme, on peut reprocher à la majoration de 2 points de pourcentage et au taux minimal de 2 % de reposer sur des approximations et/ou des moyennes qui ne reflètent que partiellement la réalité économique.
- Le Conseil fédéral n'est pas convaincu de l'argument de la majorité de la commission selon lequel le taux fixe de 5 % inciterait le créancier à retarder le recouvrement de sa créance – notamment en faisant usage de manœuvres dilatoires en cours de procédure – dans le but d'obtenir un meilleur rendement que celui qu'il pourrait obtenir en investissant sur les marchés traditionnels. Cette situation est tout d'abord difficilement envisageable dans le domaine commercial. Les données récentes montrent en effet que les retards de paiement sont une réalité pour 83 % des entreprises suisses et qu'ils sont la source de difficultés. Ils affectent tout particulièrement les PME, car elles disposent souvent de peu de liquidités et dépendent uniquement de quelques mandats⁹. Il est donc vital pour le monde économique de pouvoir compter sur le respect des délais de paiement.

Quant au domaine non commercial, on ne voit pas non plus dans quelle situation un créancier trouverait avantageux de ne pas réclamer son dû au plus vite. Si, par exemple, la créance découle d'un dommage pour acte illicite, un avocat diligent ne saurait décemment conseiller à son client de faire traîner le procès

⁷ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 28 avril 2023, p. 6, FF 2023 1335.

⁸ ATF 130 III 312, cons. 7.1; Thévenoz, CR CO I, n. 12 ad art. 104

⁹ www.kmu.admin.ch > Actuel > Thème du mois > 2022 > Retards et défauts de paiement: que faire?

pour obtenir une indemnité plus importante grâce aux intérêts moratoires. Dans une telle situation, le fait d'obtenir des liquidités rapidement est crucial. Les manœuvres dilatoires sont en tout état de cause déjà suffisamment encadrées par l'obligation de faire valoir ses droits de manière conforme au principe de la bonne foi, obligation consacrée par les art. 2 du code civil (CC)¹⁰ et 52 du code de procédure civile (CPC)¹¹.

Le Conseil fédéral est donc d'avis que l'utilisation potentiellement abusive de l'intérêt moratoire est un problème marginal qui ne suffit pas à justifier une modification de l'art. 104 CO.

- Le taux de l'intérêt moratoire prévu par l'art. 104 CO est applicable tant aux relations commerciales qu'aux relations non commerciales. Depuis l'adoption de la directive 2011/7/UE¹², le système suisse est devenu plutôt exceptionnel en Europe. Dans ce contexte, le Conseil fédéral avait examiné en 2010 l'opportunité de porter à 10 % le taux de l'intérêt moratoire dans les rapports commerciaux uniquement. Suite à la procédure de consultation, cette idée a cependant été abandonnée¹³. Avec l'adoption de la proposition de la majorité de la commission, la Suisse serait donc singulière à deux égards: elle continuerait de traiter de manière identique les transactions commerciales et non commerciales et, surtout, elle consacrerait un taux d'intérêt moratoire plutôt bas par rapport aux pays européens, comme l'illustre le tableau suivant (chiffres calculés sur la base des données valables en mai 2023):

Pays	Transactions commerciales	Transactions avec les consommateurs
Allemagne	10,62 %	6,62 %
France	10,5 %	4,47 %
Autriche	11,08 %	4 %
Italie	10,5 %	5 %
Belgique	10,5%	5,25 %
Suisse (projet)	3 %	3 %

Dans un tel contexte, le Conseil fédéral estime que baisser le taux de l'intérêt moratoire enverrait un mauvais signal aux débiteurs. Ceux-ci pourraient en particulier être tentés de s'acquitter de leur dû moins rapidement auprès des entreprises suisses qu'auprès des entreprises étrangères.

Si on devait admettre le principe d'une flexibilisation du taux d'intérêt moratoire, il apparaît clairement que le taux de majoration de 2 points de pourcentage ainsi que le taux minimal de 2 % prévus sont bien trop bas, en particulier

¹⁰ RS 210

¹¹ RS 272

¹² Directive 2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JO L 48 du 23.02.2011.

¹³ Voir ch. 2.1.

dans le domaine commercial. Cela s'explique notamment par le fait que, du point de vue du Conseil fédéral, le lien entre le taux d'intérêt moratoire et le taux d'intérêt du marché est problématique et ne permet pas d'atteindre le but visé. Dans la mesure où la commission justifie la révision en se référant au niveau des taux d'intérêt créditeurs applicables aux avoirs et les dépôts d'épargne, son approche repose sur un malentendu économique: lorsqu'une entreprise doit utiliser une ligne de crédit (non garantie par sûretés) sur son compte commercial en raison d'un retard ou d'une défaillance de paiement de son débiteur, elle doit typiquement des intérêts débiteurs d'environ de 9 % par an au minimum, plus une éventuelle commission de crédit, comme l'a été souligné dans la procédure de consultation.¹⁴ En comparaison, les 5 % de l'art. 104 CO actuel restent modestes. En tout cas, dans la forme proposée, cela conduit à ce taux d'intérêt disproportionnellement bas en comparaison européenne.

- Comme plusieurs participants à la procédure de consultation l'ont souligné, il ne faut pas sous-estimer non plus l'argument selon lequel le taux fixe de 5 % existe dans le CO depuis son origine et qu'il est ainsi bien connu en pratique. De plus, il est simple d'utilisation, compréhensible par tous et surtout, relativement équilibré si l'on considère qu'il s'applique tant aux transactions commerciales que non commerciales.
- Dans le prolongement de l'argument précédent, il faut reconnaître que le résultat de la procédure de consultation est assez clair: 15 cantons, un parti politique et 6 organisations se sont prononcés en faveur du statu quo. Ces participants ont rappelé que le taux était considéré comme ancré dans la tradition juridique suisse, que les options proposées risqueraient de pousser les créanciers à prévoir contractuellement un taux encore plus élevé que celui pratiqué sur les marchés et que le droit actuel était simple et compréhensible. À l'inverse, ils ont mentionné qu'un taux variable engendrerait des coûts pour les acteurs économiques et, dans la mesure où il ne serait adapté qu'une fois l'an, qu'il serait de toute façon en décalage avec la réalité économique. Le Conseil fédéral peut souscrire à l'ensemble de ces considérations et se voit ainsi renforcé dans son avis.
- Enfin, il faut garder à l'esprit que l'art. 104 CO est de droit dispositif, de sorte que les parties sont dans tous les cas libres de convenir un taux d'intérêt moratoire plus ou moins élevé, voire de l'exclure totalement¹⁵. Les efforts déployés par le législateur pour éviter les désagréments que pourrait avoir le taux fixe de 5 % dans certaines situations n'auront ainsi pas un impact aussi déterminant que ce qui est prétendu.

¹⁴ Synthèse du 28 avril 2023 des résultats de la procédure de consultation (note de bas de page 3), p. 8.

¹⁵ ATF 125 III 443, cons. 3d; 119 V 131, cons. 4a.

2.3 Sur l'entrée en matière

Pour les motifs exposés au ch. 2.2, le Conseil fédéral propose de ne pas entrer en matière sur le projet et de suivre la minorité de la commission. Le taux de l'intérêt moratoire fixe à 5 % est bien ancré dans la tradition juridique suisse, a fait ses preuves, est facile d'utilisation et est bien compris de l'ensemble des acteurs économiques et des particuliers. En outre, le contexte économique actuel n'est plus le même que celui qui existait au moment du dépôt de l'initiative parlementaire, de sorte que le besoin d'alléger la charge des entreprises ne se fait plus sentir de manière aussi importante. Dans son principe, le rattachement du taux d'intérêt moratoire au taux d'intérêt du marché tel qu'il est proposé ne semble pas pertinent. Enfin, il faut éviter d'agrandir encore plus le fossé entre les taux d'intérêt moratoire pratiqués par notre pays et ceux pratiqués par les pays de l'Union européenne.

2.4 Sur le texte proposé

S'il devait être donné suite à la proposition de la majorité de la commission, le Conseil fédéral proposerait alors deux modifications: une modification formelle sans incidence sur le fond liée à la technique législative, et une modification matérielle relative au taux minimum et à la majoration.

S'agissant tout d'abord de la forme, le Conseil fédéral partage l'avis de la commission selon lequel il paraît opportun de fonder le calcul de l'intérêt moratoire sur le SARON. Le Conseil fédéral estime cependant qu'il n'est pas adéquat, du point de vue de la technique législative, de mentionner expressément le SARON dans le texte de loi. Il faut en effet tenir compte du fait que ce taux peut être abandonné au profit d'un autre¹⁶, que ses bases de calcul peuvent évoluer, que sa dénomination peut changer. Se poserait alors inévitablement la question de savoir comment calculer l'intérêt moratoire et, dans ce contexte, si le renvoi au SARON prévu par le législateur est statique ou dynamique. Cela créerait une insécurité juridique indésirable. De plus, l'adoption annuelle d'une ordonnance par le Conseil fédéral pour procéder à un simple calcul est inutilement lourde. Il est donc proposé, dans le texte légal, de décrire le SARON en des termes généraux et abstraits ainsi que de fixer les bases de calcul du taux de référence (majoration, taux minimal et maximal, etc.), tout en chargeant en même temps le Conseil fédéral de régler les détails. C'est ainsi dans une ordonnance du Conseil fédéral que seront expressément mentionnés le SARON et la période d'observation de 3 mois pour établir la moyenne. Le Conseil fédéral pourrait également charger un service de l'administration de réexaminer le taux chaque année. Un modèle très comparable existe déjà depuis quelques années dans le domaine du crédit à la consommation¹⁷. Il respecte au surplus entièrement l'esprit de la proposition de la commission, tout en étant plus flexible. Dès lors, si le SARON devait être impacté par un des événements

¹⁶ C'est ce qui s'est passé pour le LIBOR en 2021.

¹⁷ L'art. 14 de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1) décrit dans les grandes lignes le taux d'intérêt maximum et charge le Conseil fédéral de fixer le taux. L'art. 1 de l'ordonnance du 6 novembre 2002 relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (RS 221.214.11) définit les bases de calcul exactes et charge le DFJP de réexaminer le taux chaque année.

susmentionnés, il serait possible de s'adapter à cette nouvelle réalité en modifiant l'ordonnance, sans qu'il soit nécessaire de passer par une réforme législative, par définition longue et fastidieuse. Le processus législatif ordinaire ne permet en effet bien souvent pas de réagir suffisamment rapidement à des événements soudains et imprévisibles.

Sur le fond, et s'agissant de l'art. 104, al. 2, P-CO, le Conseil fédéral propose de faire passer la majoration de 2 à 3 points de pourcentage et de fixer le taux minimal à 3 %, comme cela a été proposé par une minorité de deux cantons, un parti et trois organisations dans la procédure de consultation¹⁸. Cette augmentation du taux de majoration atténuerait ainsi légèrement la différence avec les pays de l'Union européenne évoquée plus haut. Elle soutiendrait également de manière plus claire le principe selon lequel l'intérêt moratoire doit inciter les débiteurs à s'acquitter de leur dû dans les meilleurs délais. On a vu en effet qu'un taux plus élevé permettait d'améliorer la ponctualité des paiements, ce dont on doit tenir compte. Précisons encore qu'avec cette proposition, le taux d'intérêt flexible calculé sur la base du SAR3MC actuel s'établirait à 4 %, soit pratiquement au niveau du taux d'intérêt de 5 %.

L'adaptation rédactionnelle de l'art. 73, al. 1, CO et l'abrogation de l'art. 104, al. 3, CO n'appellent pas de commentaires et pourraient être approuvées.

3 Propositions du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral propose de ne pas entrer en matière sur le projet de la commission et, subsidiairement, de le modifier comme suit:

Art. 104, al. 2

² Le taux de l'intérêt moratoire est fixé chaque année pour l'année civile suivante. Il correspond à la moyenne des taux d'intérêt pratiqués en Suisse pour les prêts interbancaires sécurisés, majorée de 3 points. Le taux ainsi calculé est arrondi au nombre entier le plus proche conformément aux règles de l'arrondi commercial. Il est au minimum de 3 % et au maximum de 15 % par an. Le Conseil fédéral règle les modalités de fixation du taux de l'intérêt moratoire, notamment la manière de déterminer la moyenne.

¹⁸ Synthèse du 28 avril 2023 des résultats de la procédure de consultation (note de bas de page 3), p. 6.