Le contentieux de l'impayé : approche comparative entre la France et le Maroc

Zakaria Bouabidi

▶ **To cite this version:**

Zakaria Bouabidi. Le contentieux de l'impayé : approche comparative entre la France et le Maroc. Droit. Université de Toulon; Université Abdelmalek Essaâdi (Tétouan, Maroc), 2013. Français. NNT : 2013TOUL0070 . tel-00862071

HAL Id: tel-00862071

https://theses.hal.science/tel-00862071

Submitted on 16 Sep 2013

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.

Civilisations et Sociétés euro-méditerranéennes et comparées

Centre de Droit et de Politique Comparés

Centre des études doctorales : Droit économie et gestion

Le contentieux de l'impayé : approche comparative entre la France et le Maroc

Présenté par :

Zakaria BOUABIDI

Thèse de Doctorat en co-tutelle pour l'obtention du titre de Docteur en Droit Privé.

2012 / 2013

Thèse dirigée par :

M. Abdelilah BOULAICH	Professeurà l'Université Abdelmalek Essaadi
Mme Marie LAMOUREUX	Professeur à l'université de Toulon

JURY :

M. Abdelilah BOULAICH	Professeur à l'Université Abdelmalek Essaadi (Directeur)
Mme Marie LAMOUREUX	Professeur à l'université de Toulon (Directeur)
M. Abdallah OUNNIR	Professeur Habilité à l'Université Abdelmalek Essaadi (Rapporteur)
M. Bastien BRIGNON	Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (Rapporteur)
M. Frédéric BUY	Professeur à l'université d'Auvergne (Rapporteur)

Civilisations et Sociétés euro-méditerranéennes et comparées

Centre de Droit et de Politique Comparés

Centre des études doctorales : Droit économie et gestion

Le contentieux de l'impayé : approche comparative entre la France et le Maroc

Présenté par :

Zakaria BOUABIDI

Thèse de Doctorat en co-tutelle pour l'obtention du titre de Docteur en Droit Privé.

2012 / 2013

Thèse dirigée par :

M. Abdelilah BOULAICH	Professeurà l'Université Abdelmalek Essaadi
Mme Marie LAMOUREUX	Professeur à l'université de Toulon

JURY :

M. Abdelilah BOULAICH	Professeur à l'Université Abdelmalek Essaadi (Directeur)
Mme Marie LAMOUREUX	Professeur à l'université de Toulon (Directeur)
M. Abdallah OUNNIR	Professeur Habilité à l'Université Abdelmalek Essaadi(Rapporteur)
M. Bastien BRIGNON	Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (Rapporteur)
M. Frédéric BUY	Professeur à l'université d'Auvergne (Rapporteur)

L’Université Du SUD TOULON VAR et L’Université ABDELMALEK ESSAADI n’entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A la mémoire de mon père...

REMERCIEMENTS

Ma gratitude s'adresse à mes parents, à mes frères et ma sœur, à Yasmina.

A tous les professeurs ayant contribué à ma formation, particulièrement mes directeurs de thèse.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LE CONTENTIEUX DE L'IMPAYE : ENTRE EXPANSION DU PHENOMENE ET LE BASCULEMENT VERS D'AUTRES PROCEDURES

TITRE 1 : LES LACUNES DU PROCESSUS DE RECOUVREMENT AU MAROC

CHAPITRE 1 : UN SYSTEME DE RECOUVREMENT EN SOUFFRANCE, EMPIRE PAR L'ACCROISSEMENT DE L'IMPAYE

CHAPITRE 2 : LES PRINCIPALES DIFFICULTES DU RECOUVREMENT

TITRE 2 : LE BASCULEMENT DU CONTENTIEUX DE L'IMPAYE EN FRANCE VERS D'AUTRES PROCEDURES CONTENTIEUSES

CHAPITRE 1 : UNE DERIVATION CROISSANTE FONCTION DE L'EVOLUTION LEGISLATIVE DU DROIT DU SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS

CHAPITRE 2 : UNE DERIVATION CROISSANTE, FONCTION DE L'ELARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DES PROCEDURES DU TRAITEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

PARTIE 2 : VERS UN PROCESSUS DE RECOUVREMENT MAROCAIN INSPIRE DE LA LEGISLATION ET DE LA PRATIQUE FRANÇAISE ?

TITRE 1 : UNE POLITIQUE DE RECOUVREMENT FONDEE SUR LA DEJUDICIARISATION ET L'EXTERNALISATION DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE

CHAPITRE 1 : LA DEJUDICIARISATION DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE

CHAPITRE 2 **:** L'EXTERNALISATION DU TRAITEMENT DE L'IMPAYE

TITRE 2 :L'IMPACT POSITIF D'UN DROIT DES SURETES RENOVE SUR LE CONTENTIEUX DE L'IMPAYE

CHAPITRE 1 : LES SURETES PORTANT SUR LA PROPRIETE GARANTIE

CHAPITRE 2 : LES SURETES FAISANT JOUER LE PACTE COMMISSOIRE ET L'ATTRIBUTION JUDICIAIRE

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Publications

AEDEF	Association Européenne pour le droit bancaire et financier
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
ASF	Association Française des sociétés
B.O	Bulletin officiel
Banque	Revue Banque
Banque et droit	Revue Banque et Droit
Bull. ch. mixte	Bulletin chambre mixte
Bull. Civ	Bulletin civil
Bull. Crim	Bulletin criminel
Cah. dr. Entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
CEDCACE	Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique de l'université de Paris Ouest-Nanterre La défense
CERCRID	Centre de recherches critiques sur le droit
CMEJ	Centre Marocain des études juridiques
CNB	conseil national des barreaux
CNUDCI	Commission des nations unies pour le droit commercial international
CPU	Centre de publication universitaire
CRIJE	Centre de recherche individus, justice, entreprises
D.	Recueil Dalloz
D.P.D.E	Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises

D.P.D.E.A	Dictionnaire permanent, Droit européen des affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DMF	Droit maritime français
DPA	Dictionnaire permanant, assurances
Dr. et patr.	Droit et patrimoines
Dr. Et Proc	Droit et procédures
Dr. et procédures	Revue droit et procédures
E.J.D	Encyclopédie juridique Dalloz
EJT	Editions Juridiques et Techniques
EMAREM	La Revue Marocaine de Recherche en Management et marketing
ENM	Ecole nationale de la magistrature
G. P	Gazette du palais
J.O	Journal officiel
JCL. Com	Jurisclasseur commercial
JCL. Procédure civile	JurisClasseur Procédure civile
JCP G.	JurisClasseur périodique, édition Générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MPFL	Mémento pratique Francis Lefebvre
PUF	Presse universitaire de France
RDI	Revue de droit immobilier

Rép. Dr. Civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. pr. civ. Dalloz	Répertoire de procédure civil Dalloz
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD.fin.	Revue trimestrielle de droit financier
R.L.C.	Revue Lamy de la concurrence
RD banc.	Revue de droit bancaire
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RD banc. Fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rép. Com.	Répertoire commercial
Rép. Com. Dalloz	Répertoire commercial Dalloz
Rev. proc. Coll.	Revue des procédures collectives
Rev. proc. Coll.	Revue des procédures collectives
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RMDE	Revue Marocaine de Droit et d'Economie
RTD. CIV.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial

Juridictions et lois

C.A	Cour D'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ch. Mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. Crim	Cour de cassation chambre criminelle
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
DOC	Dahir des obligations et contrats
LME	Loi de modernisation de l'économie
TGI	Tribunal de grande instance

INTRODUCTION GENERALE

1. « Qui paye ses dettes s'enrichit », dit le proverbe populaire! On ne sait pas si dans une situation de crise économique, aggravée ou causée par la perversité des systèmes financiers et des mécanismes bancaires qui font fi de l'intérêt humain en cause, le sens de ce dicton reste le même. Quoi qu'il en soit, l'observation de la situation aussi bien des citoyens que des Etats montre à quel point le développement sans limites des créances impayées et des crédits avortés est de nature à perturber gravement non seulement la santé de l'économie mais également celle des mécanismes juridiques. Cette observation peut se faire dans certains pays européens comme elle peut se faire au Maroc. La comparaison historique des situations permet sans doute de comprendre comment certains pays ont pu réagir par des législations appropriées afin d'exercer un rôle sur les causes mêmes des phénomènes et, par exemple, celui de l'impayé et du contentieux qu'il génère.

Bien des ouvrages ont été écrits sur ce thème[1], ou celui de l'insolvabilité[2], ou du recouvrement des créances[3], ou de la défaillance[4], mais si intéressants soient-ils ces travaux ne semblent pas répondre complètement à une approche, au demeurant nécessaire, qui repose sur une corrélation entre le phénomène de l'impayé et celui de l'engorgement judiciaire, et sur l'analyse des causes socio-juridiques de ces phénomènes.

En effet de nos jours, le contentieux de l'impayé occupe une place importante dans les rapports personnels de l'individu civils ou commerciaux et il va sans dire que les tribunaux souffrent aussi de l'omniprésence dominatrice de tels conflits, alors que les juridictions sont appelées à juger des affaires de toute nature, et moins récurrentes.

---

[1]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005 ; A. BROCCA*, Le recouvrement de l'impayé : la pratique, la loi et la jurisprudence*, éd. 2, Dunod, 1988.

[2]- Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, 2005, *CNUDCI ;* J-L. VELLENS, L'insolvabilité des entreprises en droit comparé, éd. Lextenso, coll. Pratique des affaires, janvier 2011 ; S. PITZ- BACH, *Les risques liés à l'insolvabilité : les stratégies offertes au chef d'entreprise*, thèse Strasbourg, juillet 2008.

[3]-B. CABRIT, *Les créances, guide juridiques et pratique (vos créances : comment les gérer. Vos impayés : comment y faire face)*, éd. Du puits fleuri, 1995 ; A.CROSIO, Recouvrement de créances, éd.3, Dalloz, Paris, 1997.

[4]- A. ZENNER. ED. LARCIER ,« La philosophie sous-jacente aux nouvelles lois sur l'insolvabilité ou la faillite à travers le monde », in *La prévention de la défaillance de paiement* , Actes du 2ème congrès Danguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles,2000.

2. La généralisation[5] de l'impayé et son universalité ont entrainé une assimilation sémantique entre le terme d'impayé et celui de contentieux, bien qu'ils ne soient évidemment pas liés étymologiquement l'un à l'autre. En effet, le contentieux se définit comme étant : « *l'ensemble de litiges existant entre deux parties susceptibles d'être soumis à des juridictions* »[6] ; il s'agit également « *des questions qui sont ou qui peuvent être l'objet d'une discussion devant les tribunaux* »[7]. Et, plus largement, *c'est l'ensemble des procès se rapportant au même objet: contentieux privé, pénal, administratif, etc.*(…) En tant qu'adjectif c'est « *ce qui fait l'objet d'un désaccord, spécialement juridique. Parfois synonyme de juridictionnel.* »[8]

Par conséquent le terme de contentieux nous renvoie naturellement à la notion de litige. Considéré comme un différent d'ordre juridique[9], le litige est la condition du contentieux, et en constitue évidemment l'origine.

Quant à l'impayé, on ne trouve aucune définition juridique à proprement parler dans les ouvrages spécialisés. Et si on s'en tient aux dispositions du Larousse, il s'agit simplement d'un état, d'un fait, définition laconique qui ne traduit point l'envergure de ce phénomène.

En effet, loin d'être une simple adversité, l'impayé apparait comme une charge détonante, présente dans le quotidien de tous les acteurs de la vie des affaires, qui se manifeste comme un rude combat souvent perdu d'avance, mais qui exige à l'infini, une dextérité et une attention extrêmes. Aujourd'hui, l'impayé peut être perçu comme un problème économique, qui impacte lourdement une économie déjà alourdie par une conjoncture défavorable.

3. Si autrefois une connotation morale était attachée au fait de l'impayé[10], bien des facteurs ont contribué à sa banalisation[11] et son accentuation, qui relèvent particulièrement de l'évolution législative même. Le législateur, qui a voulu constamment harmoniser ses dispositions avec d'autres valeurs juridiques et droits fondamentaux, indicateurs potentiels

---

[5]-E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p. 3.

[6]-C.PUIGELIER, *dictionnaire de droit privé*, CPU, novembre 1999, p.128.

[7]-G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd.8, PUF 2009, p. 226

[8]- S. GUINCHARD et T. DEBARD (sous la direction), *Lexique des termes juridiques 2013*, éd.20, Dalloz, juin 2012, p.235.

[9]- L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, éd. 5, Litec 2006, n° 6, p. 3et s.

[10]-E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p. 5 et s.

[11]-M. ROUGER, « Banalisation de la défaillance de paiement (excusabilité du débiteur, doctrine Frech Start) », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles,2000, p.105 et s.

de la sphère juridique d'un pays, s'est montré au fil du temps mois austère à l'égard de l'impayé, et plus clément vis-à-vis du débiteur.

Certes, cette nouvelle vocation humaniste a donné naissance à une sorte de quiétude pour le débiteur, mais, a conduit le phénomène d'impayé à s'installer confortablement parmi les causes principales de la défaillance des entreprises[12] et de la cessation des paiements de celle-ci.

C'est qu'en effet, la notion d'impayé renvoie par antithèse à celle de paiement, lequel constitue un mode d'extinction des obligations en vertu des dispositions du code civil Français et du Dahir des obligations et contrats[13], c'est-à-dire que c'est l'exécution volontaire de toute obligation, quelle que soit sa source ou son objet. A partir de cette notion du droit civil, l'impayé apparait, *lato sensu*, comme l'inexécution d'une obligation pouvant légalement naitre entre deux ou plusieurs parties ou comme un phénomène sociétal produit par la multiplication des faits d' « impayé » et leurs analyse globale en termes juridiques sans doute mais aussi sociologique, politique ou de morale collective.

4. L'analyse de l'impayé et de son contentieux, suppose une immixtion dans plusieurs disciplines de droit qui relèvent aussi bien du droit privé que du droit public relevant étroitement du droit des affaires et incluant le droit commercial, le droit de la consommation, ou celui des procédures collectives. Cette appartenance plurielle et son domaine très vaste ont fait de ce phénomène une matière à part entière qui peut aspirer à une réglementation qui lui soit propre. Il fait du reste l'objet d'une discipline à part entière dans de nombreux systèmes juridiques sous l'appellation de « droit de l'insolvabilité », indépendante des secteurs auxquels elle était tributaire de coutume[14]. L'ampleur du phénomène et ses implications dans les diverses disciplines juridiques et aussi dans le domaine de l'éthique sociale ou dans celui de la sociologie voire de l'anthropologie ne pouvaient manquer d'attirer l'attention puis de passionner l'apprenti juriste cherchant à exposer un fait contemporain de première importance qui a pu même secouer la stabilité des Etats et à le faire sous l'angle étroit mais très éclairant de son appréhension juridique, le contentieux de l'impayé.

5. L'objet d'une telle recherche, porte sur l'ensemble des demandes formulées ou traitées devant une juridiction commerciale ou civile, et ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent ou l'exécution d'une obligation pécuniaire.

---

[12]-R.BLAZY, « Détection des causes de la défaillance d'entreprises : l'utilisation des techniques économiques et de classification », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction), Larcier, Bruxelles,2000. p.147 et s.

[13]-article 1235 et suivant et 319 et suivant respectivement.

[14]-Banque et insolvabilité, acte de colloque, acte de colloque du 16 mars 2006, organisé par la section belge de l'AEDEF, Bruylant Bruxelles, 2007, p.33 et 34

Quoiqu'il s'agisse d'un phénomène très large il ne pouvait être envisagé efficacement que sous un angle étroit, celui des relations contractuelles. Ces sommes d'argent, objet de litige opposant le créancier à son débiteur intéressent sans doute aussi le domaine délictuel ou quasi délictuel, mais également celui de l'impayé public mais, comme y incite le ministère de la justice en France qui a pris le soin de classifier dans des annuaires la nature des contrats faisant l'objet du contentieux de l'impayé[15], il apparait plus démonstratif de s'attacher à l'impayé d'origine contractuelle .

Cependant, il ne s'agit pas cependant de focaliser sur une vision trop étroite du phénomène et par conséquent la qualité du créancier ou celle du débiteur importent peu, qu'ils soient professionnels ou non, commerçant ou non commerçant, seul entre en ligne de compte l'existence d'un rapport contractuel entre les protagonistes. Cette relation contractuelle peut donc devenir contentieuse ce qui va se traduire essentiellement par une saisine du juge judiciaire, ce type de contentieux relevant de la compétence des juridictions civiles et commerciales, selon la nature de l'acte ou du contrat conclu entre les parties.

Cependant il s'agit d'envisager d'une manière précise un tel contentieux en circonscrivant son domaine : ainsi il n'y a pas lieu de confondre le contentieux de l'impayé proprement dit et celui du recouvrement et pas davantage celui de la fixation des créances. Ce dernier ne vise que la fixation du montant d'une créance non liquide par le juge. Ipso facto, seules les demandes en paiement formulées devant les juridictions civiles et commerciales, et portant sur une créance certaine, liquide et exigible, relèvent, ici, du contentieux de l'impayé objet de cette recherche.

Du point de vue de leur nature, les procédures diligentées devant ces juridictions concernent aussi bien les demandes au fond, que le référé, ou les demandes en injonction de payer. Chacune fait partie du champ du contentieux de l'impayé. Il n'y a pas lieu cependant de faire une différenciation anecdotique entre le contentieux de l'impayé au Maroc et celui de la France, eu égard à la ressemblance de l'organisation juridictionnelles des deux pays et aux relations de mimétisme juridique qui les réunissent.

6. Au Maroc, l'absence d'écrits et de recherches portant sur le contentieux de l'impayé n'amenuise en rien son importance, et, au contraire, ce type de contentieux ne cesse de s'accroitre devant l'ensemble des juridictions nationales, de plus en plus encombrées par ce contentieux[16], et qui subissent avec résignation un phénomène d'impayé explosif, et un mode de recouvrement qui s'appuie inconditionnellement sur la justice étatique. Cela accentue encore l'intérêt d'une recherche sur le contentieux de l'impayé au Maroc compte

[15]-Annuaire statistique de la justice, éd. 2007, publié par le ministère de la justice, p. 95 et s.

[16]-*infra* 28 et s.

tenu de l'ampleur du phénomène, de son évolution, de son caractère prégnant dans la société actuelle et de l'importance économique de ses implications. Un tel contexte de soubresauts de caractère économiques ou sociaux ne peut pas être sans retentissement sur le cadre juridique.

7. En France, le sujet n'est pas moins important qu'au Maroc,[17]et le phénomène a été étudié attentivement en explorant en profondeur l'essence et la réalité de cette matière.

En effet, ces études ne se sont pas contentées de dresser un panorama du contentieux de l'impayé en France, mais, elles ont eu pour objectif d'analyser un phénomène observé durant ces deux dernières décennies, celui de la baisse du contentieux de l'impayé en France devant les juridictions civiles et commerciales, A cet égard, ces travaux, se sont attachés, tantôt partiellement, tantôt exhaustivement à démontrer les éventuelles causes de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, et se sont efforcés en outre d'appréhender la réalité statistique du contentieux de l'impayé à partir de fondements juridiques, ce qui a servi plus ou moins à comprendre le phénomène de la baisse du contentieux de l'impayé en France.

Pour autant que l'on sache, ces travaux, premiers de cette nature en France, ont suscité des questionnements profonds sur l'approche systémique adoptée en France en matière de recouvrement de créances, autrement dit, la politique globale et tendancielle menée par l'ensemble des créanciers confrontés à un problème d'impayé.

8. La constatation de la baisse du contentieux de l'impayé en France conduit nécessairement le chercheur à dépasser le domaine des causes et des fondements de l'impayé tels qu'ils ont déjà fait l'objet d'études antérieures. La quintessence d'une recherche nouvelle doit être ailleurs, dans le cadre d'une démarche constructive qui ne vise aucunement l'actualisation des fondements déjà évoqués, mais la substantialisation d'un phénomène qui apparait aujourd'hui comme une apodicticité. Il convient en outre d'approfondir l'analyse des véritables causes de la baisse du contentieux de l'impayé en France, à dessein de comparer la réalité du contentieux de l'impayé au Maroc.

Cette baisse du contentieux en France telle qu'elle peut être démontrée dans un travail de recherche nouveau ne résulte point d'un hasard, ou de causes purement accidentelles, mais de facteurs intrinsèques et extrinsèques , puisque cette décrue si remarquable[18] ne peut pas s'expliquer par une baisse générale de l'impayé, ou celle des opérations commerciales, ou encore, un changement du comportement du débiteur, qui agirait plus consciencieusement

[17]--P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE) ; -« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT ; E. NEMADEU DJUITCHOKO, *Le traitement du contentieux bancaire*, thèse Saint-Etienne, mars 2011.

[18]-infra 201 et s., et 273 et s.

à l'égard de son créancier, du seul fait que l'impayé ne découle pas automatiquement d'une abstention de paiement du débiteur, mais d'autres causes pouvant entrainer son insolvabilité, et le conduire inéluctablement à une situation d' impayé.

9. On peut affirmer qu'aucune technique ou législation ne sera capable de supprimer ou éradiquer complétement le contentieux de l'impayé[19], mais néanmoins, des mutations profondes à tous les niveaux[20] ont dû exercer un impact sur l'approche entreprise en matière de recouvrement des créances.

Ces changements qui sont de nature socio-économique, socio-culturelle, économique, et plus particulièrement, législative, ont contraint le créancier à recourir de moins en moins à la justice étatique pour le recouvrement de ses créances, et ont modifié sa ligne de conduite quand il est confronté à un problème lié à l'impayé. Cela a généré incontestablement une nouvelle approche du recouvrement des créances qui s'appuie moins sur l'institution judiciaire, et cela a entrainé, corollairement, une baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales.

Ces modifications législatives ont conditionné en outre un basculement du contentieux de l'impayé vers d'autres procédures contentieuses, à savoir, les procédures de traitement de surendettement des particuliers, et les procédures collectives. Ces deux procédures à caractère social, ont constitué un rempart solide au profit des débiteurs confrontés à un contentieux de l'impayé, ou susceptibles d'être traduits devant un tribunal pour cause d'impayé.

10. En effet, l'évolution législative en matière de surendettement des particuliers et la succession des réformes qui y sont liées ne pouvaient pas être sans influence sur le contentieux de l'impayé : ainsi, la mise en place des procédures de traitement de surendettement des particuliers a donné naissance à de nouveaux rapports de force entre le créancier et le débiteur, de nature à remettre en question le principe de la force obligatoire du contrat, guère épargnée par ces, car, le recouvrement d'une créance ne se limite plus aux actions en paiement diligentées par le créancier, puisque le débiteur peut anticiper l'exécution et même l'action en paiement de son créancier en vue de bénéficier des effets favorables d'une procédure de surendettement des particuliers, afin que ses impératifs économiques et sociaux soient pris en compte.

L'encadrement du pouvoir du créancier à revendiquer son droit à l'exécution forcée explique un renversement de priorités en France entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur, du fait de la mise en place des dispositions relatives au surendettement qui prennent de plus en plus en compte des éléments conjoncturels qui ont pu conditionner l'insolvabilité du débiteur, et son surendettement, ce qui explique par ailleurs l'atténuation de la force contraignante de l'obligation.

---

[19]- J.BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, 2ème édition, LGDJ, 1993, p.23.

[20]-E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.14 et s.

Aujourd'hui, les procédures de surendettement connaissent un essor spectaculaire en France. Abstraction faite des facteurs ayant contribué à un recours massif des particuliers aux procédures de surendettement, celles-ci sont en hausse constante[21], ce qui peut être mis en corrélation avec la baisse significative des demandes formulées devant les juridictions civiles pour des affaires relatives à l'impayé[22]. Il y a là, une concomitance entre les deux phénomènes.

Par voie de conséquence, le basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures de traitement de surendettement des particuliers constitue un facteur important de la diminution du contentieux de l'impayé, particulièrement devant les juridictions civiles, et ce basculement ne s'appuie pas uniquement sur des éléments statistiques, mais sur des fondements juridiques assez solides, de nature à conforter la thèse de la diminution du contentieux de l'impayé en France devant les juridictions civiles.

11. Par ailleurs, pour ce qui est des procédures collectives, le législateur français s'est efforcé de perfectionner et de rendre plus attrayantes les procédures collectives à travers des réformes qui ont pour vocation d'assouplir les conditions d'ouverture d'une procédure au profit du débiteur, et de favoriser également le redressement de l'entreprise.

Si les demandes liées à l'impayé formulées devant les juridictions commerciales sont étroitement liées avec les procédures collectives en terme de finalité attendue par le créancier, on ne peut négliger de s'interroger à l'instar de la corrélation entre l'expansion des procédures de surendettement des particuliers et la baisse du contentieux de l'impayé, sur la concomitance entre cette dernière devant les juridictions commerciales[23], et la hausse remarquable des procédures collectives avec toutes ses composantes[24], y compris les procédures de sauvegarde introduites naguère.

En effet, le rapport de cause à effet entre l'évolution législative des procédures collectives et son accroissement, a pu démontrer une incidence sur le contentieux de l'impayé, qui a dû basculer par la force de la loi vers les procédures collectives. Autrement dit on a pu observer un parallélisme de l'évolution du contentieux en matière civile comme en matière commerciale.

Le renversement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives s'est opéré sous la forme d'une véritable absorption du contentieux de l'impayé devant les tribunaux commerciaux par des procédures collectives plus assouplies, qui ne constituent pas uniquement un moyen pour le débiteur de sauvegarder son entreprise, mais un procédé

[21]- *infra* 298 et s.

[22]-*infra* 193 et s.

[23]-*infra*273 et s.

[24]-*infra* 266 et s.

salvateur qui lui permet d'évincer toute mesure exécutoire diligentée à son encontre. Ces procédures collectives peuvent être perçues par le créancier comme un véritable obstacle devant son action en paiement ou même son intention d'engager une action en paiement contre son débiteur, compte tenu de l'encadrement de son pouvoir au cours des procédures collectives, et les aléas qui peuvent en découler.

12. Au demeurant, outre la baisse du contentieux de l'impayé qui résulte très probablement d'un basculement de ce type du contentieux vers d'autres procédures contentieuses telles que les procédures de surendettement des particuliers et les procédures collectives, d'autres facteurs ont contribué à une baisse pure et simple du contentieux de l'impayé, aussi bien devant les juridictions civiles que devant les juridictions commerciales.

A vrai dire, le législateur français a intégré l'idée que les acteurs de la vie des affaires ont compris qu'un recouvrement de créances efficace passait par la mise en place d'une politique de recouvrement qui se fonde moins sur la justice étatique. De ce fait, le législateur a traduit une véritable intention de déjudiciariser le contentieux de l'impayé à travers la mise en place de textes favorisant le traitement du contentieux de l'impayé hors du cadre de la justice étatique[25]. Ces dispositifs sont de nature à traiter l'impayé efficacement sans recourir au juge judiciaire qui semble lassé de ce type du contentieux.

13. L'objectif de ces interventions était donc de répondre aux problèmes liés à l'impayé d'une manière profitable aux protagonistes[26], et de veiller surtout à ce que les tribunaux soient désengorgés des affaires relatives à ce type de litiges.

D'autre part, le développement du recouvrement amiable par les professionnels au recouvrement[27], constitue en soi une déjudiciarisation du contentieux de l'impayé, eu égard au procédé utilisable aussi bien par les sociétés de recouvrement[28] que les huissiers de justice, qui privilégient plus que jamais la voie amiable. Ainsi ces professionnels ont pu donner un aspect très positif au recouvrement amiable, et, du reste, il convient de souligner que le développement de leur activité est le résultat de la mise en place des dispositifs qui réglementent ces acteurs. Cette expansion semble métamorphoser le marché de recouvrement de créances.

14. On peut donc constater que la politique de déjudiciarisation ne repose pas uniquement sur les interventions législatives, mais aussi sur les acteurs de la vie des affaires

[25]-E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p. 92 et s.

[26]-*infra* 300 et s.

[27]-*infra* 313 et s.

[28]-F.GUECHOUN, « Recouvrement des créances pour le compte d'autrui par des agents spécialisés », *E.J.D* répertoire PC, Tome 5, mars 2011

qui ont compris qu'il leur était indispensable d'adopter une nouvelle ligne de conduite en matière d'impayé, en contribuant aussi à déjudiciariser les conflits ou les litiges qui naissent de l'impayé. Pour autant, il ne faut pas manquer de préciser que cette nouvelle approche entreprise s'appuie sur la volonté du législateur de mettre en place des dispositifs qui facilitent un recouvrement de créance loin de la justice étatique.

En d'autres termes, la systématisation des clauses contractuelles par les acteurs de la vie des affaires trouve ses sources aussi dans les interventions législatives. Le législateur français a veillé par exemple à réformer très récemment un arbitrage[29] qui ne constituait pas un mode alternatif privilégié en matière du contentieux de l'impayé, procédant de la sorte à l'assouplissement des règles relatives à la procédure, et à l'extension des pouvoir de l'arbitre[30], dans le but d'encourager davantage les justiciables à y recourir.

Au demeurant, des techniques permettant d'éviter l'impayé ont été développées par ces mêmes acteurs, et ont évolué favorablement pour se transformer en de véritables instruments tendant à laisser le créancier à l'abri d'un impayé, et lui permettant de se prémunir contre le risque d'impayé. Ces techniques s'accordent aussi dans leur finalité à la politique de déjudiciarisation du contentieux de l'impayé.

15. Cependant, il semble que ces techniques ont moins influencé le contentieux de l'impayé que d'autres techniques qui ont été également développées, et qui visent à externaliser le traitement de l'impayé, telle que l'affacturage et l'assurance-crédit.

En effet, la quête permanente d'un moyen efficace contre la défaillance de paiement et toutes ses conséquences pour les acteurs de l'économie, et l'intervention du législateur à l'avantage du débiteur à travers les procédures de surendettement et les procédures collectives, ont suscité vraisemblablement l'apparition et le développement précoce de techniques d'externalisation de traitement de l'impayé, alors pourtant qu'elles n'ont pas atteint encore leur maturité juridique qui se traduit par une réglementation spécifique.

Toutefois, l'absence d'une plénitude réglementaire qui touche aussi bien l'affacturage[31] que l'assurance-crédit n'a pas freiné leur essor, et ces mécanismes ont pu s'installer confortablement dans le quotidien des sociétés qui cherchent à se prémunir contre le risque d'impayé[32] et à recouvrer le plus rapidement possible une créance sans avoir recours à la justice.

---

[29]-décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme sur l'arbitrage.

[30]-C. THOMAS, *Le nouveau droit Français de l'arbitrage*, Vol. 1, Lextenso, 2011.

[31]-M. GREGOIRE, « L'affacturage », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000.

[32]-S.STANKIEWICH, *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage*, mémoire, Université de droit et santé de Lille, 2003-2004.

Par ailleurs, si ces mécanismes sont destinés aux entreprises, le contentieux de l'impayé à caractère commercial représente un volume très élevé devant les juridictions commerciales en France, comparativement à l'ensemble du contentieux de l'impayé. On peut donc constater une concomitance entre l'évolution de ces procédés et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales. Une concordance chronologique entre ces deux phénomènes est difficilement niable, et pourrait être considérée comme un facteur d'influence sur le contentieux de l'impayé.

16. Dans la même optique, on ne peut pas se désintéresser de la réforme des sûretés[33] en France, réforme substantielle qui conforte la volonté du législateur français de déjudiciariser le contentieux de l'impayé à travers les nouvelles mesures apportées par cette réforme[34].

En effet, la philosophie du législateur traduite à travers cette ordonnance consiste à rendre les sûretés plus lisibles et efficaces à la fois pour les acteurs économiques et pour les citoyens, tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence[35].

Toutefois, la mise en place de nouvelles sûretés, et de nouveaux modes de réalisation qui ne requièrent aucun recours au juge étatique, et qui étaient jusqu'à lors prohibé, témoigne de cette volonté du législateur de diminuer le rôle du juge dans la mise en œuvre des sûretés, voire de l'éloigner catégoriquement de la mise en œuvre de ces sûretés dans certaines hypothèses.

Par ailleurs, cette réforme qui a modifié le droit des sûretés en France est riche d'apports, qui méritent d'être mis en corrélation avec le contentieux de l'impayé et sa baisse certaine, afin d'explorer les véritables causes de celle-ci en France devant les juridictions civiles et commerciales.

17. En somme, la baisse du contentieux de l'impayé en France devant les juridictions civiles et commerciales, tel qu'il a été délimité ci-dessus est incontestable. Il est soutenu par des chiffres émanant des instances gouvernementales, mais qui ne constituent aucunement un indicateur fiable de l'évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé, car la valeur d'un droit ne se mesure pas à l'aune des chiffres. Ces chiffres ne présentent qu'une situation de fait, et il y manque à l'évidence des éléments purement juridiques qui peuvent corroborer l'ensemble des conclusions statistiques et confirmer irréfutablement ce constat.

---

[33]-Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

[34]-M. BOURASSIN ; V. BREMOND ET M-N. JOBRARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey. 2010 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, éd.2, collection Thémis, édition PUF, septembre 2011

[35]-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO du 24 Mars 2006.

Néanmoins, ce qui est certain, c'est que la baisse du contentieux de l'impayé constatée par des éléments statistiques n'a pas de causes accidentelles, au contraire, elle résulte vraisemblablement d'une relation synergique d'un ensemble de facteurs ., il s'agit d'une conjonction de plusieurs dispositions législatives, de procédés et de techniques qui ont contribués à cette baisse et qu'il est nécessaire d'examiner. Une telle étude à travers l'expérience française sera sans doute riche d'enseignement pour l'analyse parallèle et prospective du droit marocain.

18. Au Maroc, le contentieux de l'impayé est bien différent de celui qui peut être observé en France. D'une manière générale il est certain que malgré les efforts entrepris le système judiciaire souffre d'insuffisances importantes[36]et a tendance à être inefficace[37]. Mais, de surcroît, le contentieux de l'impayé baigne dans ces insuffisances et il en constitue une partie importante, ce qui contribue à entraver l'efficacité de et du droit à l'exécution forcée et son exercice.

En effet, le contentieux de l'impayé a envahi profondément toutes les juridictions civiles et commerciales au point d'atteindre une hausse sans précèdent, du fait de l'expansion des demandes d'impayé devant les juridictions civiles et commerciales de l'ensemble du pays[38]. Cette hausse des affaires liées à l'impayé n'est pas un phénomène de circonstances et n'est pas lié à la crise économique actuelle, car cette expansion a commencé bien avant la survenance de celle-ci. Elle n'est pas due davantage à la fraicheur économique qu'a connue le pays dans les débuts du troisième millénaire, de nature à développer les transactions commerciales. Cette hausse découle certainement d'autres causes.

A cet égard, l'analyse du phénomène de l'impayé et de son contentieux incitent à explorer les causes de l'accroissement de ce dernier, qui ne peut, d'emblée, être imputé à un accroissement de l'impayé lui-même.

19. Certes, l'accroissement de l'impayé constitue une cause importante de la hausse du contentieux de l'impayé devant les juridictions compétentes, dont une partie très importante relève de l'impayé bancaire.

En effet, on assiste dernièrement au Maroc à une explosion du crédit, atteignant parfois une hausse dépassant 400% en dix ans. Cette explosion est le résultat d'une économie fondée

[36]-Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006. p.1.

[37]-constat dégagé à partie de nombreux éléments, à savoir, le nombre de tribunaux, de magistrats, rapidité de traitement des procès, rapidité d''exécution des décisions…, infra 115 et s.

[38]-*infra* 28 et s.

sur le crédit[39], qui a généré sans aucun doute des endettements colossaux, voire des surendettements[40], entrainant inévitablement un contentieux de l'impayé.

Nonobstant, l'accroissement de l'impayé résultant de crédits bancaires ne peut pas être imputable uniquement à l'imprévoyance, l'inconscience des débiteurs bénéficiaires des crédits, ou encore à une utilisation du crédit à mauvais escient. Cet accroissement peut trouver ses causes dans des crédits ruineux, ou excessivement octroyés, ou inadaptés à la capacité de remboursement de l'emprunteur, sans que la responsabilité du banquier soit engagée pour manquement à ses devoirs et obligations à l'égard de l'emprunteur, à l'inverse du droit français, qui offre à travers la loi de consommation une protection efficace au souscripteur de crédit à la consommation.

Il s'agit là d'une lacune législative qui est de nature à encourager les établissements bancaires à accorder des crédits sans véritable protection de l'emprunteur, qu'il soit consommateur ou professionnel, et il va sans dire que ce vide juridique est fatalement préjudiciable à l'emprunteur, qui s'endette massivement et voit sa capacité de remboursement se restreindre sous l'effet d'une politique incitative au crédit, ce qui le conduit indubitablement à une situation d'impayé, et naturellement au contentieux qui en découle.

20. D'autres lacunes sérieuses du corpus législatif et réglementaire ont pu être considérées comme des facteurs importants de la hausse du contentieux de l'impayé Ainsi à propos des retards de paiement particulièrement nuisibles à la stabilité des entreprises souvent conduites de ce fait à la défaillance, le législateur marocain à l'instar du législateur Français n'a procédé que récemment à la mise en place d'une loi destinée à lutter contre[41]. L'absence d'un tel dispositif a certainement contribué à la hausse de l'impayé et de son contentieux.

En outre, le droit marocain ne dispose d'aucune réglementation touchant de près ou de loin le recouvrement amiable. Des sociétés de recouvrement ont eu tendance à s'implanter dans l'ensemble du royaume et travaillent dans un cadre qui n'est pas encore réglementé. A l'inverse, le législateur français persuadé de l'importance de cette initiativea compris que le recouvrement amiable faisait partie intégrante du recouvrement, et a mis en place un décret qui non seulement réglemente la profession, mais aussi qui a vocation à inciter les créanciers à recourir au recouvrement amiable préalablement à toute procédure judicaire

Le recouvrement amiable au Maroc demeure une notion mal appréhendée, un mécanisme peu reconnu et qui reste encore négligé par le législateur marocain, alors qu'il faudrait

[39]-Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006. p.2.

[40]-*infra* 52 et s.

[41]- La loi n°32-10 complétant la loi n°15-95 formant code de commerce, publiée au Bulletin officiel du 6 octobre 2011.

s'inspirer de la comparaison avec certains pays européens et notamment la France après avoir constaté la contribution majeure de ce procédé à la diminution du contentieux de l'impayé.

A vrai dire, le recouvrement amiable se heurte à des écueils inhérents à la réglementation et à l'organisation de cette spécialité ou profession, laissant les acteurs au recouvrement sombrer dans une anarchie totale quant à leur exercice.

Par voie de conséquence, l'absence d'un cadre juridique propre à l'exercice de ces sociétés spécialisées en recouvrement a donné naissance à un marché du recouvrement déréglementé impliquant parfois des comportements douteux à l'égard des débiteurs, et a freiné en outre le développement de ce procédé amiable au Maroc. De surcroit, cela a conduit les créanciers à recourir massivement à la justice étatique, qui constitue une voie sans alternative pour le recouvrement des créances.

21. Néanmoins, la voie judicaire n'est pas le gage d'un recouvrement infaillible. En effet, les créanciers semblent être désespérés du faible taux de recouvrement dans l'ensemble des procédures judiciaires[42], qui s'ajoute à une lenteur excessive au niveau du traitement qui entraine un encombrement de la machine judiciaire.
Ces dysfonctionnements du système judiciaire se joignent à d'autres difficultés de nature à aggraver le recouvrement de créances par la voie judicaire, et à générer un sentiment de méfiance des justiciables à l'égard de l'institution judiciaire.

Cependant, ce sentiment de méfiance n'affecte en rien la propension de l'individu au contentieux, impulsé à l'évidence par une évolution législative qui condamne de moins en moins l'impayé et les mauvais payeurs, et alimenté par des mutations socio-culturelles et psychologique ayant eu pour conséquence la banalisation de l'impayé[43] et du recours à la voie judiciaire, ce qui ne semble pas être sans incidence sur la hausse du contentieux de l'impayé au Maroc.

22. S'il est vrai qu'un travail scientifique doit focaliser sur une problématique majeure, l'analyse du contentieux de l'impayé doit conduire à s'interroger sur sa réalité et son évolution, et par la force des choses, sur l'approche générale de l'impayé par le créancier dans un système juridique, en l'occurrence le droit marocain, dont l'arsenal juridique mis en place n'est pas encore en mesure de porter remède à un problème qui ne cesse de métastaser.

[42]-Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines, Septembre 2006, p.1.

[43]-M. ROUGER, « Banalisation de la défaillance de paiement (excusabilité du débiteur, doctrine Frech Start) », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000, p.105 et s.

Une approche générale qui trouve ses fondements dans l'évolution importante que le contentieux de l'impayé a connu ces dernières années au Maroc, présage une réalité difficile, susceptible d'empirer en raison des mutations qui affectent toute l'économie mondiale.

23. L'exploration du contentieux de l'impayé constitue aussi un moyen idoine pour appréhender la genèse et le fondement de l'impayé, et constitue également un indicateur fiable de l'approche systémique adoptée au Maroc en matière de recouvrement de créances, de son efficacité et de son efficience. On peut se demander s'il existe réellement une véritable méthode structurée de recouvrement, ou s'il s'agit uniquement d'une branche sans spécificité qui apparait devant l'ensemble des tribunaux, et qui les engorgent continuellement.

Quel que soit le contexte, l'approche comparative entre la France et le Maroc, ainsi que le caractère de la recherche entreprise, impliquent l'établissement d'un parallélisme entre l'évolution respective du contentieux de l'impayé dans les deux pays durant ces dernières années, qui se révèle manifestement dans le nombre des affaires traitées devant les juridictions civiles et commerciales.

24. Cette évolution du contentieux se présente sous une double image. Celle d'un contentieux de l'impayé en hausse permanente, qui souffre d'un accroissement et d'une judiciarisation de l'impayé, et de difficultés majeures de nature à remettre en cause la politique du recouvrement de créances au Maroc, et qui méritent d'être élucider de la manière la plus exhaustive possible. A l'opposé, une baisse remarquable du contentieux de l'impayé en France qui, loin d'être accidentelle, apparait au premier chef absorbée par d'autres procédures contentieuses, qui ont conditionné son basculement, sous l'effet de la succession de lois et de réformes relatives aux procédures de traitement de surendettement des particuliers, et les procédures de traitement des entreprises en difficultés **(Première Partie).**

Cependant, le basculement du contentieux de l'impayé vers d'autres procédures de nature contentieuse n'explique pas seul la baisse qu'a connu le contentieux de l'impayé en France, car le législateur Français s'est efforcé aussi de mettre en place des dispositifs de nature à déjudiciariser le contentieux de l'impayé, et à prêter main forte au créancier pour recouvrer son impayé sans avoir recours à la justice étatique. Ces initiatives qui ont été corroborées par les acteurs de la vie des affaires, qui ont compris que les solutions traditionnelles du traitement de l'impayé, se sont révélées insuffisantes et inefficaces[44],. L'adoption d'une nouvelle approche était une nécessité impérieuse qui s'appuie moins sur la justice étatique,

[44]-E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.2

mais qui a pour dessein, au contraire, de déjudiaciariser le contentieux de l'impayé **(Deuxième partie)**.

Partie 1- Le contentieux de l'impayé : entre expansion du phénomène et le basculement vers d'autres procédures

25. Le contentieux de l'impayé est la manifestation d'un créancier à l'égard d'une créance qui demeure impayé, quel qu'en soit la cause, ou le fondement de la créance, ce dernier peut trouver dans la voie judiciaire un moyen efficace pour recouvrer sa créance.

Par ailleurs, la réalité d'un contentieux lié à l'impayé ne reflète pas uniquement une situation statistique du nombre des demandes ou affaires liées à l'impayé, traitées devant un tribunal, mais, elle indique une tendance générale de recouvrement, un processus entrepris par chaque créancier qui doit faire face à un impayé.

Dans un contexte de comparaison entre le contentieux de l'impayé au Maroc, et en France, la réalité du contentieux de l'impayé au Maroc, nous incite à mettre l'accent sur les lacunes du processus de recouvrement **(Titre1),** qui traduisent indubitablement l'expansion de ce type de contentieux.

En France, on assiste à de nouvelles procédures contentieuses de l'impayé, des procédures qui se sont profondément imprégnées dans le corps du contentieux de l'impayé du droit commun, générant un basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives et celles du traitement du surendettement des particuliers **(Titre 2).**

Titre 1 : Les lacunes du processus de recouvrement au Maroc

26. L'analyse du contentieux de l'impayé au Maroc, apparait comme la méthode appropriée pour comprendre, à la fois, l'évolution de ce type de contentieux si présent dans l'ensemble des juridictions nationales, et, l'approche systémique adoptée en la matière, et son efficacité.

Cette approche générale de recouvrement, semble, en souffrance, cette souffrance se manifeste par une expansion du contentieux de l'impayé durant ces dernières années, aggravée par un accroissement sans précèdent de l'impayé **(Chapitre 1).**

L'accroissement de l'impayé et de son contentieux au Maroc, traduisent les difficultés majeures que connait le recouvrement en général **(Chapitre 2).**

Chapitre 1 : Un système de Recouvrement en souffrance, Empiré par l'accroissement de l'impayé

27. Les juridictions civiles et commerciales compétentes en matière d'impayé semblent être encombrées par ce type de contentieux. Le système de recouvrement s'appuie généralement sur la voie judiciaire, qui apparait parfois incapable de statuer sur un nombre exorbitant des affaires relatives à l'impayé.

La réalité du contentieux de l'impayé peut être analysée à travers sa réalité statistique, et une enquête pratique, pour savoir s'il existe une croissance ou décroissance de l'impayé durant ces dernières années **(Section 1).**

Cette réalité statistique ne peut aucunement refléter l'évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé au Maroc, mais elle peut renvoyer aux véritables causes de son expansion, qui résident dans un accroissement de l'impayé **(Section 2).**

Section 1 : le recouvrement au Maroc : Croissance ou décroissance ?

28. Il semble délicat d'explorer l'impayé et son contentieux sans se référencer aux chiffres y afférents, les chiffres reflètent la réalité statistique du contentieux de l'impayé au Maroc (p.1). Toujours dans le but d'éclairer la réalité du contentieux de l'impayé, la mise en place d'une enquête prédicative apparaît comme une démarche indispensable pour mieux appréhender cette réalité (p.2).

Paragraphe 1 : la réalité statistique du contentieux de l'impayé

29. Se référer aux données statistiques du contentieux de l'impayé au Maroc nous permettra sans doute de nous rapprocher de la réalité pratique du contentieux de l'impayé durant ces dernières années. Et ce, dans le but d'établir un constat à partir duquel on pourra cerner la problématique.

En effet, les chiffres du contentieux de l'impayé sont un élément incontournable du dénouement de l'impayé, qui peut à l'évidence nous orienter vers l'approche générale de recouvrement, sans qu'il soit pour autant un indicateur fiable de l'évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé.

On mettra l'accent sur la contexture de l'approche statistique (A), pour pouvoir soulever des conclusions qui en constituent la quintessence (B).

A- La contexture de l'approche statistique

30. Le ministère de la justice au Maroc récence les affaires relatives à l'impayé selon le type de procédure, et selon la juridiction devant lesquelles elles sont traitées.

Il distingue par ailleurs, dans une année civile, le nombre d'affaires traitées et le nombre d'affaires ayant été enregistrées et en cours, n'ayant pas été traitées. En outre, il procède à distinguer les affaires ayant fait l'objet d'une exécution, et celles, qui n'ont pas encore été exécutées.

Cependant, il ne fait aucune distinction de la nature du contrat objet du contentieux de l'impayé, contrairement à son homologue Français, qui, récence le nombre des affaires liées à l'impayé en fonction de la nature du contrat[45]. Or, toutes ces affaires ont pour objet le paiement d'une somme d'argent ou l'exécution d'une obligation pécuniaire.

31. En effet, les statistiques fournies par le ministère contiennent celles relatives aux années 2008, jusqu'à 2010. Le service chargé des statistiques au sein du ministère ne procédait pas à distinguer les affaires relatives à l'impayé avant 2008, mais, il confirme par ailleurs, une explosion de ce type de contentieux durant cette dernière décennie. Faute de chiffres du contentieux de l'impayé antérieurs à 2008, on se contentera d'analyser les chiffres assez récents du contentieux de l'impayé.

32. D'emblée, on peut constater comment les affaires relatives à l'impayé ont évolué en nombre devant les juridictions commerciales, depuis l'année 2008 jusqu'à 2010.

En effet, les chiffres émanant du ministère de la justice[46], relatives aux affaires liées à l'impayé devant les juridictions commerciales, portent uniquement sur les procédures d'injonction de payer, qui constitue sans doute la procédure la plus utilisée en la matière.

Ces injonctions de payer devant les juridictions commerciales, se manifestent par une tendance à la hausse ces dernières années. Cet accroissement, a été caractérisé par une continuité durant les années d'observation.

Cette tendance haussière a marqué l'année 2008[47], pour atteindre une hausse remarquable l'année suivante, atteignant quasiment 25%[48].

En 2010, la hausse des procédures d'injonction de payer était plus conséquente, atteignant une hausse dépassant 62% comparativement à l'année antérieure[49], et dépassant 94% par rapport à 2008.

[45]-Annuaire statistique de la justice

[46]-annexe 1.

[47]-en 2008, les injonctions de payer traitées se sont élevées à 12507 affaires.

[48]-en 2009, les injonctions de payer traitées se sont élevées à 15025 affaires.

Quant à l'exécution des injonctions de payer, 9695 procédures d'injonction de payer ont été exécutées, contre 3512 injonctions de payer non exécutées. Idem pour les années précédentes et les années suivantes, en effet, une moyenne importante de ces injonctions de payer demeure sans exécution[50].

33. Relativement aux affaires liées à l'impayé, portées devant les juridictions civiles, les chiffres du ministère les distinguent selon le type de procédure engagée, à savoir, les procédures au fond, et les injonctions de payer.

A l'égard des procédures contentieuses de l'impayé, engagées au fond, celles-ci ont été épargnées de cet accroissement à la différence des injonctions de payer.

En effet, des baisses de ces procédures ont été constatées après 2008, avec une baisse de 10% comparativement à l'année suivante, et de quasiment 13% en 2010 par rapport à l'année précédente.

Il convient de souligner qu'un nombre important des procédures qui relèvent de l'impayé, menées au fond, ne sont pas jugées annuellement, comparativement aux affaires qui sont en cours et ayant été enregistrées, par exemple, en 2008, 14812 procédures contentieuses d'impayé ont été réglées, contre 32759 affaires enregistrées. Ce qui représente une moyenne de 45% des affaires traitées par rapport aux affaires enregistrées. En 2009, cette moyenne a augmenté[51] pour atteindre 55%.

34. En ce qui concerne les injonctions de payer portées devant les juridictions civiles, celles-ci, ont également connu un accroissement ces dernières années, au même titre que devant les juridictions commerciales.

En 2008, les juridictions civiles ont statué sur 16778 injonctions de payer, contre 18365 en 2009, avec une hausse qui dépasse 9%.

Toutefois, cette augmentation des injonctions de payer traitées devant l'ensemble des juridictions civiles a été plus significative en 2010, dernière année d'observation, atteignant une hausse de presque 53% sur 2009, et dépassant 67% par rapport à 2008. Toutefois, il convient de préciser que les juridictions statuent, sur la quasi-totalité de ces procédures.

---

[49]-statistiques des injonctions de payer devant les juridictions commerciales (annexe 1).

[50]-statistiques relatives à l'exécution des injonctions de payer en matière commerciale (annexe 1).

[51]-en 2009, 16553 procédures contentieuses d'impayé ont été réglées, contre 29651 affaires enregistrées.

Par rapport à l'exécution des injonctions de payer portées devant les juridictions civiles, une moyenne de 24% des injonctions de payer sur lesquelles les tribunaux ont statué, restent sans exécution, entre 2008 et 2010[52].

Par voie de conséquence, on peut constater que la hausse des affaires relatives à l'impayé devant les juridictions civiles est générale, en dépit de la légère baisse qui a marqué les procédures au fond entre 2009 et 2010[53].

35. Généralement, on peut observer comment les affaires relatives à l'impayé ont augmenté aussi bien devant les juridictions civiles que commerciales. En 2008, l'ensemble des affaires liées à l'impayé, s'élevait à 62065 affaires en cours, comportant les procédures au fond et les injonctions de payer devant les juridictions civiles, et les injonctions de payer devant les juridictions civiles. Ce chiffre a atteint 78658 affaires en 2010. Soit une hausse qui dépasse 26%.

Le même constat peut être soulevé par rapport aux affaires ayant été traitées par les mêmes juridictions et durant les mêmes années, sauf que l'accroissement du traitement de ces affaires est plus important, en 2008, le nombre d'affaires ayant été traitées s'élevait à 44097 affaires, contre 66090 affaires en 2010, soit une hausse de presque 50%.

B-La quintessence

36. Certes, l'absence de statistiques relatives aux affaires liées à l'impayé, menées au fond et en référé , devant les juridictions commerciales constitue un handicap, pour pouvoir établir un constat plus clair sur l'ensemble du contentieux de l'impayé porté devant les juridictions commerciales.

Néanmoins, l'accroissement du contentieux de l'impayé est incontestable devant ces juridictions, étant donné que la procédure d'injonction de payer apparaît comme la procédure la plus utilisée au Maroc devant ces juridictions en matière d'impayé. En raison de sa rapidité et son efficacité, d'autant plus, que les tribunaux commerciaux statuent annuellement sur toutes les demandes d'injonction de payer qui remplissent les conditions de forme et de fond[54] exigées par le code de procédure civile. Ce qui peut inciter les débiteurs à y recourir.

[52]-les injonctions de payer restées sans exécution entre 2008 et 2010 s'élèvent à 12876, sur un ensemble de 53211injonctions de payer susceptibles d'être exécutées durant la même période.

[53]-l'ensemble des affaires traitées comportant les procédures au fond et les injonctions de payer, s'élevait à 31590 affaires en 2008, alors que les juridictions civiles ont réglées 41737 affaires en 2010.

[54]-annexe 1(statistiques injonction de payer).

Conséquemment, l'expansion des procédures d'injonction de payer devant les juridictions commerciales est une évidence. Elle est assez significative pour être expliquée par une explosion des transactions commerciales, qui entraîne à l'évidence des impayés. Ou encore par l'accentuation d'une crise économique mondiale.

En outre, cet accroissement des affaires contentieuses de l'impayé, ne pouvait pas être sans incidence sur l'exécution des injonctions de payer, qui s'est vu diminué en moyenne avec la hausse continuelle des procédures d'injonction de payer. En effet, un nombre important des titres exécutoires résultants des injonctions de payer et susceptible d'être exécuté, demeure annuellement sans exécution. Cette moyenne des injonctions de payer qui restent sans exécution s'est hissée d'une manière concomitante avec l'accroissement de ces procédures, et notamment entre 2008 et 2010[55].

Alors, cela peut nous conduire à s'interroger sur la mise en œuvre et l'efficacité du titre exécutoire, une exécution forcée qui suscite des interrogations et une remise en question. S'agit-il d'un encombrement des juridictions par ce type de contentieux, qui provoque des difficultés d'exécution ?

37. A l' égard du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles, les procédures au fond et les injonctions de payer sont assez révélatrices, en dépit de l'absence des chiffres relatifs aux procédures en référé.

De même pour ces juridictions, l'accroissement de ce type de contentieux ne peut pas passer inaperçu, et ne peut être réfuté. En effet, l'expansion des procédures au fond, et les injonctions de payer, liées à l'impayé, particulièrement ces dernières années, ont atteint un seuil sans précèdent.

38. Toutefois, cette expansion a été caractérisée par une légère baisse des procédures menées au fond après 2008, mais celle-ci peut s'expliquer par un basculement des procédures de l'impayé menées au fond, vers des injonctions de payer, qui, à l'instar des juridictions commerciales, sont pratiquement toutes jugées devant les juridictions civiles, contrairement aux procédures de l'impayé engagées au fond, dont la moyenne des affaires traitées ne dépasse pas la moitié comparativement aux affaires en cours.

D'autre part, les difficultés relatives à l'exécution des injonctions de payer devant les juridictions civiles, peuvent être relevées à l'exemple des juridictions commerciales, étant donné qu'une partie non négligeable des injonctions de payer susceptible d'être exécutées, restent sans exécution.

[55]-en 2008, la moyenne des injonctions de payer restées sans exécution, par rapport à l'ensemble des injonctions de payer susceptibles d'être exécutées est de 26%, en 2009, cette moyenne s'est élevée à 33%, pour dépasser 43% en 2010.

On peut aussi, remettre en question la moyenne assez faible des affaires liées à l'impayé, jugées annuellement au fond, comparativement aux affaires en cours ayant été enregistrées, cette moyenne n'atteint pas la moitié.

39. En résumé, l'expansion du contentieux de l'impayé ces dernières années est générale, à la fois devant les juridictions civiles que devant les juridictions commerciales. Cet accroissement ne s'applique pas uniquement sur les affaires en cours ou ayant été enregistrées, mais aussi sur les affaires ayant été traitées par l'ensemble de ces juridictions.

Aujourd'hui, les affaires relatives au contentieux de l'impayé sont plus présentes que jamais devant l'ensemble des juridictions nationales, elles représentent par ailleurs une moyenne importante sur l'ensemble des affaires traitées devant ces juridictions, toutes branches confondues[56]. Sans négliger les exécutions relatives à l'impayé qui occupent autant de place que les affaires.

Cette expansion générale et continue du contentieux de l'impayé au Maroc, révèle un nombre important de difficultés qui découlent du recouvrement de l'impayé, aussi bien à l'amiable que forcé. Ces difficultés sont de nature à remettre en cause l'approche globale et le processus de recouvrement.

L'accroissement de l'impayé est un constat réel, mais qui ne peut pas être démontré uniquement par des chiffres, ou des éléments statistiques, mais par d'autres arguments qui doivent corroborer la thèse de cette expansion générale de l'impayé devant toutes les juridictions, et par voie de conséquence, mettre la lumière sur les écueils de recouvrement qui peuvent expliquer cette explosion du contentieux de l'impayé.

Paragraphe 2 : la mise en place d'une enquête prédicative

40. On peut réitérer que les chiffres, ne représentent qu'une situation de fait, et ne peuvent constituer un indicateur fiable de l'évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé. De ce fait, une enquête auprès des professionnels intervenant de près ou de loin dans le recouvrement apparaît comme une démarche inévitable, pour appréhender la réalité du contentieux de l'impayé au Maroc et mieux comprendre l'approche générale du recouvrement.

[56]-en 2008, les affaires relatives à l'impayé, représentaient 16. 06% sur l'ensemble des affaires enregistrées devant les juridictions civiles et commerciales, toute branche confondue. Abstraction faite des affaires liées à l'impayé traitées en référés devant les juridictions civiles, et les affaires liées à l'impayé traitées en référé et au fond devant les juridictions commerciales. Cette moyenne s'est élevée à 16,52 en 2009, et en 2010, elle a atteint 23, 12%.

Il convient en premier lieu de procéder à la déconstruction analytique du sondage mené auprès des professionnels du recouvrement (A), pour s'arrêter en deuxième lieu sur leur perception en la matière.

A- Les intervenants au recouvrement et leurs perceptions en la matière

41. Deux acteurs principaux interviennent en matière de l'impayé et de son contentieux au Maroc : Les avocats (a), mandatés généralement par les créanciers pour un recouvrement forcé, et les huissiers de justice (b), chargés de la mise en œuvre du titre exécutoire.

1- Les avocats[57]

42. En effet, les questionnaires destinés et remplis par les avocats portent essentiellement sur tout le processus de prévention de l'impayé, et de son traitement, ou, l'approche généralement entreprise par le créancier ou son avocat lors du recouvrement de créances.

D'emblée, les avocats enquêtés ont affirmé un accroissement du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales durant ces dernières années[58], ils ignorent toutefois les véritables causes de son accroissement.

43. En matière de prévention de l'impayé, ces professionnels déclarent que les sûretés réelles demeurent la technique contractuelle la plus efficace comparativement aux autres, telles que les clauses résolutoires ou le choix du mode de paiement, en dépit des difficultés pratiques qui découlent de ces sûretés.

En revanche, ils estiment tous que les dispositions contractuelles visant à prévenir l'impayé, n'ont pas évolué au cours de ces dernières années. Par ailleurs, ils ne cherchent que rarement une technique adaptée de prévention de l'impayé lors de la rédaction d'un contrat ou de dispositions générales.

Quant aux modes de paiement les plus efficaces pour prévenir l'impayé, le chèque est le mode de paiement le plus efficace, eu égard à son caractère dissuasif et sanctionnateur[59].

Pour ce qui est du recouvrement amiable, ces professionnels, révèlent que celui-ci ne fait pas partie de leur priorité, et la proportion des dossiers de l'impayé qui font l'objet d'un

[57]-annexes 2.

[58]-annexe 2.

[59]-l'article 543 du code pénal Marocain prévoit des sanctions pénales à l'encontre de l'émetteur d'un chèque sans provision.

recouvrement amiable est quasiment nulle, sauf en matière de chèque, où l'émetteur se trouve contraint de trouver une solution amiable avec son créancier ou son avocat mandaté à cet effet.

Ils soulignent en outre ne jamais recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits compte tenu de leur inefficacité en matière d'impayé.

44. A l'égard des procédures contentieuses de l'impayé, les procédures d'injonction de payer occupent la plus grande proportion de l'ensemble des dossiers de l'impayé comparativement aux actions en référé et celles au fond, dès lors que le bien-fondé de la créance est incontestable.

Quant aux motifs susceptibles de dissuader les créanciers d'entreprendre une procédure contentieuse pour le recouvrement de créances, les avocats sont unanimes que les délais judiciaires sont le premier frein qui rend un créancier perplexe à l'égard d'une action en paiement. En revanche, la procédure contentieuse peut parfois être engagée pour des montants dérisoires[60].

Ils soulignent toutefois, que rares sont les fois où les titres exécutoires sont volontairement exécutés en la matière, bien au contraire, les débiteurs recourent à des procédés dilatoires pour faire retarder l'exécution.

Par ailleurs, ces professionnels estiment que l'efficacité des procédures d'impayé est meilleure devant les juridictions commerciales en termes de célérité.

Enfin, ils révèlent que l'abandon des procédures contentieuses de l'impayé peut résulter de plusieurs motifs, particulièrement l'absence de garanties et l'ouverture des procédures collectives à l'encontre du débiteur.

2- Les huissiers de justice[61]

45. Comme les avocats, tous les huissiers de justice enquêtés sont unanimes que les affaires relatives aux contentieux de l'impayé ont connu une expansion importante au cours de ces dernières années.

Leur mission consiste à mettre en œuvre les titres exécutoires qui portent sur des décisions de justice en la matière, en l'occurrence, ces professionnels dévoilent qu'ils n'exercent aucune activité de recouvrement sans l'existence préalable d'un titre exécutoire, d'autant plus, que leur client ne leur demande pas d'accomplir ce genre de mission, et ne peuvent

[60]-*infra* 68 et s.

[61]-annexe 3.

aucunement procéder à un recouvrement amiable ou accorder des délais ou un rééchelonnement aux débiteurs. Par voie de conséquence leur mission se limite à la mise en œuvre du titre exécutoire.

46. Relativement à la mise en œuvre des titres exécutoires, ces professionnels avouent qu'ils trouvent des difficultés en permanence pour déterminer les éléments du patrimoine du débiteur, compte tenu de la lourdeur des démarches y afférentes. De surcroît, ils ne disposent pas d'outils leur permettant de procéder à des investigations systématiques sur le patrimoine des débiteurs.

Sous le même angle, ils déclarent que la mise en œuvre d'un titre exécutoire peut se révéler inutile face à un débiteur ayant changé son adresse, particulièrement les entreprises qui procèdent au changement de leur domiciliation sociale et dénomination pour esquiver les mesures exécutoires engagées à leur encontre.

B- La déconstruction analytique du sondage mené

47. On a pu voir comment les professionnels ont été unanimes sur l'accroissement du contentieux de l'impayé ces dernières années devant les juridictions civiles et commerciales, chose qui conforte à l'évidence le constat relevé des données statistiques annoncées ci-haut.

En effet, les réponses des professionnels présentent le cadre général du processus de prévention de l'impayé et de son traitement.

Relativement aux techniques préventives de l'impayé, on peut constater que les sûretés traditionnelles sont la technique préventive la plus utilisée au détriment d'autres techniques qui se sont révélées moins efficaces. Par ailleurs, les techniques contractuelles visant à prévenir l'impayé n'ont pas évolué ces dernières années, et elles ne sont employées que rarement lors de la rédaction des contrats.

Au demeurant, le chèque reste toujours le mode de paiement le plus efficace pour prévenir l'impayé, et les débiteur se trouvent toujours dans l'obligation d'honorer leurs engagements contractuels en cas de paiement par chèque.

48. En ce qui concerne le traitement de l'impayé, on peut constater l'absence déplorable des procédés amiables pour le recouvrement de créances, aussi bien pour les avocats que pour les huissiers de justice.

En outre, ces professionnels ne recourent pas aux modes alternatifs de règlement de litiges eu égard à leur inefficacité en la matière.

Relativement aux procédures contentieuses et aux mesures exécutoires[62], on peut constater les difficultés relatives à l'exécution qui se manifeste par les procédés dilatoires[63] employés par les débiteurs de nature à retarder l'exécution.

Egalement, l'ouverture des procédures collectives à l'égard du débiteur, est susceptible de susciter l'abandon des poursuites du créancier.

Il convient de souligner par ailleurs, les difficultés pratiques relatives à la détermination des éléments du patrimoine du débiteur par les huissiers de justice. En effet, c'est un autre écueil qui compromet l'exécution en matière d'impayé.

49. Force est de constater que le processus de recouvrement au Maroc s'appuie principalement sur la voie judiciaire, aussi bien pour les créanciers que pour les intervenants en matière de recouvrement.

En effet, l'absence d'un cadre amiable de recouvrement constitue une charge importante qui pèse sur la justice étatique, appelée à statuer sur toutes les affaires relatives à l'impayé, ce qui génère inévitablement un encombrement important de ce type de contentieux devant les juridictions compétentes.

L'absence d'une politique préventive de l'impayé, capable de procurer au créancier une véritable stratégie de recouvrer sa créance en dehors de la voie judiciaire, constitue aussi un facteur important de cet encombrement des tribunaux. Une stratégie qui consiste à faire appel à des solutions de substitution lui permettant de recouvrer efficacement la créance sans avoir le besoin de recourir à la justice.

Par conséquent, la réalité du recouvrement de créances au Maroc, peut être marquée par un accroissement du contentieux de l'impayé ces dernières années devant les juridictions civiles et commerciales. Il va sans dire que cet accroissement est le résultat de plusieurs facteurs et conjonctures ayant contribué à cette expansion du contentieux relatif à l'impayé.

Il convient de souligner que les questionnaires n'ont pas été remplis par un nombre très importants de professionnels, mais suffisamment pour avoir un aperçu sur la réalité du contentieux de l'impayé au Maroc ces dernières années, particulièrement son expansion devant les juridictions civiles et commerciales, sans oublier l'approche générale entreprise en matière de recouvrement.

[62]-K. SANBI, « Les garanties et les procédures pour le recouvrement des créances », AL MILAF, janvier 2005, p.6 et s.

[63]-*infra* 68 et s.

Section 2 : L'accroissement de l'impayé et de son contentieux

50. Analyser l'impayé et son contentieux doit nous amener à s'arrêter sur les causes de son accroissement, causes diverses pouvant expliquer cet accroissement au Maroc, abstraction faite des facteurs conjoncturels attribuables en grande partie à la crise économique que connait le monde entier. Cette tendance d'accroissement au Maroc existe bien avant le déclenchement de la crise.

En effet cette hausse du contentieux de l'impayé s'est manifestée par l'expansion des demandes d'impayé devant les juridictions civiles et commerciales de l'ensemble du pays[64], dont une partie non négligeable relève du contentieux de l'impayé bancaire, étant donné que les crédits et les concours bancaires sont devenus une nécessité impérieuse dont peu de personnes peuvent se passer, s'agissant aussi bien des particuliers que des entreprises. Mais ces crédits entrainent à présent une situation alarmiste compte tenu de leur explosion et de leurs utilisations à mauvais escient, ou encore de l'octroi de crédit par le banquier sans le discernement exigé par la profession, ou encore sans étude minutieuse du dossier de crédit, qui laisse l'emprunteur dans des difficultés manifestes de remboursement.

En l'occurrence, des crédits excessivement octroyés, ou des crédits inadaptés à la capacité de remboursement de l'emprunteur, sont incontestablement parmi les causes importantes de l'accroissement de l'impayé (p.1), ce qui s'ajoute à d'autres causes qui peuvent être d'ordre socio-culturel, ou attribuables à l'évolution législative qu'a connu le pays ou encore à quelque vide juridique (p.2).

Paragraphe 1 : Les risques du crédit

51. Il apparait inopportun d'ausculter la hausse du contentieux de l'impayé au Maroc devant les juridictions civiles et commerciales sans remettre en question une activité bancaire qui encourage vivement le crédit, répercutant cette accentuation de l'impayé.

Le contentieux de l'impayé bancaire devient sérieux, mais nous ne disposons malheureusement à ce titre d'aucun chiffre émanant du ministère de la justice qui puisse relater combien il représente comparativement à l'ensemble du contentieux de l'impayé au Maroc, faute de décomposition des statistiques par la source (ministère de la justice au Maroc), nonobstant la corrélation entre l'augmentation des crédits et le nombre de demandes qui relèvent du contentieux de l'impayé.

[64]-*supra* 30 et s.

En effet les crédits ont connu une hausse de 107,9% pour les crédits à court terme, passant de 104 340 à 217 015 millions de Dirhams entre 1998 et 2009, tandis que les crédits à moyen et à long terme ont connu une hausse faramineuse qui s'élève à 407% pour les mêmes dates, atteignant 319 948 Millions de Dirhams en 2009 contre 63 099 en 1998[65], avec un taux de contentieux qui s'est hissé à 19,03% sur l'ensemble des crédits octroyés en 2004[66] Ce sont des chiffres alarmants qui doivent faire l'objet d'une analyse minutieuse.

Cependant cet accroissement de l'impayé ne peut pas être imputable uniquement à l'imprévoyance ou parfois à l'inconscience des débiteurs bénéficiaires des crédits. Bien au contraire, la banque peut être questionnée sur les crédits excessivement alloués (A), et voir sa responsabilité engagée pour l'octroi d'un crédit excessif et d'un défaut de mise en garde (B).

A- Une économie fondée sur les crédits[67] caractérisée par un octroi excessif

52. On ne conçoit pas de nos jours une activité économique ou un ménage sans crédit. On assiste dernièrement au Maroc à une explosion du crédit qui a généré vraisemblablement des endettements colossaux, voire des surendettements, avec 55 établissements de crédit en 2010, dont 19 banques et 36 sociétés de financement, celles-ci exploitant sauvagement[68] le marché de crédit au Maroc, sans pour autant se soucier des moindres normes déontologiques courantes en la matière.

En fait, si les professionnels (1), qui, par manque de fonds propres, se voient contraints généralement de demander un crédit pour faire face à un démarrage jugé ardu, les particuliers (2), quant à eux, sont confrontés à une conjoncture économique inflationniste à la fois préoccupante et croissante[69], et sont tentés par des campagnes publicitaires envahissantes à vocation événementielle (fêtes religieuses à l'occasion desquelles le besoin s'accroit, rentrées scolaires, vacances…). Ils y cèdent et contractent des crédits qui pèsent lourdement sur leur solvabilité et qui constituent sans doute la cause principale de l'impayé.

---

[65]-chiffres annoncés par le ministère des finances, disponible sur http://www.finances.gov.ma/portal/page?_pageid=53,17813776&_dad=portal&_schema=PORTAL

[66]-étude réalisée sur la base des rapports annuels de Bank almaghrib, le taux de contentieux= créances en souffrances / total des crédits accordés, V., A. ALHAMMA, « La gestion du risque crédit par la méthode du scoring : cas de la Banque populaire de Rabat-Kenitra », *EMAREM*, septembre2009-aout 2010, n°2 et 3, p294.

[67]- Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines, Septembre 2006. p.2.

[68]-. A. CHAKIB, *Essai sur le droit du crédit*, imprimerie al joussour, 2009, p.68.

[69]-le taux de l'inflation globale a atteint 3,5% fin 2008, 1,8% fin 2010, et 1,8% en septembre 2011, données extraites des rapports de Bank almaghrib sur la politique monétaire du pays.

1- Crédits octroyés aux entreprises

53. Les entreprises Marocaines n'ont pas été épargnées par cette hausse remarquable qu'a connue le crédit au Maroc.

En effet, dans un contexte de concurrence acharnée, et afin d'encourager la création des petites et moyennes entreprises, qui constituent un élément incontournable du tissu économique de notre pays, un changement devait s'opérer quant à l'amélioration du financement de celles-ci.

54. Conscient des obstacles qui entravent la création de ces institutions, dus essentiellement à une pénurie de fonds propres, le législateur a introduit une panoplie de dispositions légales visant à faciliter l'insertion de ces institutions au profit d'une sphère économique sereine : ainsi, parmi d'autres, la loi relative au micro-crédit[70] par laquelle il a essayé de créer un environnement favorable au développement du micro-crédit en vue de répondre aux attentes des PME.

Toutefois, cet ensemble de dispositifs juridiques a amené les entreprises à s'endetter massivement et à voir leur capacité de remboursement se restreindre, face à un endettement qui se transforme en un surendettement qui pèse inéluctablement sur la santé financière de l'entreprise.

Certes, cette politique consistant à favoriser les crédits[71] pour la création d'entreprises ou pour des entreprises nouvellement créées, au détriment de l'autofinancement, n'est pas passé sans incidence ; un constat alarmiste établi par le ministère des finances et de la privatisation[72] en donne la preuve, le rapport annonçant à ce propos une hausse spectaculaire de ce type de crédit entre 1996 et 2002 suivie d'une décélération résultant de l'augmentation des créances en souffrances[73] entre les dates susmentionnées, passant de

[70]-il s'agit de la loi 18-97 du 1er avril 1999, et le définit comme étant : «Tout crédit dont l'objet est de permettre à des personnes économiquement faibles de créer ou de développer leur propre activité de production ou de services en vue d'assurer leur insertion économique ».

[71]- A.LAABOUDI« La banque et la politique du crédit », Maroc conjoncture, média production,1988-1989, p.52 et s.

[72]- H.LOUALI, « Evaluation du financement de la PME au Maroc », Ministère des finances et de la privatisation, direction de la politique économique général, Aout 2003

[73]-les créances en souffrances ont été définies par l'article 4 de la circulaire de Bank almaghrib n° 19/G/2002 du 23/12/2002 comme : **«** Sont considérées comme créances en souffrance, les créances qui présentent un risque de non recouvrement total ou partiel, eu égard à la détérioration de la capacité de remboursement immédiate et/ou future de la contrepartie. Les créances en souffrance sont, compte tenu de leur degré de risque de perte, réparties en trois catégories :
- les créances pré-douteuses,
- les créances douteuses
- et les créances compromises.

11,5% à 17,8%, et du retard important enregistré par nos tribunaux au niveau de règlement de contentieux. Ce rapport précise que 35% des dossiers bancaires sont au contentieux avec un volume de dette de 300 millions de Dirhams.

55. Force est de constater que cette politique a provoqué maints incidents de paiement qui sont enregistrés au niveau des entreprises, conduisant ces sociétés à l'insolvabilité, et a contribué conséquemment à accroitre davantage l'impayé.

Dans l'état actuel des choses, les pouvoirs publics doivent revoir cette politique qui favorise l'endettement au mépris de la constitution de fonds propres, et mettre en place une alternative qui pourra répondre à toutes les attentes.

2- Crédits octroyés aux particuliers

56. Le Maroc apparait endoctriné par une culture de consommation propre aux grands pays, cause génératrice, parmi d'autres, d'un éclatement du crédit à la consommation qui a provoqué un surendettement considérable des ménages.

Sans nul doute, les crédits aux ménages ont atteint de nouveaux records. En effet, si en France, 49,5% des ménages détenaient un crédit en 2010,[74] et si on ignore au Maroc le nombre de ménages qui ont un crédit à charge, cependant, les chiffres des crédits peuvent en témoigner : en hausse de 10% sur l'année 2009, en 2010 ce type de crédit représentait 28,1% de l'ensemble des encours distribués, arrivant au seuil de 173 Milliards de Dirhams, 58% de ces encours étant destinés à des personnes dont le revenu est inférieur à 4.000 dirhams, L'encours moyen est de 27.700 Dirhams par dossier[75], les crédits étant affectés principalement à l'habitat et à la consommation, particulièrement destinés à l'acquisition de véhicules et, précise le rapport, à des prêts personnels, . Ce sont des chiffres inquiétants en comparaison avec la moyenne des salaires et SMIC[76] au Maroc.

Par ailleurs, les sociétés de crédit ont vu leurs créances en souffrance augmenter notablement en 2010, représentant 14% de l'encours brut des crédits, contre 5,5% seulement des créances en souffrance pour l'ensemble des encours ; corollairement les risques des crédits ménages sont plus importants, et requièrent davantage de surveillance, ainsi que plus de rigueur et de sélectivité lors de l'octroi de crédit afin de se prémunir contre les dangers que cela représente, tant pour la stabilité financière de l'économie, que pour la

[74]-selon l'observatoire des crédits aux ménages

[75]-rapport annuel de Bank almaghrib sur le contrôle, l'activité et les résultats des établissement de crédit,2010, p.30, 89 et s., V., http://www.bkam.ma/.

[76]-le Smic vient de passer de 10,64 à 11,70 DH le 1er juillet 2011,atteignant 2 230,80 DH par mois, décret n° 2.11.247 du 1er juillet 2011 paru au B.O., n° 5959, 11 juillet 2011.

solvabilité des ménages, qui se trouve en état de déséquilibre, eu égard à la conjoncture économique instable .

A ce propos, et par crainte que la situation ne dégénère, et afin de stopper et contrôler cette frénésie, la banque centrale a mis en place en 2010 des mesures préventives dont la plus importante consistait à demander aux établissements de crédit de durcir les conditions d'octroi de crédit et de mettre notamment ce risque en constante surveillance.

57. Il ressort de ces chiffres que les banques Marocaines se montrent légères voire laxistes, quant à l'octroi de crédit ; désormais le crédit est devenu une affaire de quelques heures, entre la demande de crédit et la réponse de l'agence, mais un grave problème de non remboursement peut en découler. Or un crédit contracté outre les capacités de remboursement du bénéficiaire entraine quasi-automatiquement un impayé, et le dossier peut aussitôt être conduit au service contentieux de la banque, qui privilégie généralement la voie judiciaire.

En l'espèce, les banques Marocaines sont appelées aujourd'hui plus que jamais à instruire minutieusement les dossiers de crédit et à respecter les règles légales ou d'usage en vigueur en la matière, et notamment celles relatives au niveau d'endettement de l'individu, qui, en théorie, ne doit pas être supérieur à 33% de ses revenus. Or cette règle ne semble pas faire l'unanimité, et les établissements de crédit se montrent flexibles vis-à-vis à celle-ci[77].

58. Somme toute, les banques doivent pour leur ensemble s'efforcer d'adopter de nouvelles méthodes d'instruction des dossiers de crédit, afin de standardiser la procédure d'octroi et de délaisser les outils classiques utilisés par notre système bancaire pour se couvrir contre les risques de ce type de crédit qui les rend plus délicat à évaluer[78]. Il s'agit, d'évaluer véritablement la capacité de remboursement des demandeurs de crédit, et de former un rempart, une protection contre eux-mêmes, au lieu de les surendetter, tout en ayant la conviction que leur responsabilité ne sera aucunement remise en cause à cet effet.

Et à ce titre, il convient de rappeler comment les banques Française ont pu contribuer à la baisse du contentieux de l'impayé. Pour ce faire, elles ont mis en place de nouvelles conditions pour l'octroi de crédit, donc une meilleure sélection des bénéficiaires de crédit, et elles ont cherché également à systématiser les garanties du crédit[79].

---

[77]-il faut rappeler qu'en France que cette règle de 33% est imposée par la banque de France, et la responsabilité de l'établissement de crédit peut être engagée en cas de viol, la jurisprudence apparait draconienne à l'encontre des banques sur ce point, l'établissement encoure en outre des sanctions disciplinaires.

[78]- A. ALHAMMA, « La gestion du risque crédit par la méthode du scoring : cas de la Banque populaire de Rabat-Kenitra », *EMAREM*, septembre2009-aout 2010, n°2 et 3, p.305.

[79]- P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE, p.39

B- Responsabilité de la banque pour l'octroi de crédits excessifs[80]

59. Un crédit accordé excessivement peut ruiner un particulier comme il peut entrainer une aggravation du passif de l'entreprise ou retarder artificiellement sa cessation de paiement, en induisant en erreur les créanciers sur la bonne santé financière de celle-ci. Or, si le soutien de la banque à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise est interdit, en revanche le dispositif juridique mis en place n'évoque point la mise en œuvre de la responsabilité de la banque dans ce cadre, à l'égard de l'entreprise ou à l'égard de ses créanciers[81].

60. En effet la responsabilité du banquier en France pour l'octroi du crédit excessif est fondée sur le manquement de celui-ci à son devoir de mise en garde, un devoir qui lui a été imposé par la jurisprudence.

A ce titre, une première période a été caractérisée par une discordance jurisprudentielle entre la chambre commerciale et la première chambre civile. La première s'oppose au principe de l'obligation de conseil et avance que l'emprunteur est pleinement responsable de ses actes à travers plusieursarrêts[82] invoquant en outre le devoir de non immixtion du banquier dans les affaires de son client. La seconde a soutenu fermement ce fondement en retenant la responsabilité du banquier qui manque à son devoir de mise en garde : celui-ci est tenu à l'égard de l'emprunteur à un devoir de conseil[83]. Cette contrariété de jurisprudence a été suivie par une jonction des décisions des deux chambres à travers le fameux arrêt du 12 juillet 2005[84], complété par deux autres arrêts[85] par lesquels la chambre civile a procédé à une différenciation entre l'emprunteur averti et l'emprunteur profane constituant un champ de responsabilité réservé à chaque cas de figure, position corroborée par la chambre commerciale[86] qui a enfin admis l'existence du devoir de mise en garde du banquier en faveur des emprunteurs profanes .

---

[80]- D. LEGEAIS, « Responsabilité du banquier en matière de crédit *», RD banc. fin.*, avril 2010, p.4.

[81]-le principe de la responsabilité de la banque vis-à-vis des créanciers de l'entreprise en difficulté a été pris en compte une première fois dès la fin du 19éme siècle par la cour de cassation, affirmé par la chambre civile de la haute juridiction en 1876, *Ibid.*,p.50.

[82]-Cass. Com., 18 février 1997, n° 94-18073 ; Cass. Com., 11 mai 1999, n° 96-16088 ; Cass. Com., 26 mars 2002, n°99-13810.

[83]-Cass. Civ., 18 juin 1994, n° 92-16142 ; Cass. Civ., 27 juin 1995, n° 92-19212 ; Cass. Civ., 18 juin 2004, n° 02-12185.

[84]-Cass.Civ., 12 juillet 2005, n° 03-10921.

[85]- Cass. Civ., 2 novembre 2005, n° 03-17 .443 ; Cass. Civ., 21 février 2006, n° 02-19.066.

[86]-Cass. Com., 3 mai 2006, n°04-19315.

Il convient de rappeler que cette genèse jurisprudentielle a été confortée par une disposition de la loi n°2010-737, du premier juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation[87] en vertu de laquelle le prêteur doit fournir à l'emprunteur des explications qui lui permettent de déterminer si le contrat est adapté à ses besoins et à sa situation financière, à partir des informations sur les caractéristiques essentielles du crédit proposé et sur les conséquences du crédit sur sa situation financière. Deux devoirs du banquier en découlent, celui d'explication et celui de vérification de la solvabilité[88] de l'emprunteur.

61. Cependant le législateur Marocain était moins limpide, et n'a répondu qu'évasivement à la réglementation des devoirs du banquier dont le manquement est source de responsabilité, hormis quelques dispositions relatives aux obligations du banquier, qui peuvent être d'ordre informationnel[89], ou qui relèvent de la vigilance[90], ou de la discrétion reposant sur le secret professionnel. De surcroit le législateur, en matière de consommation, n'a pas abordé cette question, il s'est contenté d'édicter des obligations d'information à l'égard des fournisseurs sur les produits qu' ls proposent, épargnant de cette façon les prestataires de service et notamment les établissements de crédit de cette obligation ; ils sont seulement soumis à un devoir qui concerne la publicité et l'offre préalable de crédit au consommateur qui doivent être conformes aux dispositions de la loi de protection des consommateurs[91] . On peut dire d'ores et déjà que notre jurisprudence reste muette quant à l'extension des devoirs du banquier.

Si le devoir de mise en garde est d'une importance capitale pour la mise en cause de la banque en matière de crédit excessif, il n'est soulevé ni par notre jurisprudence ni par notre législation[92] et, à notre sens, ce devoir de mise en garde au Maroc (1) relève de l'éthique, de la morale, et donc tire sa source de la déontologie de la profession. De nos jours son appréciation est encore rude, mais une fois le manquement à ce devoir constaté, l'action en responsabilité de la banque peut être mise en œuvre (2).

---

[87]-J.O. 2 juillet 2010, p. 12001.

[88]-F. CREDOT ET T.SAMIN. « L'obligation de mise en garde, est-elle compatible avec le concept de crédit responsable ? *RD banc. Fin*., novembre-décembre 2010, n°6, p.82.

[89]-article 116 de la loi bancaire, Dahir n° 1-05-178 du (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés.

[90]- Circulaire du gouverneur de Bank Al-Maghrib n° 41/G/2007 du 2 août 2007 relative à l'obligation de vigilance incombant aux établissements de crédit.

[91]- Dahir n° 1-11-03 du 18 février 2011 portant promulgation de la loi n°31-08 relative à la protection du consommateur, B.O. n° 5932 du 7 avril 2011.

[92]- K.LYAZIDI, *La responsabilité du banquier au Maroc*, éd. Rabat, 1985.

1- Le devoir de mise en garde

62. Vu l'explosion qu'a connu le crédit et la publicité incitative des banques, il fallait que le banquier ait plus d'engagement à l'égard de ses clients. Un crédit n'est jamais accordé par empathie ou par altruisme, et non plus pour que le banquier puisse bénéficier d'une quelconque commission qu'il pourrait en tirer. Aucun facteur extérieur ne doit influer sur la décision de celui-ci, qui doit analyser scrupuleusement dossier par dossier, étant donné que le crédit n'est pas un droit et relève du pouvoir appréciatif du banquier qui peut s'abstenir d'allouer un crédit sans qu'il ait aucunement l' obligation de motiver son refus.

En effet, le banquier qui accorde un crédit connait la situation du bénéficiaire autant que ce dernier. Certes le bénéficiaire agit en connaissance de cause et notamment de l'état de ses ressources, patrimoines,et de ses capacités financières. Toutefois il ne peut pas être l'unique responsable de ses actes ou de son propre dommage, le banquier se trouvant dans une position confortable pour juger de l'utilité du crédit et de son adéquation avec les principales ressources du demandeur de crédit. En la circonstance un devoir lui est imposé, celui du conseil, qui ne substitue pas le devoir de mise en garde[93] auquel il est tenu pour toute nature de crédit y compris ceux qui font partie d'une réglementation particulière(crédit à la consommation). A ce titre le banquier doit avoir une certaine éthique, et doit faire preuve d'une attitude consciencieuse pour accorder un crédit responsable

Ce devoir déontologique passe par l'appréciation en amont de plusieurs critères déterminants pour le banquier pour l'attribution du crédit, et qui tiennent compte en premier lieu de l'identification du bénéficiaire dans le cadre de son devoir de mise en garde. En l'espèce la chambre mixte de la cour de cassation dans un arrêt rendu le 29 juin 2007[94], admet qu'un agriculteur empruntant pour les besoins de son exploitation n'était pas forcément un emprunteur averti. Peut-on en effet qualifier un professionnel qui souscrit un crédit pour les besoins de son exploitation de bénéficiaire *averti* du seul fait qu'il est un professionnel ? Il s'agit de savoir, à l'exemple de la jurisprudence Française, si l'emprunteur est profane ou non, l'emprunteur profane étant l'individu incapable de mesurer seul les conséquences de l'acceptation du prêt qu'il sollicite[95].

63. En second lieu, le professionnel doit prendre en compte le critère matériel, qui repose essentiellement sur les capacités financières de l'emprunteur et les risques de l'endettement origine de l'octroi du crédit. Cela consiste pour le banquier à mesurer les risques qui peuvent

[93]-R.ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 3ème éd., Dalloz, 2011/2012, p.825.

[94]- Cass. Ch. Mixte., 29 juin 2007, n° 05-21.104, bulletin 2007, ch. Mixte, n°7; D. LEGEAIS, « Devoir de mise en garde envers l'emprunteur et la caution non avertis », *RTD. Com*. 2007, p. 579 ; P. JOURDAIN, « Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif », *RTD. CIV.,* décembre 2007, p.779 ; G. PIETTE, « cautionnement commercial », *rép. Com. Dalloz*., n°70, janvier 2012.

[95]-T.FAVARION, « les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti ? », *RD banc. fin*., Mai-juin 2010, n°3, p.23.

découler de l'opération, le banquier étant tenu en l'occurrence, en fonction des documents produits par l'emprunteur, de déterminer l'adéquation du crédit avec les ressources et autres éléments mis à sa disposition. Le cas échéant il peut se contenter seulement des informations fournies oralement par celui-ci, qui doit avoir un comportement irréprochable quant à la communication des informations relatives à lui-même et relatives à la détermination de sa situation financière .

Il convient de souligner que ni en France ni au Maroc il n'existe d'arrêt de la cour de cassation ou de la cour suprême qui interprète le contenu réel et exact du devoir de mise en garde. Néanmoins, si l'on admet les critères d'appréciation précités, ce devoir impose au banquier d'alerter l'emprunteur sur le caractère excessif du prêt qu'il demande eu égard à ses capacités financières et aux différents risques liés à l'endettement occasionné par l'encours bancaire. En d'autres termes, ce devoir qui relève en quelque sorte de l'information, va au-delà de la simple information passive, et doit revêtir un caractère actif de sorte que l'emprunteur puisse être suffisamment mis en garde, en vue d'en décider.

L'évaluation du caractère averti du bénéficiaire se fait surtout par rapport à l'opération de crédit : on peut être averti pour un type d'opération de crédit et non-averti pour un autre type. Plus l'opération est complexe et plus il est facile de retenir le critère de bénéficiaire non-averti.

Cependant, en cas de manquement du banquier à son devoir de mise en garde, sa responsabilité peut être engagée aux termes du droit commun[96].

2- La mise en œuvre de la responsabilité du banquier pour manquement à son de devoir de mise en garde

64. Le tribunal compétent en la matière est le tribunal de commerce ou le tribunal de première instance selon le type de l'emprunteur, particulier ou professionnel, ou la nature du contrat du crédit, à savoir commercial ou mixte.

Par ailleurs, en France, la cour de cassation met la charge de la preuve sur le banquier, qui doit en effet prouver qu'il a procédé à l'alerte de son client par tous les moyens qui lui sont possible. En revanche nous en sommes encore loin au Maroc. L'emprunteur qui a souscrit un crédit et qui estime que le professionnel a manqué à son devoir de mise en garde et lui a accordé un crédit inadapté à ses ressources, peut, sur ce fondement, aux termes des dispositions du droit commun, engager une action en responsabilité à l'encontre du banquier. Il doit en outre démontrer la faute du banquier, un préjudice résultant de la faute, et un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi.

[96]- L-J. LAISNEY, « Nouvelles incertitudes sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif », *RLDA*., n°48,avril 2010, p.60 et s.

Par la force des choses, le fait générateur de responsabilité prend la forme d'une faute du banquier matérialisée par une violation d'un devoir de nature juridique qui s'impose à lui. Donc la faute, en la matière, s'appuie fondamentalement sur les devoirs qui incombent au banquier et sur leur manquement, et il appartient à l'emprunteur de le déceler.

Il convient de rappeler que les banques en France établissent la preuve de ce devoir par un engagement daté et signé par l'emprunteur dans lequel il affirme qu'il a été suffisamment averti, ou également par une clause contractuelle insérée au contrat du crédit et ayant le même objet.

65. Quant au préjudice subi par l'emprunteur, occasionné à ce titre par le manquement du banquier à son devoir de mise en garde, c'est celui d'une perte de chance, la jurisprudence Française acquiesçante au fait que le manquement du banquier au devoir de mise en garde constitue une faute qui fait perdre une chance de renoncer à souscrire le prêt[97].

66. Enfin, il faut que le lien de causalité soit établi entre la faute du banquier et le préjudice subi par l'emprunteur, et il revient ensuite au juge et à son pouvoir souverain d'appréciation de fixer des dommages et intérêts au profit de l'emprunteur qui peuvent éventuellement lui servir pour compenser le reste du montant de l'emprunt qu'il doit.

D'emblée, on peut dire que la responsabilité du banquier au Maroc demeure encore primitive, et un effort en la matière serait bien accueilli. Les juges du fond doivent en outre s'investir davantage au premier chef en faveur de la reconnaissance du devoir encore inexistant de mise garde s'imposant au banquier, en second lieu commencer à retenir la responsabilité du banquier à un moment où le contexte le requiert.

Paragraphe 2 : La propension de l'individu au contentieux et les lacunes législatives

67. Il semble absurde d'explorer les causes de l'accroissement de l'impayé sans mettre la lumière sur les mutations socio-culturelles et historiques qu'a connu le Maroc.

En effet, beaucoup de facteurs ont marqué toute une idéologie au Maroc. Désormais être en justice ou être assigné en justice pour un impayé ou sur un quelconque fondement n'est plus un tabou dans la société Marocaine, alors qu'il l'a été des décennies en arrière. Car, l'action en justice s'est banalisée au point que l'individu peut chercher d'autres motivations dans une action en justice intentée contre autrui que celle de trancher un litige pour obtenir satisfaction par une décision équitable et impartiale. Cette propension au contentieux (A) est attribuable à des causes qu'on peut qualifier d'extrinsèques.

[97]-CA Aix-en Provence, 8ème ch., 29 janvier 2009, n° 2009/51, jurisdata n°2009-011784 ;R.ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 3ème éd. 3, Dalloz, 2011/2012, p.845.

D'autres éléments, essentiellement à caractère législatif, peuvent être considérés comme importants dans cet accroissement de l'impayé, étant donné que l'arsenal juridique marocain souffre de sérieuses lacunes (B) de nature à accroître davantage l'impayé.

A- La propension de l'individu au contentieux

68. L'intérêt général et social peut parfois placer le débiteur dans une position assez confortable et le favoriser au détriment d'un créancier et de son droit de recouvrer entièrement sa créance. Nul ne peut nier l'incidence de l'évolution législative(1) sur la hausse de l'impayé, cause non négligeable de l'accroissement de l'impayé, les législations à caractère humain servant de tremplin pour quelques débiteurs de mauvaise foi pour se soustraire à honorer leurs engagements contractuels. De surcroit les mutations psychologiques et socio-culturelles(2) qu'a connu le Maroc ont normalisé l'impayé en dépit des restrictions islamiques et morales qui en interdisent l'acte.

1- L'évolution législative

69. Autrefois, le pouvoir du créancier de contraindre son débiteur était exorbitant dans les droits de l'antiquité, allant jusqu'à donner la mort à son débiteur en cas d'impayé ou le vendre si sa famille ne parvient pas à honorer sa dette[98]mais au cours du temps, ces pouvoirs conférés aux créanciers qualifiés d'inhumains se restreindront au profit du débiteur, qui dans un passé assez proche encourait une peine d'emprisonnement s'il n'arrivait pas de s'acquitter auprès de son créancier. Cet adoucissement des mesures prises à son encontre et l'affaiblissement du pouvoir de contrainte mis à la disposition du créancier sont à l'origine de plusieurs interventions législatives.

70. En effet le Maroc, et pour se conformer au pacte international relatif aux droits civils et politiques[99], a procédé à la ratification du dit pacte qui dispose dans son article 11 que « Nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle ». Toutefois la jurisprudence restait désunie quant à la primauté des conventions internationales sur le droit interne[100], un principe qui trouve ses sources dans la constitution, et une grande partie des tribunaux Marocains continuaient à appliquer la contrainte par corps au sens du dahir du 20 février 1961 relatif à l'exercice de la contrainte

[98]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.3 et s.

[99]-ce pacte a été conclu à New York le 16 décembre 1966.

[100]-la cour de cassation a approuvé la primauté de cette disposition internationale, à ce titre la cour a cassé un arrêt de la cour d'appel qui a appliqué la contrainte par corps pour une dette contractuelle résultante d'un contrat de bail, arrêt 3515 du 26/09/2001, V., F.ELBACHA, « la contrainte par corps et le recouvrement des dettes civiles », l'économiste, n°1626 du 20 octobre 2003.

par corps et dont la mise en œuvre est prescrite par le code de la procédure pénale, et incarcéraient les débiteurs qui faisaient défaut à leurs obligations contractuelles, mesure jugée archaïque jusqu'à l'adoption par le législateur Marocain de la loi n° 30-06 promulguée par le dahir n° 1-06-169 du 22 novembre 2006 modifiant le dahir précité. A cet égard le législateur abandonne l'application de cette mesure draconienne contre les débiteurs qui arrivent à justifier leur insolvabilité, et contre d'autres débiteurs dont la situation est particulière[101]. En revanche la contrainte par corps reste applicable contre les débiteurs qui ne parviennent pas à justifier leur insolvabilité en matière de dettes civiles et commerciales. De même pour les débiteurs de l'Etat en matière de créances publiques[102].

Au demeurant, les préoccupations du législateur d'ordre social et humanitaire ont passé outre le souci du créancier de recouvrer sa créance. Le délai de grâce en a été la consécration en faveur d'un débiteur malheureux et de bonne foi. Il s'est agi de la prise en considération de sa situation, d'une humanisation[103] à l'égard du débiteur surendetté, dont la situation requiert une intervention du juge et mérite d'être analysée méticuleusement par ce dernier.

71. Les législateurs Marocains et Français ont procédé à travers le dahir des obligations et contrats et le code civil respectivement à conférer au juge le pouvoir d'accorder des délais de grâce aux débiteurs de bonne foi. De cette manière la loi Française est plus explicite au sens des articles 1244-1, 1244-2, et 1244-3, en vertu desquels le juge, et compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, dispose de la faculté de reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans une limite maximale de deux années ; il peut toutefois par décision spéciale et motivée réduire les intérêts ou arrêter leur cours, cette mesure ayant pour effet de suspendre les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier.

Le législateur Marocain, quant à lui, s'est montré laconique par rapport à cette question, et a autorisé le juge à n'accorder le délai de grâce que s'il est prévu légalement ou conventionnellement au regard de l'article 128 du dahir des obligations et des contrats. Cependant c'est une procédure qui se présente assez exceptionnellement.

---

[101]-ainsi l'article 635 de la loi n° 22-01 relative au code de procédure pénale prévoit que la contrainte ne peut pas s'appliquer aux personnes âgées de moins de 18 ans ou plus de 60 ans, ne peut être appliquée également sur débiteur au profit de son conjoint, ses ascendants, descendants, frères et sœurs, oncles et tantes, neveux et nièces et alliés au même degré, ainsi que pour une exécution simultanée contre le mari et l'épouse, même pour des dettes différentes, ni contre une femme enceinte ou une femme allaitante pendant les deux années suivant son accouchement.

[102]-aux termes des dispositions de la loi n°15-97 formant code de recouvrement des créances publiques, la contrainte par corps est appliquée contre les débiteurs dont la dette est supérieur ou égal à 8000 Dh, et après non aboutissement des voies d'exécution sur les biens du redevable.

[103]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.20.

N'en déplaise au créancier, cela reste une mesure à caractère humain qui joue en faveur du débiteur, mais qui, néanmoins, rompt à certains moments l'équilibre contractuel par l'intervention d'un tiers, le juge en l'occurrence, de même qu'elle peut mettre en péril la viabilité économique eu égard aux dommages pécuniaires que cela pourrait provoquer au créancier.

72. Le législateur Marocain, a procédé en outre à la mise en place d'une législation spéciale pour le traitement des entreprises en difficulté, introduite dans le cinquième livre de la loi n°15-95 formant code de commerce. Il s'est largement inspiré de la loi Française n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, ayant comme principal objectif de préserver l'emploi et l'entreprise débitrice.

En effet, à travers cette approche innovante, il a voulu mettre fin au principe de la faillite qui diabolisait les entreprises, et dédramatiser un impayé qui était tant condamné. Cet état d'impayé n'est plus perçu comme auparavant, et le désintéressement des créanciers n'est plus une priorité absolue. Dans le cas présent, cette procédure demeure un privilège manifeste pour le débiteur défaillant qui, au lieu d'être sanctionné, trouve le soutien du législateur qui met tout en œuvre pour sauvegarder l'entreprise et l'emploi.

Par ailleurs, Il convient de souligner que la France dispose de davantage de dispositifs qui relèvent d'un caractère social, dont le plus important, et qui a fait l'objet de maintes réformes substantielles, est celui relatif à la prévention et au règlement de difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, appelé loi Neiertz. A cela s'ajoute la mesure instaurée par le législateur à travers la loi de modernisation de l'économie du 4 aout 2008, dont les principaux apports étant l'insaisissabilité des biens[104]. Outre la résidence principale de l'entrepreneur qui pouvait être déclarée insaisissable par ce dernier, le législateur a voulu en étendre son champ d'application, pour porter sur tout bien foncier bâti ou non bâti, non affecté à l'usage professionnel, tout en fixant les modalités et les conditions de déclaration du bien.

73. Force est de constater que des finalités économiques et sociales étaient derrière ces interventions législatives récurrentes, en vue de prendre en compte la situation du débiteur, qui demeure toujours la partie la plus faible, et lui apporter, à ce titre, la protection nécessaire. Cependant cette évolution législative nous laisse à penser que l'impayé n' était pas à l'abri, et, à l'inverse, la hausse de l'impayé peut être attribuée par ricochet à cette évolution législative, et, ipso facto, on se trouve face à un débiteur prédisposé à être assigné en justice pour confronter un impayé

[104]- L.LAUVERGNAT, « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 aout 2008. Réflexions sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité et la généralisation du recours à la fiducie », *Dr. et procédures*, Mars 2009, p.68 et s.

2- Les mutations psychologiques et socio-culturelles

74. il est vrai que le débiteur français en cas de défaillance ou de survenance d'un incident de paiement de sa part pour une quelconque cause, préfère accepter de son créancier un rééchelonnement ou un accord contractuel même s'il est durement exécutable, ou qu'il le contraint à faire davantage de sacrifices, plutôt que d' être assigné en justice par son créancier et de se retrouver devant une procédure d'exécution sur ses biens[105]. De plus, il peut bénéficier de délais de grâce accordés par le juge au sens de l'article 1244-1 du code civil, de même, il peut demander l'ouverture à son profit d'une procédure de traitement de surendettement qui pourrait le décharger d'une partie de sa créance, voire de sa totalité. De même pour le créancier qui préfère que son plan de rééchelonnement ou la proposition faite par ses soins ou par une tierce personne soit acceptée plutôt que de se heurter à d'éventuels aléas et difficultés de la justice.

A l'inverse, la personnalité marocaine est imbue de fondements religieux, proprement dit islamiques, et s'efforce d'exécuter les prescriptions qui lui sont imposées par le Saint « **Coran** » et la «**sunna**[106] **»**. A ce propos le Coran impose d'écrire la dette lors de l'engagement, et de la rembourser à son échéance[107], et c'est donc un devoir religieux avant tout qui constitue un frein à l'égard de l'impayé, auquel s'ajoutent d'autres considérations socio-culturelles et coutumières qui proscrivent fermement l'impayé ou le non remboursement d'un prêt, du fait qu'il déshonore l'individu, et le discrédite ce qui est moralement inacceptable.

75. Au fil du temps, des mutations d'ordre socioculturel et psychologiques se sont opérées pour affecter vraisemblablement ces fondements, avec pour conséquence la banalisation de la défaillance[108], et la normalisation de l'action en justice, ligne de conduite impropre à la culture Marocaine[109].

---

[105]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.99.

[106]- la sunna est la deuxième source de l'islam après le livre divin, elle recueillie tout l'enseignement du prophète « Mohamed » avec ses dires, ses actes, ses délaissements de certains actes, ses désapprobations... .

[107]-ainsi le verset 282 de Surat al bakara dit : « O les croyants! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit; et qu'un scribe l'écrive, entre vous, en toute justice…. » Et dans le verset suivant : « que celui à qui on a confié quelque chose la restitue; et qu'il craigne Allah son Seigneur…. », En l'occurrence la chose confiée ici c'est la dette qui doit impérativement être restituée. V., J. LMHALI ET J.LYAUTI, *Tafssir aljalalayn*, Edit. dar el Jil, 1995, p.49.

[108]-M. ROUGER, « Banalisation de la défaillance de paiement (excusabilité du débiteur, doctrine Frech Start) », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles,2000. p.105 et s.

[109]-dans un temps jadis, les Marocains soumettaient leurs différents et litiges à une personne réputée de sa piété et connaissance pour trancher les litiges dans une tribu ou agglomération, il existe encore des juges d'arrondissement et les juges communaux qui peuvent être de simples citoyens, ils sont choisis au sein et par

A fortiori, des raisons d'ordre psychologique sont au cœur du caractère récalcitrant du débiteur qui refuse d'acquitter sa dette. D'une part, l'interaction du développement psychologique de l'individu avec son environnement social, tel est l'effet du « facteur psycho social » affectant la personnalité du débiteur souvent imprégnée d' « attributs psychiques » propres à son environnement, générant ainsi telle ou telle attitude qui ne cesse de s'ancrer graduellement jusqu'au stade d'acquisition. En l'occurrence, le caractère récalcitrant (l'obstination à ne pas payer) est un caractère psychologiquement acquis, sans oublier également son influence sur les retards de paiement que nous détaillerons plus loin[110].

On ne peut nullement faire abstraction de ces changements psychologiques et socioculturels dans l'analyse de cette hausse de l'impayé. Or cela peut être un élément non négligeable de cet accroissement, de même pour le recours excessif à la justice pour des affaires d'impayé, ce qui peut expliquer sans aucun doute cette propension et cette prédisposition, à la fois du créancier et du débiteur, à s'y accoutumer.

B- Les lacunes législatives

76. Si des législations d'ordre social ont été destinées à des situations bien spécifiques en faveur des débiteurs, mais qui ont toutefois contribué de près ou de loin à la hausse de l'impayé, d'autres dispositifs, jugés substantiels, ont été , entrepris par le législateur français qui n'ont pas encore été pris en considération par le législateur Marocain, qui pourtant s'inspire largement de son homologue Français.

En effet un décret d'application qui n'est pas encore approuvé par le secrétariat général du gouvernement[111] relatif à la loi de protection du consommateur(1) a été élaboré, alors, qu'à notre connaissance, la première loi en France de protection du consommateur date de 1978[112]. Cela explique un décalage important en la matière d'autant que le législateur Marocain est resté également muet pendant longtemps, quant à la mise en place d'une loi pour la lutte contre les retards de paiement(2), dont l'adoption en France a généré des résultats considérables en matière d'impayé.

---

un collège électoral dont les membres sont eux-mêmes désignés par une commission dans laquelle siège le caïd ou le khalifa d'arrondissement, et leurs attributions judiciaires se limitent aux affaires mineures en matière civile et pénale.

[110]-*infra* 307 et s.

[111]-sa mission principale est celle d'assurer le parcours de tout projet de texte en vérifiant sa constitutionnalité et sa compatibilité avec les textes législatifs et réglementaires en vigueur.

[112]-dite loi « scrivner », entrée en vigueur le 10 janvier 1978 elle a été par la suite complétée par loi Scrivener 2 du 13 juillet 1979.

1- Une loi de protection de consommateur bloquée

77. On ne peut que déplorer l'absence dans la législation Marocaine d'une loi opérationnelle qui protège le consommateur. Outre la sécurité et la protection qu'elle pourra apporter à l'égard des particuliers, cette loi n° 31-08entrée en vigueur le 7 avril 2011, n'a pas encore fait l'objet d'un décret d'application.

En effet une première mesure phare prévue par la dite loi et qui concerne cette étude est celle relative à l'offre préalable du crédit, qui doit être écrite pour que l'emprunteur puisse apprécier la nature et la portée de son engagement financier. Des mentions obligatoires doivent y figurer, l'offre préalable doit être jointe au sens de l'article 80 de ladite loi à un formulaire détachable par lequel l'emprunteur pourra dans un délai de 7 jours à compter de l'acceptation de son offre se rétracter et revenir sur son engagement. Il s'agit là de dispositions dont on ne peut que féliciter le législateur.

78. En revanche, le législateur Marocain s'est passé d'une disposition très importante relative au devoir du banquier d'information et de mise en garde en matière de crédit. Le nouveau code de la consommation ne prévoit pas un tel devoir. Le banquier, excepté ses nouvelles obligations susmentionnées, n'est pas obligé de mettre en garde son client lors de la demande d'un crédit, et celui-ci demeure le seul responsable de son préjudice ; la responsabilité du banquier ne peut aucunement être engagée sur ce fondement, à moins que ce devoir n'ait fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle ou législative, ou qu'on le fasse relever clairement de la déontologie et l'éthique de la profession du banquier[113].

De cette manière, le banquier sera plus prudent lors de l'instruction des dossiers de crédit, pour l'octroi d'un crédit responsable, qui, en l'absence d'une telle mesure préventive, peut à plus forte raison accroitre l'impayé, sans qu'il ait pour autant la moindre responsabilité du professionnel. Ce vide juridique en la matière pourrait être une cause réelle de la hausse de l'impayé au Maroc, et une modification ou un amendement à la loi de protection du consommateur à la lumière du droit français serait fortement saluée, afin de pallier cette problématique.

En effet, le législateur français avait compris, après la reconnaissance jurisprudentielle de ce devoir du banquier, qu'une disposition frappant le banquier en ce sens devait voir le jour. En l'espèce la loi n°2010-737 du premier juillet 2010 a consacré des dispositions en vertu desquelles elle oblige le banquier à fournir des explications à l'emprunteur et à évaluer scrupuleusement sa solvabilité[114]. De la sorte, la responsabilité du banquier peut être mise

[113]-*supra* 64

[114]-ainsi l'article 311-8 prévoit que : « Le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de

en cause en application de ces articles chaque fois qu' est constaté le manquement du professionnel à ce devoir. Toutefois la nouveauté de cette mesure ne nous permet pas de nous prononcer sur son impact sur le contentieux de l'impayé en France; néanmoins, elle reste suffisamment protectrice que l'on puisse supputer qu'elle c contribuera en France à la baisse du contentieux de l'impayé.

2- L'absence prolongée d'une loi pour la lutte contre les retards de paiement

79. Pour beaucoup de spécialistes, le retard de paiement constitue un grand danger à l'égard de tous les acteurs économiques, et est considéré comme la première cause de défaillance de l'entreprise[115], car un client qui passe par une quelconque difficulté et sursoit à régler son fournisseur dans n'importe quel cadre contractuel, professionnel ou non, peut mettre en danger la santé financière de l'entreprise avec qui il a eu à faire.

En effet, c'est un fléau qu'on ne peut pas passer sous silence, d'autant plus que les individus en ont fait une habitude, de sorte que les retards de paiement font désormais partie de l'économie Marocaine, et font souffrir les PME qui se retrouvent souvent face à un dilemme éternel et insoluble, l'abstention de donner des facilités à leurs clients afin de soit disant les fidéliser, ou se retrouver face à un retard de paiement qui demeure préjudiciable, avec un chiffre d'affaires révélant des montants non encore perçus , donc une créance en souffrance, qui peut à n'importe quel moment se transformer à une créance non recouvrée[116]. Ce sont d'ailleurs ces retards qui incitent et obligent parfois de nombreuses entreprises à demander un crédit ou une facilité de caisse.

Il convient de rappeler que le Maroc occupe un rang très préoccupant en la matière, avec une moyenne de règlement de 4 à 6 mois en 2006[117], ce qui constitue un frein majeur pour les entrepreneurs et pour le développement économique, d'autant plus qu'aucune disposition ne régissait ce fléau avant 2011, excepté un mince texte qui y fait allusion[118],

---

paiement. Ces informations sont données, le cas échéant, sur la base des préférences exprimées par l'emprunteur.

[115]- M. KADIRI, « Les retards de paiement : danger ! Le client première cause de défaillance », l'économiste, édition 1610, 26 septembre 2003.

[116]-T. GINGEMBRE ET A.L. STERIN, *Agir face aux impayés : comment les éviter ? Savoir se faire payer*, éd.5, Paris Delmas, 2003, p.12.

[117]-ambassade de France au Maroc-Missions économique de Rabat. «Moyens de paiement et Recouvrement de créances au Maroc ». 06 janvier 2006, p.1.

[118]-il s'agit de la loi 6-99 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Le premier alinéa de l'article 54 de la loi stipule :« est interdit à tout producteur, importateur, grossiste ou prestataire de services de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ».

également un projet de loi[119] qui a récemment vu le jours[120], qui porte sur les délais de paiement et qui a complété la loi n°15-95 portant code de commerce, une disposition quasi-semblable à celle de la loi Française, stipulant que le délai de paiement d'une créance ne doit pas dépasser 60 jours, ou 90 jours maximum si les parties se mettent d'accord, et ce, à partir de la réception de la marchandise ou de la réalisation de la prestation de service, sous peine d' amende.

80. Toutefois, il nous est difficile de mesurer exactement l'ampleur de cette problématique, ses réelles causes pouvant résulter de différentes origines, parmi lesquelles la référence socio-culturelle occupe une place prépondérante, car, de nos jours beaucoup de débiteurs sont solvables mais s'abstiennent de payer à l'échéance, et le vide juridique contribue aussi à cette obstination du débiteur.

A ce sujet, le législateur Marocain a finalement mis en place une mesure de nature à lutter contre les retards de paiement et contraindre le débiteur à payer dans les temps, en fixant à cet effet un délai maximal qu'il ne faut absolument pas dépasser sous peine d'une astreinte. Et ce à l'instar de son homologue Français, qui a introduit une panoplie de loi frappant dans ce sens, la dernière était loin° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, de même une autre directive européenne doit être transposée en France avant le 16 mars 2013.

81. Cependant, l'absence prolongée d'une telle disposition, constitue une lacune législative susceptible d'accroitre l'impayé et son con contentieux, et d'apparaitre parmi les causes importante de l'expansion du phénomène.

Par ailleurs, et sous l'empire du législateur Européen, désirant d'harmoniser les délais de paiement en Europe, le législateur Français a voulu encourager une culture prompte de paiement tout en adoptant des mesures extrêmement dissuasives à l'égard des débiteurs retardataires[121].

Sur ce problème, qui constitue l'une des principales causes de l'impayé au Maroc, et l'étincelle de son accroissement, le législateur doit s'efforcer non pas seulement d'éradiquer ces entraves, mais de mettre des moyens en place pour appliquer cette mesure comme elle se doit, dans le but de désamorcer ce problème en dissuadant les débiteurs sujet de retard.

[119]-projet de loi n°32-10.

[120]-Il est publié au Bulletin Officiel n° 5984 (6/10/2011)

[121]-*infra* 307 et s.

Chapitre 2 : Les principales difficultés de recouvrement

82. L'expansion des affaires relatives à l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales durant les dernières années résulte de plusieurs facteurs.

Ceux-ci surgissent dans l'ensemble du processus de recouvrement, autrement dit, tout au long de la démarche entreprise par créancier pour recouvrer sa créance.

Les limites du recouvrement amiable constituent un véritable frein devant le processus de recouvrement au Maroc, **(Section 1)**,qui repose inconditionnellement sur la justice étatique.

La justice étatique, connait elle-même des limites de nature à remettre en question le recouvrement forcé au Maroc **(Section 2)**.

Section 1 : les limites du recouvrement amiable

83. Le recouvrement amiable constitue un des modes prépondérants de règlement des litiges relevant de l'impayé, et son développement en France a indubitablement concouru à la baisse des contentieux y afférents. Malheureusement, l'absence déplorable d'une définition légale ou jurisprudentielle du recouvrement amiable au Maroc constitue le talon d'Achille pour tous ceux qui sont présumés spécialistes en recouvrement amiable ou encore pour le petit nombre de sociétés qui disposent, en interne, de cellules spécialisées en recouvrement amiable. En d'autres termes, le recouvrement amiable au Maroc se heurte à des écueils inhérents à la réglementation et à l'organisation de cette spécialité ou profession (p.1), laissant ces acteurs sombrer dans une anarchie totale quant à son exercice.

84. Par ailleurs, le vide juridique a contribué à la prolifération des sociétés spécialisées dans le recouvrement de créances dans l'ensemble du territoire et particulièrement dans les grandes villes. Cela a provoqué des excès condamnables d'un nombre important de ces officines dans l'exercice de leur mission principale, qui se permettent de recourir à des stratégies de recouvrement parfois arbitraires et de profiter de la déréglementation de l'activité et de la méconnaissance de de leurs droits (p.2), par la plupart des débiteurs pour arriver à leurs fins. Néanmoins le débiteur reste protégé de ces manœuvres au terme des dispositions de droit commun.

Paragraphe 1 : Les écueils de La déréglementation du recouvrement amiable

85. On ne pouvait guère imaginer qu'un nombre assez important de sociétés qui exercent l'activité de recouvrement amiable au Maroc agit dans un cadre illégal. L'absence d'un cadre juridique(A) propre à l'exercice des sociétés spécialisées en recouvrement a donné naissance à un marché du recouvrement déréglementé qui implique parfois des amalgames vis à vis des débiteurs, et qui freine en outre le développement de ce procédé amiable au Maroc.

Au demeurant, les sociétés au Maroc ne disposent qu'exceptionnellement de cellules destinées à recouvrer amiablement les créances(B), et privilégient la voie judiciaire en dépit des difficultés que rencontrent celle-ci, ce qui rend cette voie marginale, et conduit à la décélération de son accroissement.

A- L 'absence d'un cadre réglementé des sociétés de recouvrement

86. A notre connaissance, il n'existe aucun projet de loi ou texte de loi qui envisage de combler cette lacune juridique, pour que les sociétés de recouvrement amiable au Maroc jouissent d'un régime spécifique. Ce défaut de réglementation n'a pas entrainé seulement des retombées négatives sur le recouvrement amiable ou les sociétés qui exercent cette activité(1), mais ce facteur a privé ces entreprises de se soumettre à des règles de conduite déontologique ad hoc.

1- Les retombées de la dérèglementation des sociétés de recouvrement

87. S'intéresser aux législations relatives aux sociétés de recouvrement amiable nous incite à mettre la lumière sur le droit tunisien, qui, à travers la loi n°98-4 du 2 février 1998 relative aux sociétés de recouvrement de créances, a souhaité consolider les outils et les moyens mis à la disposition des entreprises exposées au problème de non-remboursement de crédit et de créances non recouvrées, et mettre parallèlement en place un cadre légal à ces sociétés, en fixant les conditions de constitution et de fonctionnement de celles-ci, donnant également une définition de la créance à recouvrer, l'objet de leur activité, et régissant leurs rapports avec leurs clients et également avec les débiteurs., Cette loi rajoute en outre les techniques contractuelles dont dispose le créancier pour pouvoir confier sa créance à une société de recouvrement de créances : il s'agit du mandat, et du contrat de cession de créance, mesure incitative en l'occurrence pour que ces sociétés se portent acquéreurs de créances, quoique, en pratique, elles n'acceptent pas d'acquérir n'importe quelle créance[122].

Par ailleurs, on peut affirmer que cette loi tunisienne a répondu clairement aux questions des professionnels du recouvrement, en créant une sphère appropriée à l'exercice de cette

[122]-S.KOLSI, « Les contrats passés par les sociétés de recouvrement de créances avec leurs clients », in *Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi,* éd. Centre de publication universitaire, Tunis, 2000.p.573.

activité, tandis que le législateur français à travers le décret n°96-1112 portant réglementation de l'activité des personnes procédant au recouvrement amiable des créances pour le compte d'autrui n'a répondu que laconiquement aux problématiques y afférentes.

88. De son côté, le législateur marocain est resté muet quant à cette question, en dépit de l'importance de cette activité et de l'intérêt qu'elle présente vis-à-vis de la baisse de l'impayé. Il s'agit toujours de l'objectif de diminuer les actions de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, sans porter préjudice aux sociétés de recouvrement qui ne cessent de proliférer[123]. Il faut souligner que mis à part quelque cabinets comptés du bout des doigts[124] qui sont parvenus à se structurer et à travailler d'une manière transparente, la plupart de ces structures exercent anarchiquement cette activité et freinent sans nul doute son développement.

En effet, malgré le climat de méfiance qui règne vis-à-vis de la justice étatique, ces sociétés de recouvrement de créances n'ont pas pu garantir aux créanciers désirant recouvrer leurs créances la sécurité requise. La plupart ne souscrit aucune assurance de responsabilité civile professionnelle ou une autre police de nature à permettre au créancier d'être indemnisé en cas de survenance d'une quelconque erreur susceptible de faire engager la responsabilité civile, voire pénale du professionnel. Le cas échéant le défaut de réglementation oblige le créancier à faire appel au droit commun, ce qui constitue un désavantage, car les fonds recouvrés restent hypothéqués, et n'importe quelle procédure de saisie ordonnée à l'encontre de la société ou toute opération frauduleuse de celle-ci peut mettre en danger les fonds collectés qui appartiennent naturellement au créancier, sachant que beaucoup de ces sociétés affirment avoir été mandatées pour recouvrer des montants assez importants[125].

En outre, il faut souligner qu'aucune autorité de contrôle n'est exercée sur ces sociétés, et toute personne qui aspire à exercer cette activité, peut procéder à la constitution d'une société à responsabilité limitée[126], et mettre dans l'objet de la société, le recouvrement des créances, alors aucune compétence juridique ou autre qualification scientifique n'est exigée. Cette mesure protectrice de l'activité concernée ne se trouve pas non plus dans la législation française. Par conséquent la porte demeure grande ouverte à l'affluence, ce qui met en péril la notoriété des autres sociétés sur le marché et le développent du

[123]- Les cabinets de recouvrement au Maroc se comptent par une centaine installés sur l'ensemble du territoire, la ville de Casablanca compte 59 cabinets de recouvrement, tandis que la région Tanger-Tétouan compte 12, informations soulevées de l'annuaire des professionnels au Maroc, voir http://www.telecontact.ma/ .option de recherche : recouvrements commerciaux et autres.

[124]-on trouve à titre d'exemple Reco Act ou encore Fin-flouss-Com.

[125]-annexe 4.

[126]-c'est la forme juridique la répandu de ces structures, il y'en a des cabinets qui ont opté pour la forme d'une société anonyme.

recouvrement amiable au Maroc eu égard à l'image de non professionnalisme véhiculée par un grand nombre de ces sociétés.

De plus, un nombre important de ces structures utilisent des procédés dans leurs démarches publicitaires destinés à introduire le recouvrement forcé dans leurs attributions, induisant beaucoup de créanciers en erreur sur leur champ d'intervention, et dissuadant les débiteurs dans leurs attributions et prérogatives et missions. Sur ce problème, beaucoup d'entreprises de recouvrement ont répondu à travers les questionnaires qui leur ont été envoyés dans le cadre de cette recherche[127], qu'ils recourent, en cas de non-paiement payer des créanciers, à la formulation des injonctions de payer auprès des tribunaux compétents. , Ceci n'est pas contraire au code de procédure civile au Maroc[128], qui détermine, au sens de l'article 156 et 157 le tribunal compétent, les mentions qui doivent impérativement figurer sur la requête et les conditions de recevabilité de celle-ci, ne faisant point référence à la qualité de la personne qui formule la requête en injonction de payer, qu'il s'agisse du créancier lui-même ou de n'importe quel professionnel qui peut être mandaté à cet effet, sachant que les sociétés structurées disposent des conventions avec des avocats qui leurs permettent de recourir aux services de ces avocats chaque fois que la situation l'impose.

Cependant, dans le cadre des mêmes questionnaires, des sociétés de recouvrement déclarent qu'elles peuvent aller jusqu'à la représentation de leurs clients devant les juridictions civiles et commerciales, ce qui n'est pas conforme aux dispositions du code de procédure civile, qui, selon son article 33 dispose que le conjoint, un parent ou allié en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement, sont les seuls ne jouissant pas, par profession, du droit de représentation en justice qui peuvent être mandatés par le demandeur à cet effet, à condition qu'ils puissent justifier de leur mandat par acte authentique ou sous-seing privé. Force est de constater que la représentation par les sociétés de recouvrement de leurs clients est illégale car elles ne jouissent pas, par profession, du droit de représentation devant les juridictions étatiques, à moins qu'elles ne remplissent la condition de lien familial prévue par l'article précité, sans quoi, cette représentation constitue une immixtion arbitraire dans la mission des avocats et de tout professionnel qui jouit par profession du droit de représentation en justice.

89. Il convient de souligner que l'absence d'un texte mettant en place les conditions d'exercice et de mise en œuvre de cette activité conditionne ces sociétés à faire appel aux dispositions du droit commun. A ce titre, elles agissent dans le cadre des missions confiées par les créanciers par un mandat général en vertu de l'article 893 du dahir des obligations et contrats[129]. Quant à la mise en œuvre de leurs missions, la plupart affirment qu'elles

[127]-annexe 4.

[128]- Dahir portant loi n° 1-74-447 approuvant le texte du Code de procédure civile (B.O. 30 septembre 1974).

[129]-l'article 893 stipule : « Le mandat général est celui qui donne au mandataire le pouvoir de gérer tous les intérêts du mandant sans limiter ses pouvoirs, ou qui confère des pouvoirs généraux sans limitation dans une affaire déterminée.

disposent de divers moyens de recouvrer une créance, s'attaquant d'emblée à l'envoi de lettres de relance destinées aux débiteurs employées selon les cas qui se présentent ou selon la chronologie de leur intervention.

En outre, ces sociétés détiennent également des bases de données qui leur permettent d'avoir des informations sur le débiteur et sa solvabilité, pour s'assurer si un débiteur a fait l'objet d'un fichage auparavant. Mais ces informations ne sont que des données recueillies et centralisées par la société pendant ses années d'exercice, et, par conséquent, il ne couvre qu'un nombre limité de débiteurs ou un rayon géographique circonscrit. Le cas échéant, elles font appel au service central des incidents de paiement(SCIP)[130], ce qui reste seulement un moyen de savoir si l'intéressé a été fiché à la suite d'un incident relatif au chèque et non par rapport à un incident d'une autre nature.

90. Somme toute, on peut affirmer que l'intervention du législateur est primordiale en la matière, car cela aidera ce secteur d'activité de manière certaine à évoluer et à contribuer vraisemblablement à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions étatiques. En effet la réglementation sera un facteur utile pour arrêter l'accroissement sans contrôle de ces entreprises, et aidera au regroupement de ces sociétés sous l'égide des organisations professionnelles qui veilleront à l'élaboration de codes d'éthiques et de déontologie[131] qui serviront éventuellement à changer l'attitude du débiteur qui saura à qui il aura à affaire lors d'une quelconque négociation avec les sociétés de recouvrement.

2- Absence d'un code déontologique

91. Si le recouvrement amiable est perçu au Maroc comme un moyen dilatoire qui profite aux débiteurs et à leurs intérêts[132], on ne peut pas supposer que le recouvrement amiable progressera sans l'évolution des sociétés spécialisées et la revalorisation de leurs démarches entreprises lors d'un recouvrement. Cela, à défaut de réglementation, passe par la mise en place d'un code de conduite de ces entités qui jusqu'à présent ne se dotent d'aucune norme ou règlementation de cette nature.

Il donne le pouvoir de faire tout ce qui est dans l'intérêt du mandant, selon la nature de l'affaire et l'usage du commerce, et notamment de recouvrer ce qui est dû au mandant, de payer ses dettes, de faire tous actes conservatoires, d'intenter des actions possessoires, d'assigner ses débiteurs en justice, et même de contracter des obligations dans la mesure qui est nécessaire pour l'accomplissement des affaires dont le mandataire est chargé.

[130]- ce service est géré par la banque centrale Marocaine (Bank almaghrib).

[131]- P. DIENER et M-L. MARTIN, *Droit des affaires, éthique et déontologie*, colloque organisé à Pointe-à-Pitre, L'HERMES, 1994.

[132]-A. ABDELFETTAH ET A. DRIOUACHE, *Recouvrement des créances bancaires*, édition Top Management, 2000, p.8.

Contrairement aux sociétés de recouvrement française, qui ont procédé, antérieurement à la mise en place du décret qui réglemente l'activité, à l'élaboration, sous l'égide d'organisations professionnelles, des règles de conduite propres à l'activité, qui ont permis d'assurer le minimum de normes déontologiques à l'égard des parties, et de veiller à garantir une protection efficace pour celles-ci. Cette action a été initiée par l'association nationale de cabinet de recouvrement(L'ANCR), qui a été la première à mettre en place une charte déontologique dont les lignes directrices reposaient sur des garanties que les adhérents doivent assurer aussi bien à l'égard de leur clients(les créanciers) qu'à l'égard des débiteurs, venant postérieurement la fédération nationale de l'information d'entreprise et de la gestion de créances(FIGEC) pour appuyer cet effort de moralisation, en instaurant un ensemble de code de conduite applicable à ses adhérents[133].En revanche les sociétés de recouvrement au Maroc ne se sont pas investies dans cette cause en s'oubliant de l'importance de la déontologie et de l'éthique dans n'importe quelle activité.

En effet, à l'initiative de trois cabinets de recouvrement de créances qu'une première association d'entreprises de recouvrement a vu le jour, à dessein de regrouper ces professionnels, leur donner un cadre structuré et déontologique, veiller également à la promotion de cette activité en sensibilisant les chefs d'entreprises de l'intérêt de recourir au service de ces professionnels pour recouvrer une créance, que l'association Marocaine professionnelle des Etablissements de Recouvrement(AMPER), cependant celle-ci s'est épuisée vainement, déclare l'un des principaux acteurs de recouvrement de créances au Maroc[134].

Toutefois, on a pu trouver quelques cabinets de recouvrement qui procèdent eux même à se fixer des règles déontologiques de conduite, à l'égard des créanciers et à l'égard des débiteurs, mais ça reste lacunaire et insuffisant compte tenu de l'absence d'une organisation professionnelle qui exerce un contrôle auprès de ces entités pour se rassurer de l'authenticité et du respect de ces engagements auto-exigés, à l'exemple des organisations professionnelles Françaises qui veillent sur la bonne conduite déontologique de leurs sociétés adhérentes, en leur imposant des sanctions draconiennes lors de tout manquement qui constitue une violation au code de conduite de celles-ci.

92. A ce propos, et compte tenu de la hausse de l'impayé que connait le Maroc[135], les sociétés de recouvrement sont appelées à se regrouper sous l'égide d'une organisation

[133]-ces règles garantissent essentiellement : 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.

[134]-M. Jamal Krim lors d'un entretien téléphonique tenu le 12/04/2012, considéré comme le doyen des sociétés de recouvrement au Maroc et le fondateur de l'un des premiers cabinets de recouvrement au Maroc, et président de l'AMPER. V., C.HENNEBICQUE, « chasseurs de dettes », VH magazine, décembre 2008, p. 47 et 48 ; N.FATHI, « Sociétés de recouvrement : Vive la crise ! », Journal Maghress,28 février2009.

[135]-*supra* 36 et s.

professionnelle capable de mettre des règles déontologiques de vigueur envers tout manquement de ces structures, en vue de donner une crédibilité à cette activité, et promouvoir le recouvrement amiable pour inciter les entreprises à y recourir et obtenir leur confiance par le biais de ces sociétés, dans le but de développer ce procédé qui s'est avéré efficace dans l'approche de diminution des affaires qui relèvent de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales.

Subséquemment, une telle organisation professionnelle appellera le législateur à intervenir pour réglementer ce secteur d'activité, et mettre en exergue tous les efforts éventuellement déployés dans ce sens.

B- Absence des cellules spécialisées

93. Si la propension de l'individu au contentieux participe considérablement à la hausse du contentieux de l'impayé[136], l'absence de cellules spécialisées en recouvrement amiable au sein des entreprises marocaines constitue un handicap dans le processus de recouvrement, ces entreprises privilégient la voie judiciaire pour obtenir gain de cause malgré la durée considérable du procès, plutôt que d'essayer de recouvrer la créance par tous les moyens amiables de. Toutefois à la différence des PME qui ont une vocation judiciaire dans leur politique de recouvrement du recouvrement(1), et qui ne disposent pas de cellules spécialisées en recouvrement amiable, une minorité de grandes structures en disposent(2).

1- Les PME

94. Une cellule spécialisée, ou un agent engagé uniquement en interne pour recouvrer amiablement les créances au sein d'une petite ou moyenne entreprise est une démarche rejetée par les chefs d'entreprises, qui refusent encore de confier leurs créances en souffrance ou non recouvrées à une société spécialisée, compte tenu des charges qu'une créance recouvrée par celle-ci pourrait engendrer[137].

Les PME préfèrent en revanche recourir aux services d'un avocat circonscrit dans la sphère judiciaire, et ne disposant d'aucune alternative à part celle-ci, tout en sachant les difficultés que rencontre la voie judiciaire,[138] et aussi l'absence de garantie bonne fin du procès, étant donné que ces professionnels ont une obligation de moyen et ne peuvent nullement assurer un sort favorable aux litiges qui leur sont soumis.

---

[136]-*supra* 68 et s.

[137]- A. SHAMAMBA, « Impayés: Osez l'externalisation de votre recouvrement », l'économiste, édition n° 1861, 24 septembre 2004.

[138]-*infra* 115 et s.

Dans cette optique, on trouve déplorable que ces entreprises ne s'efforcent pas de créer un service dédié au recouvrement amiable, et de donner une primauté au recouvrement amiable plutôt que de recourir aussitôt que possible à la justice étatique, particulièrement en matière cambiaire.

Cela contribuerait sans doute au développement de ce mode primordial de recouvrement d'un impayé préalablement à toute démarche forcée, qui provoque généralement une véritable rupture des liens contractuels avec le débiteur, et freine parallèlement la croissance de l'entreprise.

95. On peut affirmer d'ores et déjà que la prédominance du recouvrement forcé dans la sphère des petites et moyennes entreprises constitue une pierre d'achoppement du recouvrement amiable au Maroc, et l'une des principales causes de l'accroissement des litiges d' l'impayés devant les juridictions commerciales et civiles. Or ce mode n'étant pas tellement développé, la mise en œuvre par ces entreprises de moyens appropriés à cet effet, et notamment le concours d'agents spécialisés pourrait contribuer à sa baisse.

96. En somme, on peut voir d'un bon œil que des actions de sensibilisation soient menées au profit de ces entités, afin de mettre en évidence l'importance du recouvrement amiable interne à chacune de ces entreprises en exercice. Il faut considérer notamment les avantages qui en découlent, résidant essentiellement dans le gain de temps, toujours précieux pour le recouvrement d'une créance, sachant qu'un procès devant une juridiction peut perdurer sans que le créancier obtienne gain de cause, sans compter les procédés dilatoires qu'emprunte parfois le débiteur du seul fait d'être assigné en justice par son créancier, sans négliger d'autres avantages résultants du maintien des liens contractuels avec le débiteur et la profitabilité économique pour chacun des protagonistes.

2- Les grandes structures

97. Les grandes structures au Maroc ont compris qu'un recouvrement efficace passait par l'instauration de cellules spécialisées en recouvrement amiable dans l'entreprise, des cellules attachées généralement au service du contentieux au sein de celle-ci. Après un passé assez proche où elles n'accordaient aucune importance à ce mode de recouvrement de créance, et où la voie judiciaire était le sort inéluctable d'un litige qui relève de l'impayé, on assiste aujourd'hui à une transformation de stratégie du recouvrement au sein des grandes entreprises qui consiste à favoriser et à mettre tous les moyens humains en place pour le fonctionnement correct des cellules affectées à cet effet.

En effet, la majorité des grandes entreprises sondées dans le contexte de ce travail, ont déclaré qu'elles disposaient ou venaient de mettre en place une cellule destinée au

recouvrement amiable, particulièrement les banques et les compagnies d'assurance[139], qui privilégient ce mode de recouvrement, et ne recourent à la justice que si le recouvrement s'avère compromis et jusqu'à épuisement de toutes les démarches amiables entreprises par ses employés dans ce cadre.

98. Quant aux modalités déployées dans ce contexte, les agents de recouvrement qui ont procédé au remplissage des questionnaires, déclarent que leur mission repose sur la célérité et la promptitude. De plus, se doter d'un constant esprit d'anticipation est une condition sine qua non pour garantir le recouvrement dans les meilleurs délais. Pour ce faire, ces agents doivent être en permanence tenus informés par le service concerné selon le secteur d'activité de l'entreprise de l'ensemble des incidents de paiement ou de défaillance relevant d'un crédit ou de n'importe quelle créance devenue exigible à l'échéance, et ce pour pouvoir relancer par des lettres le débiteur, le cas échéant, prendre contact avec le débiteur défaillant pour savoir d'emblée les causes principales de sa défaillance, s'il s'agit d'une anomalie passagère, d'un problème de trésorerie, ou d'une autre cause pouvant inquiéter l'agent ou mettre en péril le recouvrement de la créance. Cette démarche s'appuie à la fois sur la psychologie et sur l'analyse profonde de la situation du débiteur en question pour tenter d'y remédier, et il faut ajouter que plusieurs facteurs peuvent conditionner la démarche entreprise par l'agent, entres autres le type de débiteur et le montant de la créance.

99. En l'occurrence, le gestionnaire a pour tâche de proposer la solution la plus opportune au débiteur en fonction de la situation de ce dernier ; il peut par exemple proposer un plan de rééchelonnement si la créance est importante, et s'il estime que la créance ne peut absolument pas être recouvrée instantanément en totalité. dans ce cas le rééchelonnement fait l'objet d'un engagement écrit souscrit par le débiteur et, en l'espèce, la durée la plus fréquente de recouvrement varie entre 6 mois et une année.

L'agent peut également faire bénéficier le défaillant de remises partielles de créances ou de frais s'il juge que le recouvrement est en danger, et qu'en aucun cas le débiteur ne pourra faire face à l'ensemble de la créance en question ; cependant, si ces deux dernières démarches se sont épuisées vainement, l'agent transmet sans tarder le dossier au contentieux qui emprunte la voie judiciaire la plus appropriée pour contraindre le débiteur à s'acquitter.

Ipso facto, cette démarche s'est avérée fructueuse en faveur des grandes structures au Maroc, eu égard aux résultats obtenus par ces services spécialisés, et, à ce propos, un établissement bancaire affirme que ces cellules sont missionnées dans certains cas pour recouvrer des sommes importantes, et la proportion de dossiers de recouvrement qui ont

[139]-annexe 5 et 6.

fait l'objet d'un recouvrement amiable réussi dépasse 55%[140], tandis qu'un autre déclare atteindre 60% pour la même proportion[141].

On ne peut que saluer cette nouvelle méthode de recouvrement empruntée par les grandes entreprises, qui se focalisent sur le recouvrement amiable et ne soumettent leur litiges de l'impayé aux juridictions que dans les cas où la situation l'impose, encourageant de cette manière le recouvrement amiable, et ne participant pas considérablement à l'encombrement des tribunaux par des affaires d'impayé.

Paragraphe 2 : Les stratégies abusives de recouvrement amiable des sociétés de recouvrement.

100. Motivées par l'appât du gain et la croissance de leur popularité et de leur succès, favorisées par un défaut de réglementation, les sociétés de recouvrement de créances au Maroc profitent pleinement du défaut de texte de loi pour abuser de ce silence législatif en vue d'obtenir gain de cause dans leurs démarches auprès des débiteurs.

En effet, ces sociétés prétendent avoir une obligation de résultat, et elles ne sont payées lors de leur mission de recouvrement qu'après avoir obtenu satisfaction du débiteur. Toutefois, on s'interroge sur les moyens déployés par ces sociétés lors de toutes les démarches entreprises auprès du débiteur, car, pour elles, tous les moyens sont bons pour obtenir le recouvrement de la créance dont elles en sont mandatées, afin de satisfaire un créancier qui a tenté infructueusement de recouvrer sa créance, et de conquérir de nouveaux créanciers en quête d'un recouvrement plus efficace.

101. Les manœuvres orchestrées par ces mandataires sont jugées parfois trop poussées, ces derniers courant sans relâche derrière un recouvrement déséquilibré et inégalitaire[142], même au détriment de la psychologie du débiteur ; ces derniers subissent les effets néfastes de la déréglementation de cette activité de recouvrement amiable et, inversement, ces sociétés en tirent profit et développent déloyalement cette activité.

Il convient de rappeler, qu'hormis une très petite minorité de ces entités qui travaillent consciencieusement, la plupart d'entre elles se sont dotés de prérogatives dont elles ne disposent pas, ou font en sorte d'en disposer, pour contraindre le débiteur à s'exécuter, et lui faire croire qu'elles détiennent les pouvoirs les plus étendus à travers les démarches

[140]-annexe 5

[141]-annexe 5

[142]--P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009 (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE), p.112 et 113.

qu'elles suivent. de telles pressions ont pu faire développer chez certains débiteurs qui n'y cèdent pas, des manœuvres dilatoires pour échapper à tout paiement, ne serait-ce que pour accroitre davantage le contentieux de l'impayé.

Par ailleurs, les débiteurs, victimes de pression psychologique exercée par ces mandataires qui est parfois abusive, se trouvent face à une protection minimale compte tenu du défaut de protection spécifique. Nonobstant, le débiteur peut trouver un rempart en droit commun, qui apporte en effet une protection à la fois pénale (A) et civile (B) contre quasiment toutes les manœuvres frauduleuses des sociétés de recouvrement de créances au Maroc.

A- La protection pénale du débiteur

102. La mise en œuvre du recouvrement amiable par une société de recouvrement non réglementée peut entrainer à l'évidence des abus à l'encontre du débiteur, des méthodes parfois musclées, et qui se sont systématisées du fait de leur caractère récurent. Pourtant ces comportements éveillent de forts soupçons sur leur caractère pénalement condamnable.

Certes, les appels téléphoniques répétés et continuels constituent le premier excès de ces sociétés à l'égard des débiteurs, postérieurement à maintes relances par des lettres pour le moins comminatoires, employant un vocabulaire juridique poussé, voire menaçant, et ne respectant aucunement le formalisme requis dans ce genre de situation. En outre, ces cabinets, en cas d'indifférence du débiteur, peuvent se montrer plus menaçants en se rendant à son domicile ou à son lieu de travail, pour le soumettre à davantage de pression. L'ensemble de ces agissements frauduleux constitue une atteinte à la vie privée d'autrui, et à défaut d'une disposition particulière qui pénalise spécifiquement ces actes dans le code pénal marocain[143], cela peut être qualifié comme étant une vraie menace ou un chantage exercé sur la personne du débiteur (1).

De surcroît, ces cabinets occultent leur vraie activité dans les lettres envoyées et à travers les appels téléphoniques, pour créer un amalgame fallacieux et une confusion quant à leur activité et à leurs prérogatives au regard d'un débiteur, qui se méprend et leur accorde crédit, et n'agit pas en justice contre ces cabinets pour usurpation de qualité vis-à-vis d'autres fonctions réglementées(2).

[143]-Dahir n° 1-59-413 du 26 novembre1962 portant approbation du texte du code pénal, B.O n° 2640 bis du 5 juin 1963.

1- Les menaces et chantages à l'encontre du débiteur

103. N'en déplaise au créancier, les lettres de relances envoyées par les cabinets de recouvrement sont considérées comme comminatoires et créent une réelle menace contre le débiteur, utilisées comme un véritable tremplin par ces sociétés à des fins purement commerciales.

Il apparait dans de nombreuses lettres de relances destinées aux débiteurs, qui nous ont été envoyées ou transmises par les sociétés avec qui nous avons pris contact[144], que celles-ci sont revêtues d'un caractère dissuasif, et, en l'occurrence, ces cabinets se servent d'un langage menaçant pour provoquer le paiement : ainsi des lettres qui annoncent des poursuites judiciaires à l'encontre du débiteur si le paiement n'intervient pas sous huitaine, ou des lettres qui annoncent le cours des intérêts à partir du non règlement par le débiteur au-delà d'une date butoir[145] ; il s'agit encore de lettres cherchant à dissuader le débiteur en énonçant des frais et des intérêts supplémentaires en cas de retard ou en cas de poursuite devant le tribunal compétent. De plus, ces cabinets peuvent aller jusqu'à faire allusion à une éventuelle détention du débiteur s'il s'agit d'un chèque non réglé par ce dernier à échéance, étant donné que l'émission de chèque sans provision est pénalisée par le droit marocain contrairement au droit français, aux termes de l'article 543 du code pénal, sous condition que la mauvaise foi soit un élément constitutif de l'infraction[146].

104. Malheureusement, le législateur marocain n'a pas mis la lumière sur ce moyen de recouvrement comminatoire qui exerce une véritable pression sur le débiteur sans que cela puisse apporter un résultat efficace, d'autant plus que le débiteur se peut se sentir incommodé par ce procédé, et peut se montrer plus obstiné. N'ayant consacré aucun texte qui incrimine cette pratique devenue très répandue dans le milieu de ces sociétés, en dépit de la licéité du but poursuivi, celui de recouvrement d'une créance à l'amiable, cette pratique inadmissible ne cesse de gagner du terrain au préjudice d'un débiteur qui demeure encerclé par ces chasseurs de dettes. Curieusement le législateur français à la différence d'autres législateurs[147]est également resté muet sur cette question et n'y a pas répondu.

---

[144]-annexe 7.

[145]-annexe 7.

[146]-l'article 543 du code pénal Marocain stipule : « Est puni des peines édictées à l'alinéa premier de l'article 540, sans que l'amende puisse être inférieure au montant du chèque ou de l'insuffisance, quiconque de mauvaise foi :

Soit émis un chèque sans provision préalable et disponible ou avec une provision inférieure au montant du chèque, soit retiré, après l'émission, tout ou partie de la provision, soit fait défense au tiré de payer.

[147]-le législateur Italien puni au sens de l'article 392 et 393 du code pénal quiconque qui se fait abusivement justice lui-même avec violence ou menace en exerçant son droit qu'il revendique, tandis qu'il avait la possibilité de le demander devant la justice.

105. Par ailleurs, les appels téléphoniques sont considérés comme une suite inévitable de ces cabinets dans le cas où le débiteur s'abstient de régler ou ne donne aucune suite favorable aux relances agressives qui lui ont été envoyées par le mandataire au recouvrement. Ces cabinets durcissent davantage leurs moyens d'intimidation et accentuent la pression pour obtenir gain de cause et pour cela ils choisissent généralement les appels téléphoniques, après avoir obtenu les coordonnées du débiteur auprès du créancier, ou par le biais des annuaires destinés à cet effet.

Quant à l'incrimination de cet acte délictueux, il convient de souligner que le législateur français, y a pourvu dans la loi n°2003-239 du 18 mars 2003[148], qui a modifié les dispositions de l'article 222-16 du code pénal, inflige une sanction de prison et une forte amende contre les auteurs d'appels téléphoniques malintentionnés ou d'agression sonore, sous réserve qu'ils soient fréquents et répétés, et de nature à troubler la tranquillité du débiteur. Le législateur marocain, en revanche, , reste encore muet de son côté sur une éventuelle pénalisation de cet acte délictueux.

Parallèlement à ces appels téléphoniques, le débiteur peut subir une autre pression à travers des visites domiciliaires ou des visites sur son lieu du travail par un agent mandaté à cet effet, toujours sous prétexte d'un recouvrement amiable. Cet acte constitue une atteinte à la liberté individuelle du débiteur, compte tenu du principe de l'inviolabilité du domicile garantie par le législateur marocain au sens de l'article 441 du code pénal. Ainsi un débiteur a pu déclarer au cours d'un entretien[149] avoir subi maintes visites à domicile et sur son lieu de travail par un agent représentant un cabinet de recouvrement de créances. En l'espèce , l'ensemble des éléments de cette infraction est clairement constitué, le but poursuivi par le mandataire au recouvrement n'étant pas de s'introduire au domicile du débiteur, mais d'exercer une pression en portant atteinte à sa liberté individuelle. Cependant cet acte peut avoir une autre qualification juridique.

106. Relativement à la qualification juridique de l'ensemble de ces actes à caractère délictueux cités ci-dessus, d'abord, les appels téléphoniques et les lettres comminatoires peuvent constituer une violence si le débiteur arrive à prouver qu'il a subi une atteinte physique ou psychique, ce qui est toutefois difficilement démontrable sauf par des appels téléphoniques réitérés ou des lettres agressives. Quant à l'atteinte à son intégrité psychique, elle demeure tributaire d'une expertise médicale pointue pour pouvoir prouver ce préjudice. Cependant, cela peut aussi être qualifié comme un chantage.

[148]-- art. 49 JORF 19 mars 2003, cette loi est relative à la sécurité intérieure.

[149]-celui-ci déclare lors de l'entretien avoir contracté un commerçant pour l'achat de produits mobiliers, ce dernier est conventionné avec un établissement de crédit qui offre des facilités de paiement à ses clients, moyennant des prélèvent mensuels, pour insuffisance de provision, l'établissement de crédit a mandaté une société pour recouvrer la créance.

En effet, le chantage en droit marocain est prévu par l'article 538 du code pénal[150] dans une section destinée aux vols et extorsions : il s'agit de l'emploi de procédés illégaux pour obtenir de la victime une contrepartie, le recouvrement de la créance en l'occurrence, et la société de recouvrement se sert de la menace pour arriver à cette fin.

En pratique, les mandataires menacent le débiteur pour obtenir soit le paiement, soit un engagement du débiteur ou un écrit par lequel il s'engage à s'acquitter, avec des conditions précises. En l'espèce la menace peut être ici écrite ou verbale, via les lettres de relances ou les appels téléphoniques. Quant aux révélations ou aux imputations diffamatoires qui peuvent caractériser cette infraction, les cabinets peuvent se servir de leur bases de données pour savoir si le débiteur a eu un autre impayé, et s'il a déjà fait objet d'un fichage, et, si c'est le cas, cet élément peut être troublant pour le débiteur surtout s'il s'agit d'un professionnel, et la révélation de ces impayés réitérés peut lui porter gravement atteinte et détruire sa réputation. Dans ce cas, le débiteur cèdera inconditionnellement au chantage du mandataire et procédera au paiement.

D' autre part, le mandataire peut exercer un chantage sur le débiteur en le menaçant, par les chèques dont il dispose à titre de garantie, pour obtenir le paiement ou un engagement écrit , ou pour obtenir encore d'autres chèques. Cet acte n'est pas non plus impuni, puisque l'article 544 du même code, punit toute personne qui accepte un chèque à la condition qu'il ne soit pas encaissé immédiatement mais conservé à titre de garantie .

Toutefois, n'est pas considéré comme un chantage en France le fait pour le créancier ou son mandataire de réclamer une créance exigible en menaçant le débiteur de recourir à la voie judiciaire[151].

Ces actes ont pour effet d'annihiler la liberté d'agir du débiteur en l'obligeant à exécuter un acte qu'il n'aurait pas accompli dans d'autres circonstances[152]. Cependant l'infraction doit être suffisamment caractérisée, et les menaces doivent porter atteinte à la position du débiteur, et à l'évidence, il faut qu'il y ait une contrepartie réelle qui résulte de l'ensemble des menaces.

Quant aux moyens de preuves, le débiteur peut apporter la preuve à travers les lettres comminatoires qui lui ont été envoyées par le cabinet, ou invoquer les appels téléphoniques menaçants à son encontre.

---

[150]- Quiconque au moyen de la menace, écrite ou verbale, de révélations ou d'imputations diffamatoires, extorque soit la remise de fonds ou valeurs, soit la signature ou remise des écrits prévus à l'article précédent, est coupable de chantage et puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 200 à 2.000 dirhams.

[151]-Cass. Crim., n°84-90.787, 12/03/1985, bull. crim., n°110.

[152]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.64.

107. A propos des visites domiciliaires et des visites au lieu du travail du débiteur, cet acte ne peut pas être qualifié comme une violation domiciliaire du moment que le mandataire ne s'introduit pas avec violence ni à l'aide d'un moyen illégal quelconque, et dans la mesure où il décline son identité ou sa profession. Cependant cet acte peut être qualifié également de chantage, si le mandataire se sert directement des menaces révélatrices ou autres pour obtenir le paiement auprès du débiteur.

Ces actes ne doivent plus rester impunis, et les débiteurs doivent penser à actionner en justice pour que le ministère public puisse engager des poursuites contre les abus de ces sociétés de recouvrement, qui ne se contentent pas seulement des procédés comminatoires pour obtenir satisfaction, mais qui se servent parfois de prérogatives qui ne sont pas les leurs, pour dissuader le débiteur et exploiter son ignorance.

2- L'usurpation

108. De nos jours, les sociétés de recouvrement au Maroc continuent à abuser de cette activité, sans pour autant être poursuivies en justice, étant considéré que les débiteurs sont protégés pénalement contre ce genre de pratique.

En effet, ces cabinets profitent de la déréglementation pour faire croire aux débiteurs qu'ils disposent de pouvoirs qui, en réalité, sortent de leurs compétences. C'est ainsi qu'ils ne font aucune mention dans leurs lettres de relance de l'exercice d'une activité de recouvrement amiable, puisque dans la généralité de ces lettres, ils indiquent dans l'en-tête leur dénomination sociale non loin de leur activité, celle de « cabinet juridique », ou « cabinet de conseil juridique », avec une signature du service de recouvrement amiable, faisant croire au débiteur dissuadé à l'avance par le contenu de la lettre qu'il disposent d'un autre service de recouvrement judiciaire et que ce sont eux qui peuvent engager une procédure exécutoire à son encontre.

109. Outre cet abus, ces cabinets visent dans leurs lettres ou relances téléphoniques à créer une ressemblance avec les huissiers de justice ou encore les avocats Ainsi ils utilisent dans leurs lettres de relances des formules identiques à celles utilisées par un huissier de justice dans le cadre d'une procédure de saisie, mission dont l'huissier de justice a le monopole ou encore, ils se présentent comme un cabinet juridique capable d'entamer un recouvrement judiciaire devant le tribunal compétent et font paraitre parfois dans ces lettres la mention de « recouvrement judiciaire » sachant que seuls les avocats disposent de cette prérogative, puisque cela relève de leur monopole, et cet acte constitue une immixtion dans les compétences des avocats ayant fait l'objet d'une formation pour plaider devant une juridiction.

L'ensemble de ces actes peut être qualifié comme une usurpation et une immixtion dans des professions légalement réglementées de nature à créer une confusion dans l'esprit du public, sans que ces cabinets remplissent les conditions exigées pour l'exercice de ces

professions. En l'espèce, le code pénal marocain incrimine ces actes en vertu de l'article 380 qui dispose :

« Quiconque, sans titre, s'immisce dans des fonctions publiques, civiles ou militaires ou accomplit un acte d'une de ces fonctions, est puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans à moins que le fait ne constitue une infraction plus grave ». De même et l'article 381[153], qui incrimine aussi l'usurpation et l'immixtion dans une profession légalement réglementée.

Quant aux moyens de preuve mis à la disposition du débiteur, on peut les trouver à travers les lettres envoyées par la société de recouvrement., Il serait, autrement, délicat pour le débiteur de démontrer cette infraction uniquement en établissant des visites domiciliaires ou au lieu du travail, ou encore des appels téléphoniques.

A cet égard, même les organisations professionnelles représentant les avocats et les huissiers de justice sont appelées à se mobiliser pour dénoncer les actes délictueux intolérables et condamnables de ces sociétés de recouvrement de créances.

B- La protection civile du débiteur

110. Un débiteur qui a subi autant d'abus, lors de l'emploi par une société de recouvrement des procédés abusifs, pourra-t-il bénéficier d'une protection civile ? Qui dit protection civile, dit un droit à la réparation des dommages subis : en l'occurrence le débiteur peut invoquer son préjudice moral résultant de la contrainte ou de la violence exercée par la société de recouvrement sans l'autorité de la loi, pour un paiement non réellement consenti : il peut aussi demander l'annulation du paiement, et des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 77 du dahir des obligations et contrats.

Le débiteur peut également, s'il s'est avéré qu'il a payé des sommes indues et disproportionnées par rapport au principal, intenter une action en répétition de l'indu contre la société mandatée pour le recouvrement de la créance(2).

[153]-Quiconque, sans remplir les conditions exigées pour le porter, fait usage ou se réclame d'un titre attaché à une profession légalement réglementée, d'un diplôme officiel ou d'une qualité dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique est puni, à moins que des peines plus sévères ne soient prévues par un texte spécial, de l'emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 200 à 5.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement.

1- L'annulation de paiement due à la violence

111. La violence, vice de consentement qui donne lieu à l'annulation, est définie par le DOC comme étant : « la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti ». Par la force des choses, la personne qui en a été victime lors de la création d'une obligation a le droit d'invoquer la rescision de la dite obligation dans l'éventualité où les conditions prévues par l'article 47 du même code[154] sont remplies.

Dans le même ordre d'idée, un débiteur, n'aurait pas honoré son engagement auprès de la société de recouvrement si la violence n'avait pas été la cause directe et déterminante. Il s'agit en l'espèce de la crainte d'exposer sa réputation à un préjudice important, en particulier s'il est un professionnel, le débiteur décidant en général de s'acquitter ou acceptant de la société un plan de rééchelonnement difficilement exécutable. Néanmoins il doit démontrer le préjudice subi du fait de la société de recouvrement.

Cela dit, si une violence de ce type n'était pas exercée par la société de recouvrement, ou si la violence ou le préjudice n'a pas pu être démontré par le débiteur pour lui permettre d' invoquer la rescision de l'obligation, celui-ci peut arguer des dispositions de l'article 48 du DOC pour invoquer la rescision, car la loi marocaine ouvre le droit à la rescision si on abuse de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus, en la menaçant de l'exercice de poursuites ou d'autres voies de droit. En l'occurrence, les avantages excessifs peuvent se traduire dans l'élaboration d'un plan de remboursement difficilement exécutable pour le débiteur, ou encore dans le fait de l'obliger à payer des frais supplémentaires issus du retard de paiement. Il faut noter cependant que de tels procédés comminatoires ne sont pas constitutifs d'une violence en France[155]

Par ailleurs, il faut signaler que la violence ouvre droit à la rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été conclue au regard de l'article 49 du DOC. Corollairement la violence exercée par une société de recouvrement donne ouverture à la rescision de l'obligation.

112. Sur le plan matériel, le débiteur ne fait qu'exécuter un engagement accepté préalablement, mais sous le coup d'une violence exercée par une tierce personne ; le montant est réellement dû et résulte d'une obligation préexistante, mais reste à savoir si la violence seule peut entrainer l'annulation du paiement effectué par le débiteur.

---

[154]- La violence ne donne ouverture à la rescision de l'obligation que :
1° Lorsqu'elle en a été la cause déterminante ;
2° Lorsqu'elle est constituée de faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet, soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable, eu égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et à leur degré d'impressionnabilité.

[155]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.67.

Sous cet angle, on peut admettre que le paiement fait par le débiteur sous l'empire de la violence et du fait de l'utilisation des procédés illégitimes peut être annulé[156]. Si on admet que la violence comme vice de consentement sanctionne la contrainte exercée sur l'autre partie contractante et la faute commise par son auteur, celle-ci donne à l'évidence un droit à réparation.

Dans l'éventualité où le juge civil, admet l'annulation de paiement en raison du recours à la violence et aux procédés comminatoires par la société de recouvrement, le débiteur peut, sur le fondement de l'article 77 du DOC[157] demander des dommages et intérêts pour les préjudices subis, résultants de la violence, ce dommage étant généralement moral, et c'est la société qui en demeure responsable.

2- La répétition de l'indu

113. Quelques sociétés de recouvrement profitent de la faiblesse de certains débiteurs pour leur demander des montants supérieurs à ce qui est réellement dû, en invoquant des frais supplémentaires, qui peuvent résulter du retard de paiement ou des majorations, frais de cabinet, ou de quelconque prétexte qui justifierait de percevoir illicitement des sommes qui ne correspondent pas aux montants exigibles, particulièrement en matière de chèque ou en matière cambiaire, car les débiteurs affrontent avec beaucoup de crainte ces mésaventures compte tenu du risque de pénalisation.

En fait, le débiteur ne paie que par erreur en croyant à la légitimité de ces montants, sachant que le débiteur se sent dans la majorité des cas intimidé du fait de ne pas pouvoir régler dans les temps, et cède à cette pression sans prendre la peine de chercher à remettre en cause le bien-fondé des sommes supérieures indûment déclarées par les sociétés de créances.

Dans la circonstance, et si le débiteur réalise qu'il a payé des sommes excessives, il peut par la voie civile, actionner en justice la société de recouvrement en répétition de l'indu en vertu de l'article 68 du DOC[158], sous réserve qu'il puisse prouver la somme excessivement payée.

---

[156]- E.PERROU, *Op. cit*., p.67.

[157]-cet article est analogue à l'article 1382 du code civil Français.

[158]- Celui qui, se croyant débiteur, par une erreur de droit ou de fait, a payé ce qu'il ne devait pas, a le droit de répétition contre celui auquel il a payé. Mais celui-ci ne doit aucune restitution si, de bonne foi et en conséquence de ce paiement, il a détruit ou annulé le titre, s'est privé des garanties de sa créance, ou a laissé son action se prescrire contre le véritable débiteur. Dans ce cas, celui qui a payé n'a recours que contre le véritable débiteur.

En revanche, le débiteur n'aura pas droit à la répétition s'il savait d'emblée que les montants réclamés étaient indus, et qu'il a acquitté volontairement et en connaissance de cause en vue de mettre fin aux procédés comminatoires de la société de recouvrement.

114. En définitive, il ressort de ces éclaircissements que le recouvrement amiable au Maroc ne progresse pas, et, bien au contraire, les écueils réglementaires et organisationnels rendent le recouvrement plus ardu, et le débiteur plus obstiné à l'égard de ce mode de recouvrement, préférant parfois être assigné en justice plutôt que de céder aux procédés comminatoires des sociétés de recouvrement. Par conséquent, les affaires relevant de l'impayé augmentent aussi bien devant les juridictions civiles que commerciales.

Par ailleurs, ces sociétés de recouvrement doivent chercher dans l'expérience française en la matière pour mieux structurer cette activité, et pour se donner aussi de la crédibilité, même si le législateur marocain a mis du temps pour intervenir et réglementer cette activité. Pourtant la nécessité est impérieuse dans l'optique de notre étude pour développer le recouvrement amiable au Maroc et donc le développement de cette activité passe nécessairement par une intervention législative à l'exemple de la France.

Section 2 : Les limites du recouvrement forcé

115. Lorsque Le créancier s'efforce vainement de recouvrer amiablement sa créance devenue exigible, ne dispose plus que de la voie judiciaire pour obtenir gain de cause. Nonobstant, cette voie n'est pas le gage d'un recouvrement infaillible, étant donné que le système judiciaire au Maroc souffre d'insuffisances importantes[159], faisant obstacle à l'efficacité de l'exercice et à l'effectivité du droit à l'exécution forcée.

En effet, outre les limites légales ayant pour objet de protéger le débiteur, et pour effet de rendre inefficaces ou de retarder les mesures exécutoires, comme c'est le cas par exemple des insaisissabilités ou des délais de grâce accordés par le juge, ou encore l'arrêt et la suspension de l'exécution dans le cadre d'une procédure collective, le créancier pourrait être confronté à des difficultés d'une autre nature, imputables essentiellement à l'état de l'institution judiciaire au Maroc, qui provoque davantage de défiance au regard des justiciables, et notamment les banques qui ne cessent de s'en plaindre[160] (p.1).

A fortiori, ces dysfonctionnements constatés dans l'institution judiciaire, se sont vraisemblablement aggravés du fait de la conduite déplorable et condamnable de certains débiteurs qui essayent par des moyens dilatoires de retarder les procédures exécutoires

[159]-Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006. p.1.

[160]- Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006. p.1.

engagées à leur encontre, voire de les esquiver par d'autres procédés (p.2), s'ajoutant à cela le handicap de certains actes et mesures juridiques du recouvrement forcé(p3).

Au demeurant, dans le cadre de l'application de la loi traitant des entreprises en difficultés dans le nouveau code de commerce qui prévoit des procédures de prévention de difficultés, le redressement et la liquidation des entreprises mis en place par le législateur marocain, a révélé également des lacunes relatives à la protection des créanciers (p4), qu'il convient d'analyser.

Paragraphe 1 : La corrélation de l'obstruction judiciaire et de la défiance des justiciables

116. Le Dahir du 12 février 1997 créant les juridictions commerciales au Maroc, avait pour effet de rendre l'application de la nouvelle législation limpide et efficace, mais cette disposition n'a pas pu épargner les juridictions marocaines d'un encombrement (1) résultant du nombre des dossiers en constante hausse, et notamment ceux liés à l'impayé, entrainant de ce fait une lenteur de l'appareil judiciaire ce qui provoque indubitablement une défiance des justiciables à l'égard de la justice étatique(2).

A- La congestion des tribunaux

117. En vue de désengorger les juridictions nationales et de renforcer le dispositif juridictionnel, le législateur Marocain a instauré très récemment une loi n° 42-10portant sur l'organisation des juridictions de proximité et fixant leurs compétences.[161] Elle a pour objet de statuer sur les litiges de la vie quotidienne des citoyens[162], mais cette mesure demeure insuffisante, et les difficultés d'encombrement des juridictions sont loin d'être résolues[163].

[161]- cette initiative s'inscrit dans le cadre du grand chantier de la réforme de la justice, annoncé par le Roi Mohamed VI au fameux discours du 20 aout 2009, cette réforme substantielle s'articule sur six grands axes, dont l'amélioration de l'efficience de la justice en fait partie, également la révision de la justice de proximité.

[162]-la procédure dans ce cadre est très limpide, le ministère d' avocat n'est que facultatif, il suffit de déposer une plainte auprès du secrétariat-greffe de cette instance pour que l'action soit prise en compte, sous réserve que l'objet de l'action relève de la compétence matérielle de la juridiction de proximité, qui est compétente en matière pénale pour les contraventions édictées par les articles de 15 à 18 de la loi précitée ; quant à la compétence en matière civile, hormis les affaires relevant du statut personnel et celles relatives à l'immobilier, aux affaires sociales et à l'expulsion, la juridiction peut statuer en dernier ressort sur les actions personnelles et mobilières n'excédant pas le montant de 5 000 dirhams ; cependant, le juge dispose d'un délai maximal d'un mois pour statuer à compter de la date de l'enregistrement de la plainte, et ce après l'échec de la tentative de conciliation entre les parties en conflit menée par lui.

[163]-*supra* 30 et s.

En effet, outre les juridictions qui ne sont pas compétentes en matière de contentieux liés à l'impayé entre les personnes du droit privé, l'institution judiciaire compte à son actif 68 tribunaux de première instance, 21 cours d'appel, 8 tribunaux de commerce, et trois tribunaux d'appel commercial[164] ; par ailleurs, le ministère de la justice a procédé au renforcement de son effectif en recrutant un nombre très important de magistrats ces quatre dernières années pour pallier les problèmes d'insuffisance de magistrats et de leur productivité excessive[165], et qui affecte incontestablement l'efficacité et la qualité du traitement des affaires. Le nombre de ceux-ci a été porté à 4050 magistrats occupant l'ensemble des juridictions nationales, y compris les tribunaux administratifs[166].

Cependant, est-ce vraiment suffisant compte tenu du nombre en constante hausse des nouvelles affaires chaque année, qui se sont élevées à 3.500.870 affaires inscrites au rôle l'année précédente toutes affaires comprises, dont celles relevant de l'impayé qui représentent une partie non négligeable de l'ensemble des affaires annuelles traitées et en instances[167] ; mais seules 2.696.000 ont été jugées[168], bilan qui nous amène à nous interroger sur le nombre de tribunaux installés sur l'ensemble du Maroc et particulièrement les juridictions commerciales dont, le moins qu'on puisse dire, est qu'elles sont dérisoires eu égard au nombre des affaires traitées, et au nombre des magistrats. Assurent-elles par ailleurs la célérité requise en justice et statuent-elles efficacement sur les dossiers sans que la qualité des jugements rendus et la lenteur du traitement des dossiers ne soient remises en question ?

118. En pratique, les magistrats qui sont tenus de statuer sur un nombre important de dossiers, tout en veillant à respecter les droits des justiciables, se heurtent au problème de la conciliation entre la célérité[169] et la qualité des décisions rendues, qui constituent les

[164]- informations prises du site du ministère de la justice au Maroc, Disponible sur : http://www.justice.gov.ma/ar/Ministere/chiffres.aspx?_c=0&_=5.

[165]-l'évaluation quantitatif de La productivité des magistrats, est le nombre moyen d'affaires traitées par magistrat, cette productivité s'est accru considérablement, en passant de 419 affaires traitées par magistrat en 1993 à 919 affaires traitées par magistrat en 2003, soit une évolution de 120% par an, V., A.GHAZALI. « Processus de réforme et de mise à niveau de la justice et les réformes dédiées à assurer le règne de la loi », décembre 2005, Disponible sur http://www.rdh50.ma/fr/pdf/contributions/GT10-3.pdf, p. 99.

[166]- informations prises du site du ministère de la justice au Maroc,. Disponible sur : http://www.justice.gov.ma/ar/Ministere/chiffres.aspx?_c=0&_=5.

[167]-*supra* 30 et annexe 1

[168]-article paru sur : Aujourd'hui le Maroc., le 14 mars 2012, n°2639, A. SALAHEDDINE, disponible sur :http://www.aujourdhui.ma/maroc-actualite/actualite/ramid-demande-aux-magistrats-plus-de-transparence-81908.html.

[169]- D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006, p. 11 et s.

deux principaux indicateurs de l'efficience de l'appareil judicaire, et de la justice en général ; en revanche la conciliation entre ces deux indicateurs s'avère rude compte tenu du nombre assez réduit des magistrats relativement aux dossiers traités, deux éléments incontournables et contradictoires eu égard aux composantes actuelles de l'institution judiciaire au Maroc, d'autant plus que la formation des magistrats spécialisés demeure controversée, et joue aussi contre la rapidité requise par les justiciable., Il faut aussi prendre en considération la courte expérience des juridictions commerciales au Maroc, jugée insuffisante et particulièrement sur le plan de traitement des entreprises en difficulté[170], étant considéré que les magistrats, après l'instauration de la loi relative à la création des juridictions commerciales, ont dû s'adapter à une spécialisation qui leur est nouvelle, sans négliger son caractère vaste et complexe alors que la formation assurée par l'institut national d'études judiciaires et les quelques séminaires et réunions organisés par celui-ci ne garantissent pas véritablement une formation solide aux magistrats pour qu'ils puissent statuer dans une matière en pleine évolution. Subséquemment ce handicap pourrait très vraisemblablement concourir à l'encombrement des juridictions commerciales.

119. Nonobstant, pour remédier au problème de l'encombrement des tribunaux, les parties peuvent insérer des clauses attributives de compétence dans leurs contrats, et choisir un tribunal moins encombré en vue d'assurer un traitement plus prompt, et évincer les tribunaux qui connaissent une abondance au niveau des dossiers à traiter, notamment dans les grandes villes.

Force est de constater que l'encombrement des juridictions au Maroc est attribuable au nombre croissant des dossiers qui leurs sont soumis annuellement, particulièrement ceux liés au contentieux de l'impayé. Cet encombrement réside également dans la hausse remarquable et excessive de la productivité des magistrats durant ces deux dernières décennies, traduite par le déficit sur le plan du nombre des magistrats[171] et leur formation incomplète en matière commerciale. Cela amène les justiciables à attendre davantage pour que leurs affaires soient traitées, lenteur qui suscite à l'évidence une congestion des juridictions.

B- La défiance des justiciables

120. La perception du temps dans le procès civil diffère d'un justiciable à un autre, selon la position de chacune des parties dans le procès, néanmoins les justiciables ont droit à ce qu'une décision utile soit rendue dans un délai raisonnable, faute de quoi, l'institution judiciaire risque de perdre la confiance des justiciables, et également sa sérénité D'ailleurs

[170]- Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006, p. 8 et 13.

[171]-A.GHAZALI. « Processus de réforme et de mise à niveau de la justice et les réformes dédiées à assurer le règne de la loi ». Décembre 2005, Disponible sur http://www.rdh50.ma/fr/pdf/contributions/GT10-3.pdf, p. 100.

la lenteur des procédures en matière judiciaire constitue le premier mal dont souffre la justice[172]en général, et on ne peut absolument pas nier que la justice au Maroc en souffre en dépit des efforts déployés pour y remédier.

En effet, la notion du temps judiciaire en matière commerciale, particulièrement en matière d'impayé est déterminante pour le dénouement du procès, compte tenu des intérêts divergents des différentes parties. Le juge cherche par ailleurs à équilibrer les intérêts des justiciables sans pour autant se désintéresser au temps de la procédure. Le temps dans le procès civil ne peut aucunement être profitable aux deux parties[173], et, en l'occurrence, dès lors que le temps est favorable au débiteur, il est certainement dommageable pour le créancier, et vice-versa.

Dans le même ordre d'idée, si la France a pu diminuer considérablement la durée de traitement des affaires[174], devant pratiquement toutes les juridictions, le ministère de la justice au Maroc ne publie pas dans son site officiel de données relatives à la moyenne de la durée de traitement des affaires (au fond ou en référé), mais on peut d'emblée affirmer que le temps judiciaire au Maroc se concilie très mal avec les exigences de la vie des affaires, et l'encombrement des juridictions en atteste, notamment par des affaires relatives au recouvrement et aux chèques impayés[175].

121. Il convient de préciser qu'outre les facteurs explorés auparavant, relatifs aux insuffisances du système judiciaire, qui suscitent la méfiance des justiciables à l'égard de l'appareil judiciaire, et de la justice en général, et qui entravent indubitablement un recouvrement efficace dans le cadre du contentieux lié à l'impayé, le créancier peut se heurter à des difficultés d'ordre procédural, notamment lors d'une procédure ou requête aux fins d'injonction de payer qui demeure la procédure la plus rapide au Maroc: ainsi par exemple dans le cas du débiteur qui ne dispose d'aucune adresse sur le territoire, le créancier devant saisir un juge de fond, en suivant les formes du droit commun, ou encore le rejet de sa requête qui n'est susceptible d' aucun recours, d'autant plus que les affaires

[172]- S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, p.6. Note 4 ; M.Cresp, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une* théorie *générale,* Bordeaux IV, octobre 2010, p.305 et s.

[173]-J. MIGUET, « Application dans le temps des lois de droit judiciaire privé *», JCL. Proc. Civ.,*Fasc. 62, janvier 2013.

[174]-en 2009, la durée moyenne de traitement des affaires qui relèvent de la nomenclature du droit des affaires (hors référés) dont une partie du contentieux de l'impayé fait partie, s'est établit à 13,7 mois devant les cours d'appel, 5,7 mois devant les tribunaux d'instance, et 9,7 mois devant les tribunaux de commerce. Tandis que la durée moyenne de traitement des affaires relatives au contrat est nettement plus longue, avec 14,5 mois devant les cours d'appel, 5,7 mois devant les tribunaux d'instance, et 10,8 mois devant les tribunaux de commerce. Annuaire statistique de lajustice_édition 2011, ministère de la justice et des libertés répertoire civil général, Disponible sur http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/

[175]-F. BOUCETTA, « La lenteur des procédures décrédibilise la justice », la vie Eco, 01 mars 2010.

relatives aux impayés ne s'achèvent que rarement par une décision du tribunal de première instance, les débiteurs ayant tendance à épuiser toutes les voies de recours avant de s'exécuter, tout en étant persuadé du bien-fondé de la créance, et tentent inlassablement de proroger la durée du procès. On assiste désormais à une véritable systématisation des voies de recours, tant devant le juge de fond, qu'en procédure de référés. Autant de d'éléments qui rendent le procès plus long, et qui accroissent et confirment la suspicion vis-à-vis de la justice.

Dans le même contexte, un auteur affirme en s'appuyant sur un rapport du (PNUD) sur le développement humain dans les pays arabes en 2009 que seuls 10% des Marocains estiment bénéficier du droit à un procès équitable, et que la justice est peu rassurante au point qu'on évite d'y faire appel[176]. Les banques Marocaines approuvent ces conclusions, et se plaignent elles aussi du faible taux de recouvrement dans le cadre des procédures judiciaires commede la lenteur et de l'inefficacité du système judiciaire[177], cette méfiance à l'égard de la justice étant aussi présente dans les banques Françaises, mais avec une moindre mesure[178].

Au demeurant, le créancier dans le cadre du contentieux de l'impayé, peut se retrouver face à d'autres difficultés, ayant pour nature d'entraver ou de retarder son droit à l'exécution forcée, difficultés émanant du débiteur lui-même.

Paragraphe 2 : L'expédient de manœuvres dilatoires et frauduleuses

122. Si les législations s'améliorent avec l'évolution de la société, elles peuvent être lacunaires, dans leur domaine d'application ou celui de leur interprétation, et des pratiques peuvent se développer de manière à laisser apparaitre des lacunes dans certaines dispositions législatives ou réglementaires. De surcroît, l'évolution des normes légales et jurisprudentielles a conduit à des changements sur le comportement de quelques certains débiteurs. En l'occurrence, un débiteur peut de nos jours mettre tout en œuvre pour se mettre à l'abri de toute exécution forcée, ou au moins la retarder, à travers des séries de montages propres à un débiteur récalcitrant et de mauvaise foi, qui se livre délibérément à des manœuvres qui risquent d'entraver l'exécution. Il s'agit de manœuvres de nature à retarder le cours de la justice (1), et des manœuvres frauduleuses de nature à entraver l'exécution forcée(2).

---

[176] -« Maroc : la justice en chantier », article publié sur Jeune Afrique, disponible sur :**http://www.jeuneafrique.com/Article/ARTJAJA2543p020-026.xml0/**

[177]- Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006. p.1 et 10.

[178]-P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE). p.92.

A- Les manœuvres dilatoires du débiteur

123. Le débiteur, de mauvaise foi, ou parfois même les avocats de ce dernier, connaissant certaines carences procédurales et défectuosités du système judiciaire au Maroc, adoptent des stratégies qui visent à gagner le maximum de temps afin de retarder la procédure ou l'exécution, par obstination, ou pour placer l'argent ailleurs, ou dans quelque but quel que soit le temps en matière d'impayé étant toujours bénéfique au débiteur, et le créancier doit chercher une protection auprès du juge contre ces manœuvres, qui peuvent intervenir à tout stade de la procédure, devant les juges de fond, en référé, avant l'obtention du titre exécutoire ou postérieurement.

124. Si le juge de fond, ne peut aller outre les prescriptions procédurales en la matière, et interdire au débiteur condamné devant le tribunal de première instance à s'acquitter auprès du créancier, de faire appel au jugement rendu, il est soumis à des exigences de célérité, sans pour autant enfreindre les droits de la défense du débiteur qui lui sont conférés par la loi. Le débiteur connaissant le caractère incontestable du bien-fondé de la créance interjette appel, voie de recours suspensive d'exécution, et sait pertinemment que l'exercice de l'appel lui procurera plus de temps, et même l'arrêt le condamnant devant la cour d'appel ayant force de chose jugée ne sera qu'une étape de la procédure contentieuse.

Une fois la décision exécutoire, le créancier peut se retrouver face à de sérieuses difficultés d'exécution : notamment s'il s'agit d'un débiteur qui exerce son activité sous la forme d'une société, il peut procéder aisément, avant que la décision de justice ne soit rendue, au changement de sa dénomination sociale, voire de son siège social, et, dès lors, l'exécution s'avèrera difficile pour l'huissier de justice qui dispose de peu de prérogatives pour relocaliser le siège ou la nouvelle dénomination de l'entreprise qui fait l'objet de l'exécution[179] ; et s'il y procède, le débiteur aura gagné un temps considérable avant de s'exécuter. A ce titre, le législateur marocain, dans le code de procédure civile, a procédé à la protection de la partie gagnante dans le procès contre ces procédés dilatoires. L'article 436 du même code dispose :

« En cas de survenance d'un obstacle de fait ou de droit soulevé par les parties dans le but d'arrêter ou de suspendre l'exécution de la décision, le président est saisi de la difficulté, soit par la partie poursuivante, soit par la partie poursuivie, soit par l'agent chargé de la notification ou de l'exécution de la décision judiciaire. Il apprécie si les prétendues difficultés ne constituent pas un moyen dilatoire pour porter atteinte à la chose jugée, auquel cas il ordonne qu'il soit passé outre. Si la difficulté lui apparaît sérieuse, il peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution jusqu'à la solution à intervenir ».

[179]-annexe 3

125. Il convient de signaler que si les manœuvres relatives au changement de dénomination ou de siège social interviennent préalablement à l'action en justice, celle-ci est frappée d'irrecevabilité pour vice de forme, et ce, même dans le cadre d'une requête aux fins d'injonction de payer au regard de l'article 157 du même code. Dans le même contexte, dans ce genre de requête, le débiteur dispose de huit jours pour interjeter appel, mais le tribunal peut considérer que l'appel formé par le débiteur a eu un but purement dilatoire, et, dès lors, le tribunal doit prononcer contre celui-ci une amende civile qui ne peut être inférieure à 10 % du montant de la créance, ni supérieure à 25 % de ce montant au profit du Trésor en vertu de l'article 164 du code de procédure civile[180].

A notre connaissance, les deux textes précités demeurent les deux dispositions ayant vocation à protéger la partie gagnante dans le procès contre ces procédés dilatoires, et, malgré cela, ces dispositions demeurent insuffisantes pour protéger efficacement le créancier contre les pratiques dilatoires du débiteur de mauvaise foi qui cherche inlassablement et en permanence des pratiques licites, voire illicites en vue de retarder le cours de la justice.

B- Les manœuvres frauduleuses du débiteur

126. Au fil du temps, le législateur marocain a veillé à apporter une protection aux biens du débiteur, à travers notamment des biens dits insaisissables[181], en raison de l'importance du bien pour la personne saisie, ou du fait de la nécessité impérieuse du bien pour la personne ce qui justifie son insaisissabilité. Il convient de souligner, du reste, qu'en France des parties de plus en plus importantes du patrimoine du débiteur deviennent insaisissables. La LME, a étendu le domaine de la déclaration d'insaisissabilité à tous les biens fonciers non affectés à l'usage professionnel. Par ailleurs, le législateur marocain a négligé en quelque sorte le cas des débiteurs insusceptibles de recouvrement ou d'exécution, pour cause d'absence de possession d'un bien susceptible d'exécution, particulièrement ceux qui organisent sciemment leur insolvabilité et qui s'efforcent par tous les moyens de mettre l'intégralité ou une partie de leurs biens à l'abri de toute exécution forcée..

En effet, la législation Française offre au créancier la possibilité d'intenter une action appelée *paulienne* à l'encontre de son débiteur. Cette action qui a connu un essor notable en France[182]permet au créancier de voir déclarer l'inopposabilité à son égard d'un acte passé frauduleusement par son débiteur. L'acte frauduleux source d'aliénation au profit d'un tiers

[180]- l'article prévoit : « Si la cour estime que l'appel a eu un but purement dilatoire, elle doit prononcer contre le débiteur une amende civile qui ne peut être inférieure à 10 % du montant de la créance, ni supérieure à 25 % de ce montant au profit du Trésor ».

[181]-les biens insaisissables sont prévus en droit Marocain par les articles 458 et 488 du code de procédure civile.

[182]- L. CAMENSULI-FEUILLARD, « l'insolvabilité, condition de l'action paulienne et notion évolutive », *Dr. et procédures*, novembre/décembre 2007, n°6. p.321.

est considéré comme n'ayant jamais quitté le patrimoine du débiteur, et pourrait éventuellement faire l'objet d'une saisie par le créancier qui a intenté l' action. Le créancier doit par ailleurs justifier de l'antériorité de la créance par rapport à l'acte attaqué, et invoquer en outre le préjudice qui en résulte, qui réside dans l'appauvrissement du débiteur qui a créé ou aggravé ainsi son insolvabilité.

A l'évidence, on constate une véritable avancée dans cette procédure en France du point de vue de la recevabilité de l'action paulienne : même si le débiteur n'est pas insolvable, du moment que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre inefficace, voire impossible l'exercice du droit dont il dispose, il suffit de prouver que l'acte frauduleux a porté préjudice à ce droit[183]. Nonobstant, l'action paulienne reste dépendante d'un acte d'appauvrissement du débiteur et de l'insolvabilité qui en résulte, deux conditions qui demeurent étroitement liées en droit Français. Cette avancée peut être constatée également au niveau de l'assouplissement des exigences probatoires qui pèsent sur le créancier, qui peut démontrer l'insolvabilité de son débiteur par tous moyens.

127. Inversement, et de manière regrettable, le législateur marocain ne prévoit aucun texte qui se penche sur cette action, et sa mise en œuvre demeure difficile compte tenu de l'absence de texte législatif. De même les conditions requises par cette action et les exigences probatoires mises à la charge du créancier la rendent très délicate. Il est vrai que cette procédure est très controversée pour la confusion créée entre des notions qui se ressemblent, par exemple l'insolvabilité du débiteur et son appauvrissement. Hormis les dispositions relatives à la nullité de la période suspecte dans le cadre des procédures collectives[184], les créanciers n'ont pas assez de protection contre ces pratiques illicites du débiteur. Il semble en pratique plus facile pour un débiteur de s'appauvrir et d'organiser son insolvabilité pour mettre ses biens à l'abri de toute exécution forcée, que pour un créancier d'engager une telle procédure et d'apporter les moyens de preuves nécessaires à cet effet.

Force est de constater que ces procédés constituent un sérieux obstacle au recouvrement forcé, et une intervention législative s'avère nécessaire à l'instar de la législation Française de l'article 1167 du code civil, en vertu duquel les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. On ne peut pas négliger pour autant le rôle que doit endosser la jurisprudence en la matière, en procédant à l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de cette procédure. Il faut aussi conférer plus de pouvoir aux juges de fond pour déceler tous les actes frauduleux des débiteurs de mauvaise foi qui souhaitent se soustraire à leurs engagements.

[183]- L. CAMENSULI-FEUILLARD, « l'insolvabilité, condition de l'action paulienne et notion évolutive », *Dr. et procédures*, novembre/décembre 2007, n°6. p 321.

[184]-l'article 680 du code de commerce prévoit : « Le jugement d'ouverture de la procédure fixe la date de cessation des paiements. Dans tous les cas, cette date ne peut être antérieure de plus de 18 mois à celle de l'ouverture de la procédure.

Paragraphe 3 : le handicap de certains actes et mesures juridiques du recouvrement forcé.

128. Le titre exécutoire ne représente pas l'assurance d'une exécution certaine, abstraction faite de toutes les entraves de l'institution judiciaire imputables à l'encombrement et à la lenteur de la justice, ou des difficultés d'exécution provoquées par le débiteur lui-même. L'obtention d'un titre exécutoire par un créancier qui a opté pour la voie judiciaire pour recouvrer sa créance ne signifie pas une exécution sur le débiteur ou ses biens, cela ne représente qu'une étape de l'ensemble de son processus[185], et n'en est pas l'aboutissements, compte tenu des difficultés pratiques rencontrées par les huissiers de justice en matière d'exécution(p1), qui se traduit par une course au paiement du créancier pouvant se révéler à la fois longue et fatigante, et qu'on peut qualifier comme un facteur de dépréciation du titre exécutoire et de l'exécution forcée en général.

A- Les huissiers de justice : une profession embryonnaire au cœur de l'exécution forcée

129. Les huissiers de justice sont des acteurs incontournables dans tout le processus d'exécution au Maroc[186]. Compte tenu de leur intervention permanente en la matière, leurs missions et leurs pouvoirs ont été assez controversés et souvent critiqués, en dépit de la réforme tant attendue et mise en place par le législateur à travers la loi n°81-03 portant réglementation de la profession[187]. Il conviendrait, eu égard à l'importance de cette profession vis-à-vis de l'exécution forcée, d'ausculter ces difficultés à part entière.

130. En effet, si le droit de l'exécution forcée doit assurer la transparence et l'honnêteté de cette exécution, les sources d'informations mises à la disposition d'un huissier de justice sont insuffisantes pour permettre à celui-ci d'exercer ses prérogatives aisément, d'autant plus que ces informations ne sont pas accessibles directement par lui. , Il se trouve souvent contraint de solliciter le concours du parquet afin de disposer de plus d'informations sur la personne saisie, voire du bien à saisir lorsqu'il se retrouve devant un manque de coopération d'une quelconque administration ou d'une personne devant concourir à la procédure d'exécution. Cependant, ce genre de requête présentée par les huissiers de justice ne sont satisfaites qu'après l'écoulement d'un temps considérable qui pourrait être déterminant pour l'exécution et le créancier. Il s'agit là d'une vraie problématique qui met en exergue la

[185]- C. VENCENTI, « Procédures individuelles de recouvrement », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994. P.169 et s.

[186]- F. HALLABI, « Les huissiers de justice », L'actualité juridique, n°18, septembre 1999, p.17 et s.

[187]- ce corps professionnel a été créé et régi pour la première fois par le Dahir du 25 décembre 1980, B.O. 18/2/1981 P.77, ainsi que le décret du 24/12/1986, B.O 17/08/1988.

lenteur de l'appareil judiciaire et l'insuffisance de transparence et de sécurité du droit de l'exécution forcée.

De plus, ce corps professionnel, qui se dote désormais d'un statut libéral et indépendant conformément à loi qui réglemente la profession, souffre d'une pénurie au niveau des auxiliaires en exercice[188], et, de surcroît, leur compétence continue à être remise en question. Une absence de centres spécialisés dans la formation des huissiers nous fait penser qu'il s'agit d'une profession très embryonnaire, et pourtant, l'huissier de justice demeure le garant de la sécurité juridique en matière d'exécution. D'ailleurs, une charte de collaboration a été signée en 2010 entre le président de l'ordre national des huissiers de justice marocaine créée en 2009 et son homologue français, et qui vise à former les huissiers Marocains et à les épauler dans la création de leur système de formation. Mais jusqu'à présent, il est encore prématuré d'en tirer des conclusions.

131. Quant aux voies d'exécution, des difficultés s'accentuent par rapport à la réalisation de suretés, étant donné qu'il s'agit d'une procédure très lourde, et le recours à des experts pour la fixation du prix des biens est important[189] ; à ce titre, les experts peuvent fixer parfois des valeurs inférieures aux valeurs réelles des biens, manœuvres que connaissent les ventes aux enchères auxquelles certains huissiers de justice participent en vue d'en tirer profit.

Autant d'éléments qui s'ajoutant à d'autres d'ordre pratiques, sont révélateurs de la fragilité de cette profession au Maroc, en dépit du rôle que les huissiers de justice sont appelés à remplir de veille sur l'efficacité et la rapidité de l'exécution, sans négliger l'impact pécuniaire sur les caisses de l'Etat. Par ailleurs, la comparaison est désavantageuse entre les huissiers de justice au Maroc et en France, eu égard à la place prépondérante qu'occupe cet officier ministériel en France, et son poids dans les procédures d'exécution. Il faudrait que cette profession soit revalorisée afin que les procédures d'exécution soient plus rapides et efficaces.

B- La dépréciation du titre exécutoire

132. Aujourd'hui, l'importance en pratique du titre exécutoire pour le traitement de l'inexécution contractuelle, notamment en matière d'impayé, peut sembler perdre de son efficacité. Le conflit d'intérêts qui subsiste en la matière laisse perplexe à la fois le législateur et la justice pour pouvoir en définir la ligne de conduite. Il apparait très délicat de privilégier

[188] -les huissiers de justice au Maroc sont au nombre de 1379 en exercice, leur recrutement se fait par un concours national, V., J. MDIDECH, « Huissiers de justice, ces «indésirables» qui rapportent gros à l'Etat », 7 octobre 2011.

[189] - Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006. p.4.

un intérêt sur un autre. L'intérêt général doit-il s'imposer devant l'intérêt économique ou celui du créancier ? Quid de l'intérêt social et de l'exigence de la justice sociale ?

En effet, le titre exécutoire est un moyen de sanctionner le débiteur pour son inexécution contractuelle, et permet au créancier d'obtenir l'utilité économique de sa créance, avec à l'évidence l'intervention de l'Etat qui prête main-forte à la réalisation des droits que le titre constate au moyen de la contrainte, qui s'incarne dans des procédures de saisies[190].

133. Le législateur, en quête du maintien d'un équilibre stable et durable entre les intérêts opposés du créancier et du débiteur. Le titre exécutoire est l'approche sanctionnatrice de l'inexécution contractuelle et du contentieux de l'impayé en l'occurrence, et cette approche ne donne pas toujours l'assurance que le créancier sera déintéressé., Et comme son efficience et son effectivité peuvent souvent être remise en cause en fonction d'un concours de circonstances et de facteurs évoqués ci-dessus, cela laisse à penser que le titre exécutoire perd progressivement de sa valeur aux yeux du créancier notamment quand l'intérêt de ce dernier cède devant l'intérêt général, ou l'excessive protection du débiteur .

A cet égard, la durée et la lenteur des procédures de recouvrement, la congestion des tribunaux, la méfiance des justiciables à l'égard de la justice étatique, reflètent bel et bien l'ampleur des difficultés du recouvrement forcé que connait la justice au Maroc. Cela se greffe sur les différentes mesures mises en place par le législateur ayant pour objet de sursoir à l'exécution afin de protéger le débiteur, étant considéré que sa situation est toujours prise en considération par le législateur, ce qui fait que le débiteur peut rendre inopérant un titre exécutoire lorsqu'il bénéficie d'un délai de grâce ; de même lorsqu'il bénéficie d'une procédure collective qui peut rendre inefficace le titre exécutoire. De même encore, les insaisissabilités pourront faire obstacle à l'exécution forcée. En bref l'urgence qui pèse sur le créancier pour obtenir gain de cause devant la justice étatique peut se heurter à un ensemble de causes à la fois intrinsèques et extrinsèques qui peuvent aller à l'encontre de ses intentions, ce qui pourrait expliquer très vraisemblablement l'affaiblissement du titre exécutoire, et, ipso facto, sa dépréciation.

134. Force est de souligner que tous ces éléments et ces difficultés du recouvrement forcé n'ont pas freiné la hausse des actions en justice liées à l'impayé, bien au contraire, et le créancier s'efforce toujours par tous moyens et expédients de recouvrer sa créance. Désespérément son recours à la justice constitue une petite espérance dissimulée derrière une profonde lassitude.

[190]- S. MELLOULI, *Voies d'exécution (procédures juridiques de recouvrement de créances*), Contribution à littérature d'entreprise (CLE), 1991.

Cependant, on peut acquiescer au fait que les réformes mises en place par le législateur français ont soutenu l'approche d'une revalorisation du titre exécutoire, ainsi que les moyens nécessaires pour la mise en œuvre des mesures exécutoires[191].

Paragraphe 4 : La mise à l'écart controversée du recouvrement en présence d'une procédure collective

135. La législation relative au traitement des entreprises en difficulté est loin d'avoir comme priorité la protection des créanciers, mais plutôt la préservation de l'entreprise et de l'emploi qui se sont révélées comme étant les préoccupations majeures du législateur et de la réforme mise en place[192]. En effet, plus de quinze années d'application de la fameuse loi ont permis de déceler les lacunes y afférentes et de mettre en évidence le bilan de cette expérience pour pouvoir en tirer des conclusions.

En dépit de l'augmentation constante relative au nombre des affaires faisant l'objet du traitement des entreprises en difficultés[193], la formation et le manque de repères des magistrats spécialisés en la matière continue à poser problème. Les auxiliaires de justice et les mandataires qui s'investissent dans la procédure[194]en souffrent alors que la loi ne requiert parfois aucune exigence de qualification professionnelle ou de formation particulière. C'est le cas notamment des syndics, qui disposent d'un pouvoir important de contrôle, au détriment des créanciers qui sont représentés par des contrôleurs désignés par le juge-commissaire. N'ayant pas d'accès direct à l'information, et ne participant pas à l'élaboration du plan de continuation ou encore de cession, les créanciers ont un rôle subsidiaire dans la gestion et le contrôle de la procédure collective.

Par ailleurs, il convient de mettre la lumière sur l'ensemble de déficiences relatives à la protection du créancier au niveau de la mise en œuvre de la procédure, à savoir son ouverture(1), et son exécution (2), sans pour autant aborder exhaustivement les effets de la procédure.

---

[191]- M.FOULON,« Le juge d'exécution », *in L'entreprise Face à l'impayé*, éd, Montchrestien. 1994, p. 111.

[192]- K.LYAZIDI« Evaluation globale de l'apport du nouveau code de commerce en matière de procédures collectives », *in le nouveau code de commerce* : journée d'étude organisée par le CMEJ, pub. Economiste et FBP, juillet 1996, p.49 et s.

[193]-les affaires enregistrées en 1998 et 2002 à Casablanca s'élèvent à 39 et 492 affaires respectivement, tandis que les affaires jugées sur les mêmes dates s'élèvent à 29 et 503 affaires,. Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006, p.6.

[194]- Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006, p. 5.

A- Les déficiences relatives à l'ouverture de la procédure

136. L'entrée en vigueur de la nouvelle loi relative aux procédures collectives a eu une influence sur le comportement de certains débiteurs, étant donné que celle-ci leur procure au regard de l'article 550 du code de commerce le droit de formuler une requête auprès du président du tribunal de commerce dans laquelle ils exposent la situation financière, économique et sociale de l'entreprise et leur besoin de financement pour bénéficier de l'ouverture d'une procédure collective. Cette mesure a servi pour quelques-uns à mettre la pression sur le créancier, qui sait pertinemment que le débiteur pourra bénéficier de la suspension des poursuites automatiquement prononcées par le jugement d'ouverture de la procédure, _même si cette décision relève du pouvoir du président du tribunal- sur le fondement des pièces produites par le débiteur. Le créancier pense toujours à la véracité des prétentions de son débiteur et peut céder à sa pression pour négocier éventuellement la dette. La mise en place d'une disposition qui vise le non-paiement des dettes exigibles et la suspension des poursuites aux premières phases de la procédure met à la disposition du débiteur un moyen de pression considérable. Les banques au Maroc soutiennent d'ailleurs l'idée que de nombreux débiteurs se servent des avantages de cette disposition pour pouvoir négocier la dette et pour que la banque n'ait pas recours à une procédure exécutoire à leur encontre[195]. Cependant, au fil du temps, et selon l'ancienneté de la réforme, et en l'absence d'une définition légale de la cessation de paiement, les choses semblent être plus précises grâce à la jurisprudence quant aux conditions d'ouverture d'une procédure collective.

Nonobstant, et dans la perspective du recouvrement, les créanciers peuvent se montrer dubitatifs à l'égard de cette disposition et sont en l'occurrence disposés à négocier les échéances de la créance, plutôt que de se retrouver face à une procédure collective de son débiteur.

B- Les déficiences relatives à l'exécution de la procédure

137. Outre les difficultés et insuffisances législatives que peuvent affronter les créanciers lors du règlement amiable[196], les créanciers sont forcés d'accepter des sacrifices au profit du redressement économique et financier de l'entreprise en cas d'ouverture de la procédure de traitement de l'entreprise en difficulté, qui exige que l'entreprise éligible à cette procédure ne soit pas en mesure de payer à l' échéance ses dettes exigibles, y compris celles qui sont nées de ses engagements conclus dans le cadre de l' accord amiable, sans être cependant

[195]- Rapport sur l'observation des Normes et codes. « Insolvabilité et droits des créanciers », rapport établi par la banque mondiale à partir des informations fournies par les autorités Marocaines. Septembre 2006, p.6.

[196]- M.BENTAHAR , « La protection des créanciers dans les procédures collectives : mythes ou réalités ? », in Dix *ans d'application du système des difficultés des entreprises : quel bilan*, Colloque organisé le 9/10 février 2007, *RMDE*, n°53-2008.

dans une situation irrémédiablement compromise[197]. En l'espèce, l'ouverture de cette procédure conditionne la déclaration de la cessation de paiement qui pose des difficultés quant à la détermination de sa date qui peut remonter jusqu'à 18 mois au jugement d'ouverture au regard de l'article 680, et dont l'effet rétroactif pourrait préjudicier gravement les créanciers qui étaient induits en erreur par une image maquillée de l'entreprise, mais ce qui révèle plus de paradoxe entre la vocation du législateur visant à protéger le créancier et la protection effective et réelle de ce dernier , qui nous laisse enclin à songer à une véritable protection du créancier dans ce stade de procédure.

En effet, l'article 686 du code de commerce prévoit que tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, doivent déclarer leurs créances dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bulletin Officiel[198].

138. Confronté à des créanciers dont les créances sont nées postérieurement, et ne sont pas tenu de déclarer leurs créances, mais qui bénéficient à l'évidence au titre de la loi d'un traitement spécial compte tenu de leur volonté de prêter main-forte à l'entreprise en difficulté, les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture subissent à la fois la brièveté des délais légaux mises en place à cet effet, et la sanction qui pourrait découler d'un défaut de déclaration de la créance dans les dits délais, il convient de signaler qu'hormis les créanciers titulaires d' une sûreté ayant fait l' objet d' une publication ou d' un contrat de crédit-bail publié qui sont avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu, les créanciers chirographaires sont contraints d'être informés de l'ouverture de la procédure uniquement par la publication du jugement d'ouverture, face à ce moyen d'information très infaillible, le défaut de déclaration de créances par les créanciers ordinaires engendre inéluctablement l'extinction de la créance, et ne peuvent plus engager une action en justice à l'encontre du débiteur postérieurement à la clôture de la procédure[199], à moins que ceux-ci fassent une action en relevé de forclusion dans un délai d'un an à compter de la date de la décision d' ouverture de la procédure, sous réserve qu'ils établissent que leur défaillance ne soit pas due à leur fait.

Suffisamment de contrariété pour que le créancier soit privé de son droit de déclarer paisiblement sa créance, on se demande par ailleurs comment un juge pourrait préserver ou veiller aux droits d'un créancier qui n'était pas assez protégé par le législateur même.

---

[197]-cette procédure peut être ouverte par demande du chef de l'entreprise lui-même, sur assignation d' un créancier quelle que soit la nature de sa créance, ou par le tribunal qui peut aussi se saisir d' office ou sur requête du ministère public, notamment en cas d' inexécution des engagements financiers conclus dans le cadre de l' accord amiable, conformément à l'article 563 du code de commerce.

[198]-ce délai est prorogé de deux mois au profit des créanciers domiciliés hors le territoire Marocain art. (687 du code de commerce).

[199]-contrairement à la réforme des entreprises en difficultés en France qui ne sanctionne pas aussi sévèrement le défaut de déclaration de la créance C'est sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises, que le principe d'extinction a été supprimé, V. *infra* 250 et s.

En somme, les difficultés de recouvrement d'ordre forcé restent apparentes, ce qui rend le recouvrement forcé encore plus rude, et plus contraignant, il faudrait que toutes ces difficultés soient explorées en profondeur pour redonner confiance au créancier.

Conclusion titre

139. Il en ressort, que le contentieux de l'impayé au Maroc a connu une expansion importante, devant les juridictions civiles et commerciales, qui résulte à l'évidence d'une défaillance partielle du processus de recouvrement. Manifestée par une absence du recouvrement amiable, qui demeure une notion très loin d'être appréhendé, un mécanisme peu reconnu et qui reste encore négligé par le législateur. Tenant compte de l'impact du développement de la voie amiable par des acteurs du recouvrement et par l'intervention du législateur Français, sur le contentieux de l'impayé[200].

En outre, les difficultés en matière de recouvrement forcé, constituent de véritables handicaps face aux créanciers pour recouvrer leurs créances par la voie judiciaire. Des limites, qui sont de nature à compromettre le processus de recouvrement, et à remettre en question l'approche générale de recouvrement au Maroc.

Cette approche générale entreprise par les créanciers, qui s'impose par la force des lois en vigueur, et qui privilégie la voie judiciaire, est une cause principale de l'accroissement du contentieux de l'impayé au Maroc, empiré par un accroissement sans précèdent de l'impayé, particulièrement bancaire. Cet impayé bancaire aurait pu être moins conséquent en présence d'une loi sanctionnatrice des banquiers dispensateurs de crédits irresponsables et démesurés.

140. Aujourd'hui, la révision du processus de recouvrement s'impose plus que jamais, ainsi que la politique d'octroi de crédit, susceptible d'accroitre davantage l'impayé et son contentieux. L'inspiration du législateur Marocain de son homologue Français et de l'expérience Française dans la matière est une ambition légitime, qui n'aura pas uniquement pour finalité de réduire le contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, mais, qui offrira au créancier une véritable approche de recouvrement, qui s'appuie moins sur la justice étatique.

[200]-*infra*313 et s.

Titre 2 : Le basculement du contentieux de l'impayé en France vers d'autres procédures contentieuses

141. La baisse du contentieux de l'impayé ces dernières années est le fait qui marque ce type de contentieux en France, cette baisse si importante ne pouvait pas s'expliquer par des circonstances accidentelles.

L'intérêt économique et social a amené le législateur à intervenir pour mettre en place des dispositifs qui ne se contentent pas seulement de traiter la défaillance du débiteur, mais de voir de plus près les circonstances ayant conduit à sa défaillance.

Des successions des réformes qui ne pouvaient pas être son influence sur le contentieux de l'impayé, particulièrement sur sa baisse. Ces réformes ont entrainé un basculement des affaires liées à l'impayé vers d'autres procédures contentieuses, pouvant expliquer sa baisse.

La dérivation du contentieux de l'impayé, résulte de l'évolution législative du droit du surendettement des particuliers **(Chapitre 1)**. L'élargissement du champ d'application des procédures collectives et leur évolution législative explique également ce basculement **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 : Une dérivation croissante fonction de l'évolution législative du droit du surendettement des particuliers

142. L'approche comparative menée dans cette recherche nous conduit logiquement à mettre la lumière en premier lieu sur les procédures de surendettement en France, compte tenu de l'absence d'une telle mesure dans le droit Marocain. Il convient par ailleurs de signaler que le législateur Maroc a manqué d'inspiration du législateur Français, étant donné qu'il n'a pas n'a pas procédé à l'introduction de ce dispositif dans la loi de protection des consommateurs.

En France, le législateur s'est efforcé depuis la mise en place du premier dispositif relatif au traitement du surendettement des particuliers, de perfectionner l'ensemble du dispositif. L'amélioration de la situation du débiteur au regard de l'évolution des lois sur le surendettement **(Section 1)** apparaissait comme l'un des soucis majeurs du législateur, et qui explique par ailleurs l'explosion en nombre des procédures de traitement du surendettement des particuliers**,** et l'étendue du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures de surendettement **(Section 2)**.

Section 1 : L'amélioration de la situation du débiteur au regard de l'évolution du droit du surendettement

143. La loi sur le surendettement a été mise en place par le législateur afin de répondre à un phénomène durable[201], celui de surendettement des particuliers. La France a été le premier pays Européen à se doter d'une mesure protectrice des surendettés, et le législateur Français a souhaité anticiper un véritable fléau à la fois économique et social. Cela s'est traduit par l'adoption de la loi dite Neiertz de 1989[202] qui fut une réforme majeure visant à prévenir et à régler les difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, en mettant en place des mesures entièrement nouvelles et spécifiques en vue de traiter de manière globale les difficultés que rencontrent les particuliers endettés qui sont dans l'incapacité de faire face au paiement de leurs dettes. Mais la récence de la loi, et l'essor qu'a connu son application ont précocement fait surgir des lacunes procédurales ou institutionnelles ayant conduit le législateur à intervenir à maintes reprises[203], pour y remédier et perfectionner la procédure nouvellement créée.

[201]-C.PIERRE-LUARENT ET F.FERRIERE, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 2ème éd, 2002, p.2.

[202]-l'entrée en vigueur de la loi Neiertz était le 1er Mars 1990.

[203]- la loi de surendettement a fait l'objet de quatre réformes substantielles qui ont vu le jour à travers la loi du 8 février 1995, la loi du 29 juillet 1998, la loi du 1 août 2003 et la dernière date de 2010, ces réformes se joignent à d'autres interventions législatives au nombre de six jusqu'à présent, affectées aux aspects

144. La succession des lois et des réformes a pour but d'endiguer l'insolvabilité croissante des particuliers, qui s'est initialement manifestée sous la forme d'un surendettement actif, puis d'un surendettement passif, quand les particuliers se retrouvent surendettés sans avoir recours de manière excessive aux crédits, mais que leur surendettement résulte de la survenance d'un accident de la vie. Certes, ces réformes ont affiné le fonctionnement de ce dispositif et son efficience, mais ne sont pas parvenues pour autant à éradiquer ce problème, au vu de l'augmentation croissante des demandes de procédures de surendettement et de la banalisation de l'ensemble du dispositif[204] ; de fait, le débiteur revendique désormais davantage le droit de ne pas payer ses dettes ainsi que leur suppression.

A ce propos, il convient de préciser que les interventions législatives et les faveurs jurisprudentielles au profit du débiteur ont concouru à l'assouplissement des conditions d'ouverture des procédures de surendettement (p.1) et de leur mise en œuvre (p.2).

Paragraphe 1 : Les conditions d'admission à la procédure de surendettement

145. Les dispositions relatives aux procédures de surendettement avec leurs différents amendements et modifications sont régies par le code de la consommation. Ce dernier définit, en vertu de l'article 330-1, le surendettement comme étant une situation des personnes physiques caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir :de même pour l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci. Conséquemment, et pour que le dossier de surendettement soit déclaré recevable, trois conditions doivent être réunies et respectées, à savoir, être une personne physique (A), être de bonne foi (B), être dans un état de surendettement (C).

A- Qualité du bénéficiaire

146. La loi en vigueur, réserve le bénéfice des procédures de surendettement à une catégorie bien caractérisée de débiteur, remplissant des conditions d'éligibilité (1) propres aux seules personnes physiques, nonobstant, des personnes restent exclues du champ d'application de la présente loi (2) en raison de leur assujettissement à une autre procédure de règlement de leurs dettes.

---

techniques de la procédure, dont la dernière date du 22 décembre 2010 avec son décret d'application du 28 juin 2011.

[204]- F.FERRIERE ET V. AVENA-ROBARDET, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 4ème éd, 2012, p .20.

1- Eligibilité

147. La réglementation en vigueur n'exige aucune condition de nationalité pour ceux qui revendiquent le bénéfice d'une procédure de surendettement, il suffit d'être résident en France pour pouvoir en bénéficier[205]. Toutefois, les étrangers qui résident en France ne peuvent se prévaloir de la procédure que si leurs dettes non professionnelles ont été contractées auprès de créanciers établis en France[206], il convient de préciser que l'application de la loi s'étend à tout le territoire Français[207].

Quant à la situation juridique des personnes éligibles à la procédure, la loi exclut formellement en vertu de l'article L333-3 du code de la consommation de son champ d'application les débiteurs qui relèvent des procédures instituées par le sixième livre du code de commerce relatif aux difficultés des entreprises. Néanmoins, des professions et quelques cas particuliers font exception et peuvent bénéficier d'une procédure de surendettement.

Tout d'abord, les anciens commerçants, artisans, agriculteurs et membres de professions libérales peuvent demander le bénéfice de la procédure de traitement de surendettement sous réserve que la cessation d'activité remonte à plus d'un an et que l'activité de l'intéressé ne relève pas d'une autre procédure collective, à condition également de ne plus avoir aucune dette d'une activité antérieure. Cependant, la jurisprudence accepte des situations d'endettement dites mixtes du moment que l'endettement professionnel n'apparait pas comme étant déterminant dans la situation de surendettement du débiteur, et que seules les dettes non professionnelles caractérisent la situation de surendettement[208].

Par ailleurs, les auxiliaires commerciaux, ou les professionnels qui n'exercent pas d'activité commerciale pour leur propre compte, tels que les démarcheurs immobiliers, les visiteurs commerciaux, ou encore les agents d'assurances salariés d'une compagnie sont éligibles à la procédure de surendettement dès lors qu'ils n'exercent aucune autre activité professionnelle pour leur propre compte.

Quant à la caution, la loi de 2003 a pu trancher sur la question du débiteur, personne physique dont le surendettement résulte de la réalisation d'un engagement de caution, en admettant l'éligibilité à la procédure de surendettement, la caution ou le codébiteur

[205]-voir la circulaire du 29 août 2011 relative à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers.

[206]- voir la circulaire ministérielle du 12 mars 2004 publiée au JO du 23 mars 2004, p. 5560.

[207]-la loi est applicable en France métropolitaine, départements d'outre-mer, collectivités territoriales de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Mayotte, de Nouvelle Calédonie et Wallis-et-Futuna.

[208]-Cass. Civ. 2ème ch., 29 janvier 2004, n°02-04095, Bull. 2004 II n°36, p.28 ; Cass. Civ, 2ème ch., 22 mars 2006, n° 04-04124, Bull. 2006, II n°88, p.84 ; G. PAISANT, « Les dettes à prendre en compte pour apprécier la situation de l'endettement de l'intéressé », *RTD. Com*., septembre 2006, p.678.

solidaire qui se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement une dette quelle que soit sa nature, notamment celle qui résulte d'un entrepreneur individuel ou d'une société. Toutefois, et comme le prévoit l'article L330-1 du code de la consommation, la caution et le codébiteur ne doivent pas participer à la gérance en droit ou en fait de celle-ci.

148. Quid des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée ? En effet, leur situation a été clarifiée depuis peu par l'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010[209]. Celle-ci permet à l'EIRL de bénéficier d'une procédure de traitement de surendettement au titre de son patrimoine non affecté, uniquement si sa situation découle des dettes non professionnelles, toutefois, l'EIRL doit procéder préalablement au dépôt d'une déclaration de constitution de patrimoine affecté comme le prévoit le code de commerce, et la porter à la connaissance de la commission de surendettement si une procédure collective a été ouverte à sa juridiction et, et ce, que l'ouverture de la procédure soit antérieure ou postérieure au dépôt du dossier de surendettement. Cependant, l'irrespect de cette condition d'information peut entrainer l'irrecevabilité du dossier de surendettement sur le fondement d'une absence de bonne foi, ou la déchéance de la procédure de surendettement[210].

149. En dernier lieu arrive la situation des dirigeants. en effet, les dirigeants d'une société anonyme ou les gérants d'une SARL étaient traditionnellement éligibles à la procédure de traitement du surendettement sous réserve que le surendettement ne résulte pas de leurs dettes professionnelles, c'est-à-dire que leurs dettes aient un caractère personnel, et que ces personnes physiques exerçant une fonction de dirigeant social n'aient pas le statut de commerçant. En outre, aucune procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne doit exister à leur encontre ni qu'une procédure de redressement judiciaire leur ait été étendue[211]. Cette situation a été confortée par la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises en difficulté, et qui ne s'est pas opposée à ce qu'un dirigeant bénéficie d'une procédure de surendettement, même si celui-ci est indéfiniment et solidairement responsable du passif social de l'entreprise. Toutefois, ce dernier ne doit pas avoir le statut de commerçant, ni, comme prévoit l'ordonnance du 18 décembre 2008, « exercer une activité commerciale ». Car, le dirigeant d'une entreprise n'agit pas en son nom personnel, mais agit au nom de l'entreprise qu'il représente. De surcroit, celui-ci ne doit

[209]-cette ordonnance est relative à l'adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. (J O du 10 décembre 2010, p. 21617.

[210]- F.FERRIERE ET V. AVENA-ROBARDET, *Surendettement des particuliers,* Dalloz, 4ème éd, 2012, p.30.

[211]-c'est le cas où l'exclusion du bénéfice des procédures de surendettement pouvait être prononcée à l'encontre des dirigeants d'une entreprise, V. Cass. Civ. 1er e ch, 7 novembre 2000, n°99-04.058, Bull.2000,I n°285, p.184 ; G. PAISANT, « confirmations jurisprudentielles à propos de la demande de traitement de sa situation de surendettement par un dirigeant de société anonyme », *RTD. Com*., mars 2001, p. 253.

pas faire l'objet de certaines sanctions pour pouvoir bénéficier d'une procédure de traitement de surendettement.

2- Les personnes exclues de la procédure

150. Sont évincées de la procédure de traitement de surendettement des particuliers, aux termes de l'article L333-3 du code de la consommation, les personnes susceptibles de bénéficier d'une procédure collective créée par les articles L620-2 relatif à la procédure de sauvegarde, L631-2 relatif au redressement judiciaire et l'article L640-2 relatif à la liquidation judiciaire. Ces personnes sont frappées d'exclusion même si leur demande relève des dettes non professionnelles. Le dossier est alors irrecevable, par définition. Par ailleurs, des personnes morales n'y sont pas éligibles d'emblée, et ce depuis la mise en place de la loi NEIRTZ, d'autres l'étaient traditionnellement jusqu'à l'avènement d'une nouvelle loi ou modification qui les a privés d'en bénéficier. Il convient d'évoquer en l'occurrence des personnes exerçant une profession libérale.

a- Les personnes morales

151. Sont exclues par nature du bénéfice de la loi de traitement du surendettement les personnes morales, quels que soient leur statut, leur forme juridique ou leur éligibilité au régime des procédures collectives, étant donné que cette procédure est réservée exclusivement aux personnes physiques dont le surendettement résulte des dettes non professionnelles. Ces deux procédures ne sont pas cumulatives.

b- Les professionnels libéraux

152. La difficulté reposait principalement sur la nature et le caractère mixte de l'endettement des personnes exerçant une profession libérale. Celles-ci ne relevaient d'aucune procédure spéciale propre à résoudre leurs difficultés financières de nature personnelle eu égard à l'exigence des prescriptions légales délimitant le surendettement qui ne doit pas être lié à une activité professionnelle,− ou encore au traitement des difficultés financières afférentes à l'exercice d'une activité professionnelle. Les professionnels en question ne pouvaient ni prétendre au bénéfice d'une procédure de surendettement des particuliers, ni remplir les conditions d'éligibilité légales des procédures collectives du code de commerce. Il s'agissait donc d'une discrimination injustifiée[212] dont les professionnels libéraux et indépendants souffraient par rapport aux autres acteurs économiques qui peuvent prétendre au droit de bénéficier d'une procédure collective.

[212]- V.VIGNEAU, G-X. BOURIN, ET C.CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, 2ème éd., LexisNexis, 2012, P.32.

Toutefois, la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 réformant les procédures collectives est venue répondre à cette question tant discutée, pour venir soumettre enfin ces personnes au régime des procédures collectives. En effet, les articles L620-2, relatif à la procédure de sauvegarde, L631-2, relatif au redressement judiciaire et l'article L640-2, relatif à la liquidation judiciaire visent dans leur nouvelle rédaction l'applicabilité desdites procédures à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Cette réforme a été appliquée à partir du 1er janvier 2006, mais il importait peu que le professionnel ait cessé son activité antérieurement à la mise en application de la réforme, sous la condition qu'il soit dans un état de cessation de paiement, et qu'une partie de son passif résulte de sa propre activité professionnelle[213].

Par voie de conséquence, ces personnes demeurent exclues légalement des procédures de traitement de surendettement des particuliers, et ne peuvent plus prétendre au bénéfice d'une telle procédure[214].

B- Bonne foi du débiteur

153. La notion de bonne foi en matière de surendettement est bien présente depuis la mise en place de la réforme en 1989. De fait, sa contestation constitue probablement une véritable échappatoire pour le créancier en vue d'éviter les mesures éventuellement arrêtées par le juge ou la commission à l'avantage du débiteur. Par ailleurs, celle-ci est vérifiée dans différentes étapes de la procédure, voire lors des engagements pris par le débiteur qui peuvent être à l'origine de son endettement[215], ce qui prouve son importance dans la procédure de surendettement, et caractérise sa notion assez particulière en la matière (1). A défaut, le dossier du débiteur peut être frappé d'une fin de non-recevoir, ou de la déchéance du bénéfice d'une procédure de surendettement si la mauvaise foi du débiteur a été décelée. Toutefois, la mise œuvre de la bonne foi (2) s'appuie sur le recours à une jurisprudence abondante propre au régime de surendettement.

---

[213]-Cass. Com., 30 septembre 2008, n° 07-15.446, un arrêt de cassation selon lequel un masseur kinésithérapeute exerçant à titre libéral se trouvait exclu des dispositions relatives au traitement de la situation de surendettement prévu par le code de consommation, comme estimait la décision de la cour d'appel qui n'a pas pris en compte la mise en application de la réforme des procédures collectives applicable à compter du 1er janvier 2006, Bulletin 2008, IV, n° 163,

[214]-M-L. BELAVAL et R. SALOMON, *D.,* chronique de jurisprudence de la cour de cassation, novembre 2008, p.2749.

[215]-Cass, Civ. 2ème ch, 11 janvier 2006, n° 04-04.170, Bull. 2006,II, n°9, p.9 ; Y. PICOD et V. VALETTE-ERCOLE, « surendettement des particuliers », *Rép.Dr. Civ. Dalloz,* avril 2004, n°24.

1- La notion de bonne foi en matière de surendettement

154. Certes, la bonne foi ne fait l'objet d'aucune définition légale ou unanimement admise en matière de surendettement, mais celle-ci implique comme en droit commun un ensemble de normes morales et de comportements mesurés selon les règles de bons usages de la vie en société.

L'idée du législateur en mettant en place la condition de bonne foi dans le dispositif de surendettement, reposait sur la volonté de classer les débiteurs souhaitant bénéficier d'une procédure de surendettement. Il s'agissait particulièrement de distinguer entre le débiteur qui s'était engagé outre ses capacités financières de remboursement, appelé débiteur « imprudent » ou « imprévoyant » dans le contexte d'un surendettement actif, digne de bénéficier de la procédure, et le débiteur agissant avec malhonnêteté, s'endettant sciemment ou de plein gré afin de pouvoir lui aussi bénéficier des avantages de la procédure du surendettement, et qui doit par conséquent en être exclu. Cette différenciation tend à stigmatiser un endettement jugé irresponsable manifesté par un recours excessif au crédit toujours dans la perspective de se décharger de ses obligations *in fine* en recourant à une procédure de surendettement.

155. L'analyse de la notion de bonne foi en matière de surendettement nous amène forcément à se référer à la jurisprudence qui lève l'ambiguïté sur celle-ci et précise que « la notion de bonne foi en matière de surendettement implique en réalité que soit recherché chez le surendetté au travers des données de la cause, et cela pendant le processus de formation de la situation de surendettement, l'élément intentionnel ressortissant à la connaissance qu'il ne pouvait manquer d'avoir de ce processus et à sa volonté manifestée, non pas de l'arrêter mais au contraire de l'aggraver, sachant pertinemment qu'à l'évidence il ne pourrait faire face à ses engagements . La recherche de cet élément intentionnel ne peut être ici que globale, la procédure étant collective. Dès lors, le fait qu'à l'occasion de la passation d'un contrat détermine que le futur surendetté ait dissimulé sa véritable situation à l'autre partie, s'il peut avoir certaines conséquences spécifiquement limitées à ce contrat, ne saurait avoir rendu par lui-même d'une manière générale le surendetté de mauvaise foi, dans la mesure ou un tel comportement ne démontre pas nécessairement une volonté suffisamment systématique et irresponsable de profiter et de vivre de crédits »[216].

156. Force est de constater, que la bonne foi, élément incontournable dans le dispositif de surendettement, repose sur la sincérité de la déclaration de surendettement effectuée par le débiteur auprès de la commission de surendettement, étant donné que le mécanisme de déroulement de la procédure est déclaratoire. Cette exigence légale s'étend toutefois à tous les engagements contractés par le débiteur et qui peuvent être à l'origine de son surendettement. Cette condition de bonne foi édictée par l'article 330-1 du code de la

[216]-« Le surendettement », école nationale de la magistrature,. *Éd. lextenso édition*, p 27, CA Paris, 8ème ch. B, 20 septembre 1991, D 1991, IR, p.238.

consommation n'est pas seulement substantielle à l'acquisition du droit à une procédure de surendettement, mais elle se révèle fondamentale à sa conservation lors de la mise en œuvre du processus de surendettement.

Sous le même angle, il faut signaler que le législateur Français ne s'est pas contenté de fixer exclusivement les contours de la bonne foi du débiteur, car la bonne foi du créancier est également en ligne de mire. En effet, la jurisprudence est de plus en plus austère à l'égard de la responsabilité des banquiers dispensateurs de crédits[217]. La législation en vigueur ne cesse de se durcir dans ce contexte, à l'exemple du devoir de mise en garde et de la prise en considération par le banquier de la capacité de remboursement et de ressources de ses clients préalablement à l'octroi de tout crédit, comme le prévoient les articles L311-8 à L311-10-1 du code de la consommation créé par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, et notamment L311-9 du même code[218], qui prévoit : « Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. Le prêteur consulte le fichier prévu à l'article L. 333-4, dans les conditions prévues par l'arrêté mentionné à l'article L. 333-5, sauf dans le cas d'une opération mentionnée au 1 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ».

2- La mise en œuvre de la bonne foi en matière de surendettement

157. Si la bonne foi du débiteur demeure toujours présumée conformément aux dispositions du droit commun et notamment du droit civil, l'examen de celle-ci n'échappe à aucun processus de la procédure. Hormis les cas hypothétiques où le jugement aurait été frappé d'un appel, l'examen de la bonne foi en matière de surendettement est assuré d'emblée par la commission qui statue sur la recevabilité du dossier de surendettement. Cette décision est susceptible de recours devant le juge si le créancier la remet en question ou la conteste. Au demeurant, la bonne foi peut faire l'objet d'un autre examen par le juge lors d'une éventuelle contestation par un intéressé, portant sur les mesures recommandées ou imposées par la commission.

158. La commission peut elle-même procéder à l'examen de la bonne foi du débiteur lorsque celle-ci est saisie par lui lors de l'exécution d'une procédure de traitement pour le bénéfice d'une procédure de rétablissement personnel. Enfin, et lors de l'audience d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, le juge doit examiner encore une fois la bonne foi du débiteur.

Quant au contrôle de cette bonne fois présumée, la commission de surendettement se dote de tous les pouvoirs d'instruction afin de relever d'office l'absence de la bonne foi du

[217]-*supra* 59 et s.

[218]-cet article a été modifié par la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 dans son article 116.

débiteur ou sa mauvaise foi sous figure négative, cependant, cette question devant le juge reste assez controversée et suscite de nombreux problèmes.

159. En effet, les juges de fond disposent du pouvoir souverain d'apprécier les éléments factuels caractérisant la bonne foi du débiteur[219], mais ce pouvoir a été encadré par l'instauration par la cour de cassation des règles méthodologiques permettant au juge de fond de s'y soumettre en vue de relever cette bonne foi.

En premier lieu, la présomption constante des juges de la bonne foi du débiteur s'impose, donc il appartient au créancier qui conteste la bonne foi du débiteur et sa violation de l'article 330-1 fixant les conditions du bénéfice d'une procédure de surendettement et fréquemment rappelé de le prouver. Or, le créancier doit apporter la preuve de la mauvaise foi du débiteur pour la présomption de bonne foi dont il bénéficie, en établissant juridiquement la réalité des faits qu'il invoque, mais cette charge de preuve peut s'avérer délicate, d'autant plus que le juge ne peut en aucune manière se substituer au créancier ou à celui qui conteste la bonne foi du débiteur, et relever d'office la mauvaise foi du débiteur, qui entrainerait la fin de non-réception du dossier de surendettement. Cette solution tire sa justification d'abord de la présomption légale et jurisprudentielle de bonne foi dont jouit le débiteur[220], de plus cette restriction provient du caractère d'ordre public que revêt la législation relative au surendettement en conformité d'un avis rendu par la cour de cassation[221], dans lequel elle déclare que « Les dispositions du titre III du livre III du Code de la consommation, relatives au règlement des situations de surendettement (loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989) relèvent de l'ordre public économique de protection sociale ; que le juge ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du débiteur ».

En l'espèce, le juge, doit s'abstenir de soulever de son propre chef l'irrecevabilité du dossier de surendettement en cas d'absence d'une contestation justifiée du créancier remettant en cause cette bonne foi.

En revanche cette solution a été dérogée par un arrêt de la cour de cassation[222] dans lequel la cour exposait que le juge disposait d'un pouvoir d'appréciation même d'office sur la bonne foi du débiteur en matière de procédure de rétablissement personnel, et ce avant même qu'il se prononce sur l'ouverture de celle-ci. Cette disposition législative trouvait son fondement dans l'article L. 332-6 du code de la consommation modifié par la loi n°2010-

[219]-Cass, Civ. 1ère, 4 avril 1991, n°90-04.042 ; G. PAISANT, « surendettement. Exigence de la bonne foi », *RTD. Com*., septembre 1991, p.446.

[220]-Cass. Civ., 2ème ch, 26 juin 2003, n° 02-04.060, bull., 2003 II, n°214, p.179

[221]-Cass. Avis n°25, 16 décembre 1994, n°90-40.020, bull. civ.1994.

[222]-Cass. Civ. 2ème, 14 décembre 2006, n° 05-04.051. Bull. Civ. 2006, II, n° 355, p. 327; V.VIGNEAU, *D.,* chronique de jurisprudence de la cour de cassation, deuxième chambre civil, mars 2007, p. 896.

1609 du 22 décembre 2010[223], la cour estimant que le texte déroge le principe selon lequel le juge ne pouvait pas relever d'office la mauvaise foi du débiteur.

À ce sujet, cette position prise par la cour de cassation a été consolidée par le législateur à travers la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 sur le développement de la concurrence au service des consommateurs, aux termes de son article L 141-4 introduit dans le code de la consommation, les pouvoirs du juge de relever la mauvaise foi du débiteur, même d'office pour statuer sur la recevabilité de sa demande d'ouverture d'une procédure de surendettement se sont étendus explicitement [224] à toutes les procédures de surendettement. De fait, le débiteur ne se trouvait plus immunisé par la présomption légale de sa bonne foi, il s'agit en effet d'un aménagement législatif qui a modifié sérieusement la conception de l'office du juge en la matière, impactant vraisemblablement le statut privilégié du débiteur au sein de la procédure de surendettement.

160. En deuxième lieu, le caractère personnel de la bonne foi et son appréciation individuelle sur lequel s'appuie le contrôle de la bonne foi par les juges du fond, en d'autres termes, dans le cas d'un couple surendetté, la mauvaise foi de l'un n'entache pas la bonne foi présumée de l'autre et ne doit pas entrainer le rejet de la demande du conjoint. Cette solution a été dégagée par des arrêts importants[225] qui censurent l'irrecevabilité de la demande de surendettement formée par un couple et dont la mauvaise foi n'a été établie que pour l'un des membres du couple, ce qui justifie sans doute le caractère subjectif de la bonne foi du débiteur, étant donné qu'un couple réunit deux personnes juridiquement étrangères l'une de l'autre, et la mauvaise foi de l'une d'elle ne doit pas nécessairement remettre en question la bonne foi de l'autre

En outre, les juges du fond doivent veiller à ce que la temporalité de la mauvaise foi[226] soit respectée, ils doivent en l'occurrence mettre en avant la notion évolutive de la bonne foi. Compte tenu de l'objectif principal recherché par la loi, qui est de protéger les débiteurs malheureux contre l'exclusion sociale, et de mettre en place les moyens et dispositifs nécessaires pour parvenir à ce but, une autorité de chose jugée liée à une décision d'irrecevabilité antérieure sanctionnant la mauvaise foi du débiteur, ne peut point faire obstacle devant une nouvelle demande de celui-ci s'il invoque de nouveaux éléments de

[223]-l'article L 332-6 prévoit : « Lorsque le juge est saisi aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, il convoque le débiteur et les créanciers connus à l'audience. Le juge, après avoir entendu le débiteur s'il se présente et apprécié le caractère irrémédiablement compromis de sa situation ainsi que sa bonne foi, rend un jugement prononçant l'ouverture de la procédure ».

[224]- L'article L.141-4 du code de la consommation énonce que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans tous les litiges nés de son application ».

[225]-Cass. Civ. 1ère ch , 27 février 1997, n° 96-04.028 ; Cass. Civ 2ème ch., 26 juin 2003, n° 02-04.060 (précité).

[226]-V.VIGNEAU, G-X. BOURIN, ET C.CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, 2ème éd., LexisNexis, 2012, p.71.

nature à conduire à une appréciation nouvelle et différente. La fin de non-recevoir ou la déchéance du bénéfice d'une procédure de surendettement n'est jamais irréversible du moment que l'intéressé fait une nouvelle demande contenant de nouveaux éléments qui peuvent rendre la demande recevable, le juge est conduit en l'espèce à réexaminer la nouvelle demande sans pour autant remettre en question une mauvaise foi relevée antérieurement.

Cette solution trouve également ses sources dans la jurisprudence, qui a rendu une myriade de décisions frappant dans ce sens[227] et qui nous confirme la prédominance d'une notion évolutive devant rentrer en ligne de compte pour le contrôle et l'appréciation de la bonne foi du débiteur[228].

161. Enfin, le dernier critère qui doit être pris en compte par les juges est celui du lien de causalité entre la mauvaise foi et la situation du surendettement du débiteur, le juge doit en l'occurrence établir un rapport direct entre les faits qui lui ont permis de relever la mauvaise foi du débiteur et sa situation de surendettement. Une mauvaise foi qui se rattache aux causes génératrices du surendettement, ou aux conditions qui encadrent le dépôt de la demande d'une procédure de surendettement auprès d'une commission départementale. Il s'agit en effet d'une solution rationnelle qui vise à ne pas sanctionner un débiteur par l'irrecevabilité pour des faits sans relation directe avec son surendettement et la prise en compte seulement des faits et actes ayant conduit de manière directe et certaine à son surendettement. Comme par exemple les condamnations pénales qui ne sont pas constitutives de mauvaise foi, comme une décision de la cour de cassation l'affirme[229].

162. Pour conclure, tout semble indiquer que les éléments d'appréciation et de contrôle de la bonne foi du débiteur instaurés par la jurisprudence attestent de l'évolution de la situation du débiteur au sein de la procédure de surendettement. Dans un contexte d'indulgence et de protection des personnes vulnérables, dont la mauvaise foi peut difficilement être caractérisée, même lorsque l'imprévoyance, l'imprudence sont associées à l'irresponsabilité. Le législateur tend à favoriser l'application du dispositif de surendettement.

Outre les deux conditions évoquées précédemment, le débiteur doit justifier qu'il se trouve dans un état de surendettement.

---

[227]-Cass. Civ. 2ème, 10 mars 2005, n° 04-04.012 ; Cass. Civ. 2ème, 6 mai 2004, n° 03-04.073 ; Cass. Civ, 1ère, 5 janvier 2000, n° 98-04.177., Bulletin 2000 I N° 2 p. 1. ; Cass. Civ. 1ère ch, 31 mars 1992, n° 90-04.065, Bull. 1992, I n°106, p.70.

[228]-S.PIEDELIEVRE, « surendettement », *Rép. pr. civ. Dalloz,* mars 2011, n°50 ; G. PAISANT, « A propos des éléments nouveaux légitimant une nouvelle demande de la procédure de traitement de surendettement », *RTD. Com*., mars 2000, p.193

[229]-Cass. Civ, 2ème, 8 juillet 2004, n°03-04.125.

C- Surendettement du débiteur

163. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi, de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir, ou à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, telle est la situation énoncée par l'article L 330-1 du code de la consommation caractérisent l'état de surendettement d'un particulier. Il s'agit d'une exigence légale que seule la commission de surendettement sous le contrôle du juge est tenue d'examiner à partir de tous les éléments d'actif et du passif que leur fournit le débiteur. Il, lui incombe la charge probatoire du surendettement[230], à défaut de quoi la demande de surendettement risque d'être rejetée[231].

164. En ce qui concerne l'actif du débiteur, celui-ci comporte toutes les ressources présentes et éventuellement futures, ayant un caractère régulier ou irrégulier, imposables ou non, même celles ayant un caractère insaisissable[232], y compris les biens patrimoniaux du débiteur qui doivent être pris en ligne de compte pour apprécier véritablement l'état du surendettement, étant précisé toutefois que le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée comme l'indique la nouvelle rédaction de l'article L 330-1 du code de la consommation[233]. Cependant, il convient de souligner que l'absence de ressources dans un dossier de surendettement ne constitue pas un motif d'irrecevabilité de la demande ou de son rejet pour défaut de ressources permettant au débiteur de faire face à ses créances exigibles et à échoir, ce qui s'harmonise fidèlement avec l'approche poursuivie par la loi Neiertz.

Par ailleurs, la commission est compétente pour aller plus loin et procéder à des vérifications sur l'existence d'éventuels biens immobiliers appartenant au débiteur, auprès des autorités compétentes, et notamment pour les dossiers qui s'orientent vers une procédure de rétablissement personnel. Dans ce contexte, l'évaluation du patrimoine est faite par le débiteur lui-même et apportée par lui à la commission, mais la possibilité de charger un expert à cet effet reste envisageable.

165. Pour ce qui est du passif du débiteur, seules les dettes non professionnelles doivent être prises en compte, sans aucune distinction entre les dettes non-insusceptibles de

[230]-Cass. Civ, 2ème ch 21 décembre 2006, n° 06-11.293., bull. 2006 II n°375, p.346.

[231]-Cass. Civ. 2ème ch, 10 mars 2011, n° 10-14.551, la cour avait confirmé la première décision d'irrecevabilité de demande de surendettement étant donné que le débiteur n'a fourni aucun renseignement sur ses ressources de nature à permettre d'apprécier la réalité de sa situation de surendettement.

[232]-comme par exemple le revenu de solidarité active (RSA), appelé anciennement revenu minimum d'insertion (RMI).

[233]-précision formée par la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010.

réaménagement ou d'effacement[234]. Celles-ci peuvent être des créances contractuelles constituées par des crédits bancaires sous leurs différentes formes, et des dettes de la vie courante qui peuvent seules constituer le surendettement du débiteur, telles que les factures d'eau et d'électricité, les primes d'assurances, les loyers. En outre, sont prises en compte dans l'inventaire du passif du débiteur les dettes à caractère alimentaire même si celles-ci ne peuvent pas faire l'objet d'un rééchelonnement ou un effacement, les dettes sociales et fiscales, les dettes pénales, et dans des cas particuliers des dettes professionnelles[235].

166. Subséquemment, et après avoir établi l'inventaire de l'actif et du passif du débiteur séparément ou conjointement avec son conjoint, dépendamment du traitement auquel il aspire bénéficier, la commission procède à la comparaison des dettes et des ressources du débiteur pour relever l'exigence légale énoncée par l'article L 330-1 du code de la consommation, celle de l'impossibilité manifeste du débiteur de faire face à ses engagements, qui permet à la commission de soulever l'absence de la capacité de remboursement vis-à-vis de son passif exigible, ou à échoir, en vue de statuer sur sa situation de surendettement et de se conformer aux exigences de l'article précité, autrement dit, et pour que cette condition soit remplie, le volume des dettes du débiteur doit être supérieur à son actif.

A la faveur des successions de lois de surendettement, et compte tenu du caractère capital et prompt que revêt un dossier de surendettement, le délai d'instruction et d'orientation des dossiers de surendettement s'est écourté, passant à 3 mois à compter de son dépôt, à la place de 6 mois. Deux décisions distinctes doivent être prises par la commission sur la recevabilité et l'orientation du dossier de surendettement, susceptible de recours à l'évidence par les intéressés, entrainant des conséquences sur le dénouement et la mise en œuvre de la procédure.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de la procédure

167. De nos jours, si les conditions d'éligibilité et de bénéfice d'une procédure de surendettement se sont assouplies grâce à la succession de lois relatives au surendettement, et à la jurisprudence qui s'est efforcée depuis la mise en place du dispositif de traduire scrupuleusement l'esprit humaniste du législateur, ce même facteur s'est imposé pour combler les lacunes des lois précédentes dans la perspective d'assouplir constamment et quand le besoin le justifie, les conditions de mise en œuvre de la procédure et de les

[234]-sont exclues de toute remise, rééchelonnement, ou effacement, les dettes alimentaires, les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale, de même pour les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre pénal. Sont exclues aussi de tout effacement les dettes qui résultent de prêts sur gage consenties auprès des caisses de crédit municipal, également les dettes réglées au lieu et au place du débiteur par la caution ou le coobligé personne physique.

[235]- il faut que les dettes non-professionnelles caractérisent elles seules la situation de surendettement, V., Cass. Civ, 2ème ch, 29 janvier 2004, n°02-04.095 ; Cass. Civ, 2ème, 22 mars 2006, n° 04-04124 (précités).

simplifier toujours en faveur d'un débiteur appelé « malheureux ». Cela se fait peut être au détriment du créancier qui subit fatalement les conséquences des interventions législatives à caractère social, et qui est passé par la force des choses et de la loi de l'adversité avec son débiteur pour recouvrer sa créance dans le cadre de procédures forcées, à un compromis forcé et parfois contre son gré.

Ainsi, le créancier peut voir d'emblée la liberté de contrainte qu'il peut exercer à l'encontre du débiteur s'amenuiser ou plutôt s'encadrer, dès lors que la commission déclare recevable le dossier de surendettement. Cette décision entraîne systématiquement la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que la cessation des rémunérations consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires, et ce jusqu'à validation de la décision relative à l'orientation de la procédure et pour une durée maximale d'un an après que de telles mesures ont été prises par le juge d'exécution. Ou encore, dans le cas de la saisine du juge pour une procédure de rétablissement personnel, cela entraine une suspension générale des voies d'exécution, y compris les mesures d'expulsion du débiteur de son logement, et ce jusqu'au jugement d'ouverture, en l'espèce ces mesures ne concernent pas seulement les créanciers concernés comme c'était le cas dans l'ancien régime, mais elles produisent ces effets à l'égard de tous les créanciers qui aspirent à une exécution forcée pour recouvrer leurs créances.

168. Il s'agit évidemment d'un nouvel avantage de la procédure de surendettement introduit par la réforme de 2010 au sens de la nouvelle rédaction de l'article L331-3-1, renforcé encore par un article plus récent, R331-10-1 inséré par le décret du 28 juin 2011 dans le code de la consommation en vertu duquel le recours formé contre la décision de recevabilité par un créancier ne suspend pas les effets de l'article L331-3-1 soulignés ci-haut, même si le créancier peut engager une action en justice contre son débiteur, mais seulement pour la délivrance d'un titre exécutoire[236].

Il convient d'indiquer que la commission peut saisir le juge d'instance[237] sur demande du débiteur ou en cas d'urgence avant même la décision de recevabilité à dessein du bénéfice des mesures suspensives d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur et en faveur de celui-ci.

En revanche, de telles mesures de suspension et d'interdiction doivent empêcher le débiteur de réaliser tout acte de nature à aggraver son insolvabilité, de payer tout ou partie, d'une créance autre qu'alimentaire, née antérieurement aux mesures d'interdiction et de suspension, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées

[236]-Cass. Civ, 1ère ch, 5 décembre 2000, n° 98-20.656 ; Cass. Civ, 1ère, 7 janvier 1997, n°94-20.350, Bull. 1997 I, n°10, p.6

[237]-l'ordonnance n°2006-461 du 21 avril 2006 attribuait la compétence des mesures du surendettement et de la procédure de rétablissement personnel au juge de l'exécution, désormais et avec l'entrée en vigueur de la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, le juge du tribunal d'instance connait des mesures de traitement des situations de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel.

antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine, ces mesures emportent également interdiction de prendre toute garantie ou sûreté, comme le prévoit l'article L331-3-1.

Telles sont les conséquences systématiques de la recevabilité de la demande d'une procédure de surendettement dans sa nouvelle version. Cette recevabilité engendre une interdiction à l'égard des créanciers qui ne peuvent plus revendiquer le paiement de leurs créances, avec une orientation du dossier de surendettement qui constitue les prémisses d'engagement et de sacrifices requis du créancier, soit dans le cadre d'une procédure classique de surendettement (A), soit en procédure de rétablissement personnel (B).

A- Les mesures relatives à la procédure classique de surendettement

169. Les mesures entreprises en matière de procédure classique étaient destinées aux situations de surendettement simple, ou aggravé, dont l'insolvabilité du débiteur supposait un effacement partiel des dettes, cette notion s'est étendue à la situation irrémédiablement compromise du débiteur, nécessitant la recommandation d'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Désormais, la voie classique englobe une panoplie de mesures applicables dès lors que la situation du débiteur est susceptible d'être redressée, soit par la voie d'un plan conventionnel (1), soit par le moyen de mesures recommandées ou imposées(2).

1- Le plan conventionnel

170. C'est la phase de procédure où le pouvoir de contrainte du créancier est le moins encadré, en effet, après l'établissement du passif du débiteur et son arrêté définitif, vérification de la validité des créances, la commission oriente le dossier vers un plan conventionnel si elle estime que la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise. C'est une étape importante au sein de la procédure où la commission joue un rôle prépondérant (a), et qui produit des effets à l'égard des deux parties (b).

a- Le rôle déterminant de la commission dans l'élaboration du plan

171. Au cours des années et de la succession des réformes en la matière, la commission de surendettement s'est vue doter d'une grande liberté pour chercher la solution la plus adéquate aux difficultés financières du débiteur, une liberté qui consiste à négocier avec les principaux créanciers à cette fin.

En pratique, la commission entame sa mission après détermination de la capacité de remboursement du débiteur correspondant à une partie de ses ressources et déduite postérieurement à la fixation du reste à vivre du débiteur. A cet égard, le législateur était

intervenu pour la détermination d'une règle commune dans le calcul du reste à vivre[238] pour restreindre cette faculté qui était réservée auparavant aux commissions de surendettement qui avaient des pratiques différentes d'une région à une autre, après avis d'un conseil en économie sociale et familiale.

Quant aux modalités de calcul, la commission doit prendre en compte le montant des dépenses de logement, y compris les charges y afférentes[239]. En outre, les frais de nourriture et de scolarité, ainsi que les frais de garde, de déplacements professionnels, de santé, et les pensions alimentaires, sont pris en considération, soit les charges indispensables à la vie courante, estimées par la commission soit à hauteur de leur montant réel en se fondant sur des éléments fournis par le débiteur, soit sur la base d'un barème établi par le règlement interne de chaque commission qui prend en considération plusieurs paramètres. Dans ce cadre, la commission procède en prenant en compte les revenus de toute nature du débiteur, diminués de toutes les charges courantes d'un débiteur vivant seul, auxquelles s'ajoute un montant forfaitaire s'il vit en couple, majoré également en fonction du nombre des enfants à charge[240] pour déterminer sa capacité de remboursement. Cependant, les dépenses courantes du débiteur ne doivent pas être inférieures au revenu de solidarité active (RSA).

Sur cette base, la commission fixe la capacité de remboursement, et fonde également sur elle l'élaboration du plan qui ne peut excéder dans son exécution 8 ans, contre 10 ans dans le régime antérieur, et en comptant aussi sur les sacrifices consentis par les créanciers sur proposition de la commission qui peuvent aller jusqu'à proposer de réduire ou supprimer les intérêts, rééchelonner et offrir des délais de paiement, ou encore accorder des remises de dettes.

En revanche, le débiteur doit se montrer exemplaire et s'abstenir d'accomplir tout acte qui pourrait aggraver son insolvabilité, et accomplir tout acte de nature à garantir ou à faciliter le paiement de la dette. Le plan peut prévoir le cas échéant la mise en vente des biens subsidiaires en disposition de ce dernier, tels que résidence secondaire, véhicules non indispensables à l'exercice d'une activité professionnelle.

Au demeurant, la commission n'est aucunement tenue d'assurer le principe de traitement égalitaire entre les créanciers[241], le redressement de la situation du débiteur prédomine[242],

[238]-le montant de remboursement résultant de l'application des procédures classiques de surendettement est fixé, dans les conditions fixées par décret, conformément à l'article L 331-2 du code de la consommation.

[239]-l'électricité, le gaz, l'eau, le chauffage.

[240]-par exemple, les commissions de la région Limousin ont fixé le « forfait charges courantes » à 680 euros pour un débiteur seul, auxquels s'ajoute 210 s'il vit en couple, majoré de 210 euros par enfant à charge jusqu'à 15 ans et de 240 euros par enfant de plus de 15 ans. Voir « Le surendettement », *ENM*., Éd. lextenso édition, p. 27, CA Paris, 8ème ch. B, 20 septembre 1991, D 1991, IR, p.73.

[241]- Y. PICOD et V. VALETTE-ERCOLE, « surendettement des particuliers », *Rép.Dr. Civ. Dalloz,* avril 2008, n°68.

avec la mise en place de perspectives sérieuses en vue d'améliorer la situation économique du débiteur.

172. En ce qui concerne l'approche suivie pour la négociation de la commission entre les parties, la loi ne prévoit aucun texte, chaque commission met en pratique des méthodes différentes, celles-ci y procèdent oralement ou par écrit, elles ne sont tenues par ailleurs de respecter aucun délai dans le processus de négociation et de conciliation sous réserve de respecter la transparence absolue et tenir informés les créanciers de la situation exacte du débiteur. Dans l'ancien régime, au contraire, la commission disposait de deux mois à compter de sa saisine par le débiteur pour parvenir à un compromis entre les parties, ce qui était extrêmement court pour que commission mette en place un plan de redressement profitable à toutes les parties.

173. Enfin, si les créanciers et le débiteur acceptent les termes du plan conventionnel établi par la commission, les parties doivent le dater et le signer, le plan devient définitif à la signature du président de la commission qui lui donne sa force exécutoire, il entre en application à la date fixée par la commission, ou au plus tard le dernier jour du mois suivant la date du courrier par lequel la commission informe les parties de l'approbation de ce plan conformément aux dispositions réglementaires de la procédure (article R 334-2 du code de la consommation), dès lors il commence à produire des effets à l'égard des parties signataires.

Force est de constater que la commission continue à jouer un rôle déterminant dans la procédure de surendettement et constitue la pierre angulaire de la phase de négociation et de conciliation entre les parties en vue d'élaborer un plan conventionnel.

b- Les effets du plan à l'égard des protagonistes du plan conventionnel

- A l'égard du débiteur

174. Le plan conventionnel emporte inéluctablement l'inscription du débiteur sur le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers, une mesure préventive qui sert essentiellement aux établissements financiers et de crédit comme référence d'appréciation sur la solvabilité des particuliers qui souhaitent souscrire un crédit, leur permettant de bien gérer les critères d'octroi des crédits et la gestion des risques crédit souscrits par leurs clients. La durée de cette inscription est celle de l'exécution du plan, sous réserve de ne pas dépasser la limite légale du plan fixée à 8 ans.

En effet le débiteur pendant la durée d'exécution du plan, doit respecter minutieusement l'ensemble des engagements pris vis-à-vis de ses créanciers, et continuer à prouver sa bonne

---

[242]-Cass. Civ. 1ère, 8 mars 2007, n° 06-10.836, Bull. 2007, II, n°62,

foi tout au long de l'exécution du plan, or tout acte ou paiement qui pourrait violer les dispositions relatives au plan conventionnel ou son application peut être remis en cause par la commission qui saisit le juge d'instance dans un délai d'un an à compter de la réalisation de l'acte ou du paiement en vue de l'annulation de l'acte suspect. Il s'agit d'une véritable protection des intérêts des créanciers ayant consenti des sacrifices, qui peuvent voir comment le plan peut être frappé de caducité de plein droit 15 jours seulement après la mise en demeure d'un seul créancier adressée au débiteur d'avoir à exécuter ses obligations si elle est restée infructueuse. La caducité est alors générale et frappe tout le plan, les créanciers retrouvent en l'occurrence le droit de mener des poursuites individuelles sans avoir à saisir préalablement le juge[243]. Cela dit, cette caducité ne s'opposera pas à une révision du plan par la commission ou encore à une nouvelle procédure de surendettement si le débiteur arrive à prouver son impossibilité de respecter les engagements initiaux, confirmant ainsi la nécessité qu'à le débiteur de bénéficier d'un nouveau plan[244] qui tient compte de la survenance de nouveaux éléments établis par de celui-ci pour réexaminer son dossier.

175. Dans le même ordre d'idée, le débiteur risque, au cours de l'exécution du plan conventionnel une déchéance des mesures négociées à son avantage, lorsque celui-ci a aggravé son endettement ou a accompli des actes de disposition de son patrimoine pendant l'exécution du plan, sans pour autant que ces actes soient annulés. Le plan conventionnel n'a alors plus d'effet et les créanciers peuvent reprendre leurs poursuites individuelles ; dans le cadre du plan conventionnel, la déchéance est prononcée par la commission, la décision doit être motivée et notifiée, celle-ci est susceptible de recours porté devant le juge d'instance.

Néanmoins, cette déchéance ne fait pas obstacle à ce que le débiteur sollicite de nouveau l'application des procédures de surendettement à son profit, s'il arrive à établir l'apparition de nouveaux éléments, cela lui permettra de suspendre et interdire de nouveau les mesures d'exécution forcée reprises éventuellement par les créanciers postérieurement à sa déchéance. Un nouveau soutien inconditionnel du législateur qui continue dans cette dynamique qui favorise le débiteur malheureux et permet à ce dernier de contrer son exclusion, même s'il arrive parfois que celui-ci se montre malhonnête.

- A l'égard des créanciers

176. L'acceptation par les créanciers d'un plan conventionnel élaboré par la commission de surendettement exprime les sacrifices que consentent ceux-ci vis-à-vis du débiteur, quand ils savent pertinemment que l'adhésion au plan conventionnel qui s'établit au profit du débiteur emporte un abandon explicite de toute mesure forcée de nature à contraindre le

[243]-Cass. Civ, 2ème, 7 juillet 2005, n°03-17.535, Bull. 2005, II n°187, p.165.

[244]- F.FERRIERE ET V. AVENA-ROBARDET, *Surendettement des particuliers*, Dalloz, 4ème éd, 2012, p.200.

débiteur à s'exécuter auprès d'eux, c'est d'ailleurs l'esprit du dispositif et son efficience. C'est sur ce principe qu'on se permet de se prononcer également et de réaffirmer la dérivation du contentieux de l'impayé vers les procédures de surendettement et sa diminution devant les juridictions, notamment civiles. A cet égard, le créancier ne peut aucunement rétracter sa volonté d'aider le débiteur et répondre à l'approche curative du législateur en vue de redresser une situation financière remédiable.

Nonobstant, le créancier peut se contenter seulement d'actionner son débiteur pour obtenir un titre exécutoire[245] sans pour autant se prévaloir de son droit d'exécution qu'offre naturellement le titre, et cela pendant que le débiteur respecte les termes convenus dans le plan et leurs exécutions. Et ce principe peut connaitre une limite seulement si le débiteur cesse d'honorer les engagements pris aux termes du plan conventionnel, ce qui entraine la caducité systématique du plan.

177. En contrepartie du sacrifice des créanciers, la loi leur permet de se prévaloir d'un nouveau point de départ du délai de forclusion, sous condition que le plan de redressement comprenne des mesures de réaménagement ou de rééchelonnement des échéances impayées, comme prévoit le nouvel article L 311-52 du code de la consommation[246], en l'occurrence le délai de forclusion demeure interrompu pendant la mise en exécution du plan conventionnel, ce délai de forclusion commence à courir de nouveau à la survenance du premier incident non régularisé intervenu postérieurement au premier aménagement ou rééchelonnement conclu dans le cadre du plan.

Par ailleurs, on tient à rappeler que l'inexécution du plan conventionnel entraine de plein droit une caducité générale dudit plan. De même, dans l'hypothèse d'un éventuel échec de la phase de négociation, le débiteur en est informé par la commission par lettre recommandée avec accusé de réception, en l'espèce, le débiteur dispose d'un délai de 15 jours à compter de sa notification pour saisir la commission en vue de mettre en œuvre les mesures recommandées, ou d'imposer des mesures prévues par le code de la consommation.

2- Les mesures recommandées et imposées

178. L'encombrement des tribunaux par des dossiers de surendettement a incité sans nul doute le législateur Français à étendre la mission et les prérogatives de la commission de surendettement. Certes la poursuite de sa mission n'est pas automatique, mais elle répond à

[245]-Cass. Civ, 1ère , 5 décembre 2000, n° 98-20.656 ; Cass. Civ, 1ère, 7 janvier 1997, n°94-20.350 (précités).

[246]- l'article L 311-52 prévoit : « Lorsque les modalités de règlement des échéances impayées ont fait l'objet d'un réaménagement ou d'un rééchelonnement, le point de départ du délai de forclusion est le premier incident non régularisé intervenu après le premier aménagement ou rééchelonnement conclu entre les intéressés ou après adoption du plan conventionnel de redressement… ».

la volonté formulée par le débiteur, en effet le législateur s'est contenté seulement de mettre en place une autorité de contrôle qui appartient au juge dans le cadre des mesures recommandées par la commission, des mesures qui se sont vues élargies au profit du débiteur (a), celle-ci peut imposer désormais des mesures sans qu'elles soient homologuées par le juge (b), pareillement au plan conventionnel, ces mesures ne peuvent pas dépasser 8 ans, sauf si les mesures reposent sur le remboursement d'un prêt immobilier affecté à la résidence principale du débiteur et que ces mesures lui permettent d'en éviter la cession.

a- Les mesures recommandées

179. Après le constat de non conciliation ou non-accord adressé par la commission au débiteur, la saisine de celui-ci à la commission pour rallonger sa mission devient un sort inéluctable, et le débiteur bénéficie comme après la recevabilité de son dossier de surendettement de la suspension et de l'interruption des procédures d'exécution diligentées à son encontre, et ce jusqu'à homologation des mesures recommandées par le juge d'instance qui confère la force exécutoire à ces mesures, cette saisine emporte de même une interruption de la prescription et les délais pour agir[247].

En effet, après sa saisine, la commission dispose d'un délai de 2 mois pour statuer sur les mesures qu'elle entend recommander, préalablement la commission doit mettre les parties en mesure de fournir leurs observations, contrairement au régime précèdent qui ne prévoyait aucun formalisme particulier, et les commissions y procédaient seulement par l'envoi d'une lettre simple.

Subséquemment, la commission doit notifier aux parties par une LRAR les mesures qu'elle entend recommander, par proposition spéciale et motivée, indiquant les éléments factuels qui l'ont conduite aux choix des mesures recommandées, et qui doivent respecter absolument le minimum vital ou le reste à vivre du débiteur, tandis que la durée des mesures ne doit pas excéder 8 ans, sauf pour l'exception précitée, pour enfin pouvoir transmettre au juge du tribunal d'instance ces mesures en vue d'être homologuées.

180. Cependant, ces mesures sont susceptibles de contestation devant le juge quinze jours après leur notification, en l'occurrence, le juge procède à une vérification des mesures recommandées par la commission et leur conformité avec les dispositions en vigueur, il s'assure également du bien-fondé desdites mesures, ainsi que du respect des règles procédurales d'ordre réglementaire édictées par les articles R.334-4, 334-5, 334-6, et 334-7, toutefois, le juge ne dispose pas en la matière d'un pouvoir lui permettant de procéder d'office à toutes investigations utiles, pour entendre sans formalités les personnes qui

[247]- G. REBECQ et D.TATOUEIX, « la prescription des titres exécutoires en matière judiciaire », *Dr. et procédures*, juillet 2010, p.201 et s.

peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision[248], il ne peut pas non plus modifier ou compléter les mesures recommandées, et se contente seulement de rendre une ordonnance de rejet et renvoie le dossier devant la commission. A ce sujet, ces restrictions à l'égard du pouvoir du juge peuvent être qualifiées d'inconcevables eu égard à l'ampleur des mesures qui peuvent être prises par la commission.

En revanche, si le juge procède à l'homologation, les parties peuvent formuler une contestation devant le greffe du juge, en l'espèce les parties sont convoquées à une audience pour présenter leurs observations, et le juge peut dans cette hypothèse vérifier la validité des créances, les titres qui les constatent, et s'assurer de l'existence d'un état de surendettement du débiteur et de sa bonne foi, et lui appartient ensuite d'arrêter les mesures qui lui semble idoines pour garantir le redressement de la situation du débiteur.

181. Quant aux mesures que la commission peut recommander, celle-ci peut envisager une réduction du montant de la fraction des prêts immobiliers restant due, qui consiste à réduire la dette du débiteur postérieurement à la vente de son logement, et elle s'applique aussi bien aux ventes forcées qu'aux ventes amiables, sous réserve que la vente amiable soit un moyen pour éviter la saisie immobilière et les pertes afférentes. Elle doit être convenue en commun accord entre le débiteur et le créancier, qui obtient exclusivement le bénéfice d'une inscription sur l'immeuble compte tenu de son statut d'établissement de crédit.

De surcroit, la commission peut recommander, conformément à l'article L.331-7-1, des mesures d'effacement partiel des créances combinées avec des mesures de rééchelonnement. cette mesure doit être motivée par la commission et celle-ci doit justifier l'insolvabilité du débiteur caractérisée par une absence de ressources ou de biens saisissables qui permettent au débiteur d'apurer tout ou partie de ses dettes.

En effet, la commission peut procéder dans ses recommandations, à un effacement partiel ou intégral de certaines dettes, et au maintien partiel ou total d'autres, ainsi qu'à la réduction du taux d'intérêt pouvant aller jusqu'à sa suppression totale si la situation du débiteur le justifie, en résumé, dans l'absence d'une définition légale de l'effacement partiel des dettes. C'est la commission qui doit justifier ses mesures prises dépendamment de la situation du débiteur, et il appartient au pouvoir appréciatif du juge de voir si véritablement la situation du débiteur justifie les mesures d'effacement prises par la commission, pour homologuer ladite mesure. Rappelons que les dettes dont le prix a été payé au lieu et à la place du débiteur par la caution ou le coobligé personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'un effacement à moins que cette personne donne son accord. Cette exception relative à l'accord de la caution et du coobligé n'est pas applicable pour les dettes issues de prêts sur gage, les dettes alimentaires, ou encore les amendes et les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre des condamnations pénales.

[248]-c'est un pouvoir qui lui est conféré par l'article 27 du code de procédure civile

182. Enfin, si la commission constate que le débiteur ne possède que des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale, elle peut recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire aux termes de l'article L330-1.

b- Les mesures imposées

183. Comme en matière de mesures recommandées, les mesures imposées répondent aux mêmes conditions d'ouverture et d'instruction, c'est ainsi que le débiteur dispose d'un délai de 15 jours dès la réception de la notification d'échec de négociation pour demander à la commission d'imposer des mesures aux termes de l'article L331-7, celle-ci dispose d'un délai de 2 mois pour statuer sur les mesures qu'elle entend imposer, après que les parties fournissent leurs observations.

En effet, la commission dispose d'un éventail plus large de mesures que celui qu'elle peut recommander, et ces mesures sont applicables à toutes les dettes déclarées dans la procédure sauf pour les restrictions légales[249]. Elles s'imposent après 15 jours aux parties en l'absence d'une contestation formulée par celles-ci, sauf pour les créanciers qui n'ont pas été signalés par le débiteur et qui n'ont pas été avisés par la commission.

Relativement aux effets de cette saisine, elle emporte les mêmes effets interruptifs et suspensifs des procédures d'exécution pendant toute la durée ou la commission est tenue de se prononcer, jusqu'à la décision imposant des mesures aux parties.

Par ailleurs, ces mesures sont imposées par la commission en fonction de la gravité de la situation ; conscient du souci d'efficacité et de célérité des dossiers de surendettement, le législateur a tenté chaque fois à travers les réformes mises en place d'élargir les prérogatives de la commission et de lui conférer les pouvoirs les plus étendus.

184. Ainsi, le débiteur qui a saisi une commission après l'échec des négociations menées par celle-ci afin d'imposer des mesures pourrait bénéficier d'un rééchelonnement et des délais de paiement, une mesure quasi-identique aux délais de grâce octroyés par le juge, pour ce faire, les commissions proposent généralement de différer le paiement d'une partie des dettes à condition que les délais de report ou de rééchelonnement ne dépassent pas 8

[249]-ces mesures ne peuvent pas porter sur les dettes alimentaires, sur les amendes pénales ou les réparations pécuniaires allouées aux victimes d'*infra*ctions pénales, elles ne peuvent faire l'objet d'aucune remise, rééchelonnement ou effacement, et contrairement aux mesures imposées, les dettes dont le prix a été payé par la caution ou le coobligé personnes physiques ou morales à la place du débiteur peuvent être rééchelonnées.

ans, ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours[250], cette mesure pourrait toutefois excéder 8 ans lorsqu'elle concerne le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur et pour laquelle les mesures de la commission permettent d'éviter la cession du bien.

La commission peut également imposer une imputation de paiement sur le capital, une mesure qui constitue un avantage considérable au profit du débiteur qui lui permet de réduire le capital générateur d'impayé, en revanche, cette mesure ne peut pas être conjuguée à la diminution du taux d'intérêt que la commission peut aussi imposer, cette mesure ne consiste pas à supprimer le taux d'intérêt, mais les sommes afférentes aux échéances reportées ou rééchelonnées bénéficieront d'un taux d'intérêt réduit, et généralement inférieur au taux légal, cette réduction peut notamment porter sur les clauses pénales[251].

185. Enfin, la commission peut dans ses mesures imposer jusqu'à la suspension de l'exigibilité de la dette pour une durée qui ne peut excéder deux ans, et non susceptible de prorogation, cette mesure entraine par voie de conséquence la suspension automatique du paiement des intérêts, sauf si la commission ne décide pas ainsi, cependant, le capital continue à produire des intérêts sans que le taux soit supérieur au taux légal, mais les créanciers ne peuvent aucunement poursuivre le recouvrement de leurs créances pendent la durée d'exécution de toutes les mesures imposées.

Il convient de souligner par ailleurs, que la commission peut procéder à une combinaison entre les mesures recommandées et imposées, mais les mesures recommandées demeurent tributaires de l'homologation du juge.

B- La procédure de rétablissement personnel

186. Dès lors qu'un traitement classique de surendettement s'avère impossible, et que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, la commission peut décider, dans le cadre de ces mesures recommandées, d'orienter le dossier vers une procédure de rétablissement personnel, sans liquidation judiciaire, ou saisir le juge d'instance avec l'accord préalable du débiteur pour rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

[250]-exemple : un crédit qui a été souscrit pour une durée de 20 ans le premier janvier 2012, le prêt arrivera à terme le premier janvier 2032, si la commission se prononce le premier janvier 2022 alors qu'il reste un délai de 10ans à courir, le paiement de ce prêt se réaménage de la manière suivante : 10 ans (reste à payer) + 8 ans qui correspondent à la durée des mesures= 18 ans, donc le paiement se rééchelonnera jusqu'à 2040. Ou 8 ans de la durée maximum de réaménagement ou de report+ la moitié de la durée de prêt restant à courir, soit 5 ans. C'est-à- dire en 2035.

[251]-Cass. Civ, 1ère, 14 novembre 1995, n° 94-04.008, Bull. 1995, I n° 412 p. 287.

Il s'agit d'une procédure qui s'inspire largement des mécanismes et modalités des procédures collectives, dans laquelle le juge joue un rôle déterminant, et notamment dans le cadre d'une procédure de rétablissement avec liquidation judiciaire.

En effet, et après sa saisine par la commission aux fins de l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel, ou après une contestation portant sur l'orientation du dossier par la commission, elle convoque le débiteur et les créanciers, pour déterminer et apprécier le caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur pour prononcer l'ouverture de la procédure, en optant sur une procédure simplifiée, s'il s'avère lors de l'audience d'ouverture que l'actif du débiteur est constitué de biens dépourvus de toute valeur marchande ou composé uniquement de biens nécessaires à la vie courante et à l'exercice de l'activité professionnelle, dès lors le juge a la possibilité d'ouvrir et clôturer la procédure de rétablissement personnel par le même jugement. Ou alors, le juge opte pour une procédure ordinaire dans laquelle il désigne généralement un mandataire judiciaire chargé du redressement et de la liquidation judiciaire, et prononce le jugement d'ouverture qui entraine la suspension des procédures d'exécution et des mesures d'expulsion diligentées à l'encontre du débiteur qui se poursuit jusqu'à clôture du rétablissement personnel, et une interdiction pour le débiteur d'aliéner ses biens et de s'acquitter des créances antérieures.

En l'occurrence, le jugement d'ouverture implique une déclaration de créances par LRAR adressée au mandataire, ou au juge dans les deux mois qui suivent à compter de la publication de la décision au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, qui comporte, outre le montant principal, les intérêts, frais de la créance au jour de sa déchéance, l'origine de la créance, les privilèges et sûretés. Elle doit également mentionner les voies d'exécution déjà engagées.

187. Malheureusement, et comme dans l'ancien régime des procédures collectives, les créanciers qui omettront de déclarer leurs créances dans le délai imparti, sauf s'il obtiennent un relevé de forclusion six mois après la publication du jugement d'ouverture − peuvent voir leurs créances éteintes, et ne peuvent aucunement poursuivre le débiteur après la clôture de la procédure afin de recouvrer leurs créances, même si le débiteur revient à une meilleure fortune, ce qui traduit la course et le combat interminable du créancier dans son processus de recouvrement aussi long que lassant.

Par la suite, le juge désigne un liquidateur lors de l'audience s'il constate un actif réalisable, et prononce la liquidation, une décision qui entraine de plein droit le dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens, de même pour ses droits et actions sur son patrimoine personnel qui sont exercés par le liquidateur pendant toute la durée de la liquidation, le liquidateur dispose toutefois d'un délai d'un an pour procéder à la vente amiable avec autorisation du juge, ou à une vente forcé des biens du débiteur.

En revanche, et en l'absence de biens réalisables, ou en cas d'insuffisance d'actif, le juge prononce la clôture de la procédure, qui est également le sort de la liquidation après extinction du passif, et cette clôture entraine l'effacement : « … de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. La clôture entraîne aussi l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société. »[252]Ainsi, les dettes effacées en vertu de cet article sont réputées régularisées, et le greffe peut en attester en produisant une attestation[253].

En outre, le juge peut inviter en l'espèce le débiteur à demander une mesure d'aide à caractère social, notamment une mesure d'accompagnement social personnalisée, afin d'éviter une nouvelle situation de surendettement.

188. Force est de constater que l'acquiescement à l'assouplissement des conditions d'ouverture et de mise en œuvre d'une procédure de redressement est une apodicticité[254], autant d'éléments qui laissent penser que la tendance générale du contentieux de l'impayé a basculé vers de nouvelles procédures de surendettement, plus souples, plus accessibles, et qui tolèrent progressivement le surendettement du débiteur et son droit de non-exécution de ses obligations contractuelles. Le débiteur peut prendre désormais l'initiative, et saisir une commission de surendettement avant même que son créancier ait eu recours à la voie judiciaire pour entreprendre une mesure exécutoire à son encontre, et le créancier, après qu'il passait par la voie amiable pour recouvrer sa créance avant de recourir à la justice, peut continuer la recherche d'un compromis dans un cadre administratif ou judiciaire, à savoir les procédures de surendettement.

[252]-article L332-9 du code de la consommation.

[253]-article R 334-76 du code de la consommation.

[254]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p110 et s. ; cet assouplissement se constate également sur le plan statistique, en 1990, 90.174 dossiers ont été déposés, dont 64320 étaient recevables, soit une moyenne de recevabilité de 71,34%, tandis que la moyenne de recevabilité a atteint en 2011, 87,27 %, avec 202.900 dossiers recevables sur 232.493 dossiers déposés. Bilan national de l'activité des commissions de surendettement (par année civile)., statistiques de la Banque de France, disponibles sur :
http://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/statistiques-surendettement.pdf

Section 2 : l'étendue du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures de surendettement

189. L'explosion des procédures de surendettement n'est évidemment pas sans incidence. Tout d'abord, il semble opportun de préciser que le principe de la force obligatoire du contrat est de plus en plus soumis aux transformations du fait des entraves économiques et sociales, et la force obligatoire du contrat qui constitue l'un des piliers du droit civil se conçoit mal avec les nouvelles exigences et mutations, notamment législatives, car on ne peut point nier l'influence et l'évolution des législations à caractère social sur le droit des obligations, et sur l'exécution elle-même. Cela étant, le phénomène étudié n'est pas épargné des conséquences de ces législations, particulièrement celles des procédures de surendettement, d'ailleurs, c'est là où résident les facteurs déterminants de ce renversement de tendance, et sa corrélation avec la baisse du contentieux de l'impayé demeure une thèse plausible.

En effet, l'instauration de procédures visant à traiter le surendettement des particuliers a établi de nouveaux rapports de force entre le créancier et le débiteur. Le recouvrement de créance ne se restreint plus uniquement aux actions menées par le créancier et visant à l'obtention d'un titre exécutoire pour le contraindre de s'acquitter, mais le débiteur avec ses deux figures, celle d'une personne de mauvaise foi ou d'un débiteur malheureux, ne peut plus se contenter d'attendre la décision de la justice qui peut statuer sur le droit et le fait, sans tenir compte des impératifs économiques et sociaux auxquels il pourrait être confronté, ou attendre des mesures de grâce parfois qualifiées de dérisoires devant le dispositif de règlement des situations de surendettement. Mais son action peut intervenir avant même celle du créancier, dans la perspective de chercher une solution adaptée à ses difficultés ponctuelles ou durables, mais insurmontables, ou dont l'exécution ne peut plus se conformer aux engagements pris par lui initialement envers ses créanciers, et qui conduisent finalement à un encadrement du pouvoir du créancier à revendiquer son droit à l'exécution forcée.

190. Par analogie, le sens de ces changements s'explique essentiellement par le renversement des priorités entre les intérêts du créancier et du débiteur, résultant des interventions législatives tendant à chaque fois à condamner de moins en moins l'impayé, et à prendre plus que jamais en compte les éléments conjoncturels qui peuvent conduire le débiteur à un état d'insolvabilité, et par la suite à un surendettement. On constate une humanisation à l'égard des procédures d'impayé et à l'égard des particuliers qui ont vu combienla force contraignante de l'obligation et son intangibilité se sont atténuées.

Abstraction faite des facteurs ayant concouru au recours massif des particuliers aux procédures de surendettement[255], l'essor de ces procédures est spectaculaire, et le lien entre cette hausse et la diminution du contentieux de l'impayé, notamment les demandes

[255]-on distingue le surendettement actif, et le surendettement passif

formulées devant les juridictions civiles pour des affaires relatives à l'impayé, ne peut être négligé, si on tient compte de la corrélation des deux phénomènes (p.1). Il va sans dire que l'exploration de ce lien corrélatif nous amène à porter la lumière sur les fondements juridiques du basculement des procédures de l'impayé vers des procédures de surendettement (p.2).

Paragraphe 1- La corrélation entre la hausse des procédures de surendettement et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles.

191. Il appert de notre exploration des procédures de surendettement, toujours dans l'optique d'élucider les causes de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions en France, qu'une concomitance a été bien constatée entre la hausse régulière des procédures de surendettement depuis leur mise en application et la baisse du nombre de demandes liées à l'impayé et au contentieux de l'impayé réglées par ces juridictions (A), pouvant suggérer la réalité d'une véritable absorption des demandes d'impayés formulées devant les tribunaux par les procédures de surendettement (B).

A- La concomitance des deux phénomènes

192. Explorer les deux phénomènes nous oriente par la force des choses à analyser respectivement les chiffres du contentieux de l'impayé uniquement devant les juridictions civiles (1), et ceux des procédures de surendettement (2), afin de pouvoir mieux appréhender et mettre en rapport la réalité des chiffres relativement à chacune de ces procédures.

1- Le contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles

193. Il convient de rappeler que le contentieux de l'impayé tel qu'il est répertorié dans les annuaires statistiques du ministère de la justice en France, repose sur toutes les affaires contractuelles présentant un caractère financier relevant du droit des affaires et du droit des contrats, autrement dit, les demandes liées à l'impayé formulées devant les juridictions civiles et commerciales.

194. Cependant, cette étude se concentrera sur les demandes de contentieux de l'impayé formulées devant les juridictions civiles, et celles réglées par les mêmes juridictions, à l'exclusion des tribunaux de commerce, étant donné que le rapprochement est réalisé avec les procédures de surendettement qui visent particulièrement les particuliers et non pas les professionnels. Par conséquent, les saisines relatives à l'impayé dans lesquelles le débiteur est un particulier sont formulées devant les tribunaux duquel ressort le domicile du débiteur

ou de l'un des débiteurs poursuivis, à savoir, les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'instance, et les tribunaux paritaires des baux ruraux, ainsi que les juridictions de proximité en ce qui concerne les demandes liées à l'impayé.

À ce propos, le nombre de demandes relatives à l'impayé s'est vu considérablement baisser, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le surendettement. En effet, après une période où le contentieux a atteint des chiffres assez élevés au cours des cinq dernières années des années quatre-vingts, le ministère de la justice a quantifié le nombre des demandes relatives à l'impayé en 1990 à 1 201 339 demandes, partagées entre les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'instance, et les juridictions de proximité.

Ces demandes comportent des procédures menées au fond, en référé, et des injonctions de payer, qui occupent la place de la procédure la plus utilisée en matière d'impayé[256]. En fin de décennies, les demandes de cette nature ont connu une baisse remarquable supérieure à 18% ne constituant plus en l'an 2000 que 978 123 demandes.

Ignorant les causes de cette baisse, ces demandes, ont continué à suivre cette tendance, après les légères hausses qui ont suivi l'année 2000, ces demandes ont diminué les années suivantes, atteignant 964 419 demandes de contentieux de l'impayé (dont 613322 sont des demandes de procédures d'injonction de payer, avec 47211 demandes formulées particulièrement devant le tribunal d'instance) soit une baisse générale de 19,72% entre 1990, date de l'entrée en vigueur de la loi sur le surendettement, et 2007[257].

195. Quant au nombre de contentieux de l'impayé réglés par les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'instance et les tribunaux paritaires des baux ruraux, une baisse non négligeable a également été remarquée depuis le début de la dernière décennie. En effet, après l'an 2000, ces tribunaux sont parvenus à traiter 983057 affaires relatives à l'impayé[258], réparties entre les tribunaux de grande instance (avec 37355 affaires) les tribunaux d'instance et les tribunaux paritaires des baux ruraux (avec 945702 affaires) avec une prédominance avérée des procédures d'injonction de payer dans les tribunaux d'instance et tribunaux paritaires de baux ruraux[259] . Ces chiffres ont été caractérisés par la suite par une tendance fluctuante, mais globalement baissière. A cet égard, après deux années successives au cours desquelles les affaires traitées ont connu une légère baisse comparativement à

[256]-dans la même année, 800 957 demandes de procédure d'injonction de payer ont été enregistrées.

[257]-source SDSE et pôle d'évaluation de la justice civile, La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, annexe 2.

[258]- Annuaire statistique de la justice, éd. 2007, publié par le ministère de la justice.

[259]-les affaires traitées en injonction de payer s'élevaient à 730954 affaires en 2001. Annuaire statistique de la justice, éd. 2007, publié par le ministère de la justice.

2001[260], celles-ci se sont accentuées en 2004[261], cette année a été marquée d'ailleurs par une progression du nombre des affaires nouvelles, devant toutes les juridictions civiles[262] pour reprendre ensuite leur tendance baissière, et atteindre en 2007 le niveau le plus significativement bas au cours de la dernière décennie[263], soit une baisse qui franchit les 9% par comparaison aux chiffres publiés de 2001.

Cependant, cette tendance à la baisse a été supplantée au cours des années 2008 et 2009 par des hausses très légères[264], n'atteignant toutefois pas le volume des affaires traitées en 2001 date du début de l'exploration des affaires relatives à l'impayé, traitées par les juridictions civiles.

196. On peut être amené à en déduire que les hausses minimes et récentes des affaires traitées par les juridictions civiles coïncidaient exactement avec le déclenchement de la crise économique mondiale, dont les premières étincelles étaient déjà bien présentes avant son annonce[265]. Ces hausses peuvent vraisemblablement en être la suite logique, néanmoins, on peut s'en tenir à un constat global qui témoigne de l'importance de la baisse des affaires du contentieux de l'impayé traitées devant les juridictions civiles.

En revanche, cette baisse relative au nombre de contentieux de l'impayé réglés par les juridictions ne remet aucunement en question la lenteur de l'institution judiciaire ou son manque d'efficacité quant à la célérité requise pour le traitement de ces demandes au cours des dernières années, étant donné que les demandes de cette nature ont suivi également une tendance baissière plus significative durant la période analysée.

---

[260]-les tribunaux ont traité en 2002 et 2003, 969301 affaires et 972529 respectivement. Annuaire statistique de la justice, éd. 2007, publié par le ministère de la justice.

[261]-993739 affaires ont été traitées en 2004, dont 47844 devant les tribunaux de grande instance, et 945 895 devant les tribunaux d'instance et les tribunaux paritaires des baux ruraux. Annuaire statistique de la justice, éd. 2007, publié par le ministère de la justice.

[262]- C. POUTET,« Une évaluation de l'activité des juridictions en 2004 », bulletin d'information statistique, Ministère de la justice, sous la direction de la Statistique, des Études et de la Documentation, Infostat Justice Mars 2005,n° 80.

[263]- les affaires traitées se sont élevées à 893639 affaires, dont 46448 affaires ont été traitées par les tribunaux de grande instance, entre des procédures au fond et procédures en référés, et 847191 ont été traitées par les tribunaux d'instance et les tribunaux paritaires de baux ruraux, entre des procédures au fond, en référés, et des injonctions de payer. Annuaire statistique de la justice, éd. 2009-2010 et 2011-2012, publié par le ministère de la justice.

[264]-916295 affaires traitées en 2008, soit une baisse de 6,79% relativement à 2001, en 2009, les affaires traitées se sont hissées à 955371 affaires. Annuaire statistique de la justice, éd. 2009-2010 et 2011-2012, publié par le ministère de la justice.

[265]-en France, la crise a été annoncée par une locution prononcée par le président de la république le 25 septembre 2008.

197. Par ailleurs, il convient de préciser que les contrats qui font l'objet de ce type de contentieux sont nombreux, classés et répertoriés dans les annuaires du ministère de la justice en France, dont voici les plus importants :

- les contrats de prêt : tels que les demandes en remboursement du prêt, ou demandes en paiement des loyers d'un contrat de crédit-bail ou leasing, ou encore les demandes en paiement formées contre la caution seule, ou son recours contre le débiteur principal s'il a payé à sa place, ou autres demandes en paiement relatives au cautionnement.

- les contrats d'assurances, qui comportent des demandes en paiement relatives aux primes d'assurance, ou cotisations formées contre l'assuré, également les demandes en paiement de l'indemnité d'assurance dans une assurance de dommages, de personnes ou d'assurance-crédit.

- les contrats de bail : regroupent les baux d'habitation, les baux professionnels et baux ruraux, ces contrats sont en effet les plus présents dans le contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles en France[266], ils visent essentiellement le paiement des loyers et des charges.

- les contrats de transport : ce poste de contentieux de l'impayé regroupe principalement les demandes en paiement du prix de transports.

- les contrats de vente qu'ils soient mobilières ou immobilières, pour des demandes en paiement du prix de vente.

- enfin les opérations bancaires : telles que les demandes en paiement du solde du compte bancaire ou celles relatives aux effets de commerce, telles que les demandes formées par le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

2- Les procédures de surendettement : une hausse colossale

198. Tous les éléments et chiffres convergent pour indiquer l'ampleur des procédures de surendettement depuis leur entrée en vigueur. La succession des législations en la matière constitue peut-être un facteur d'attractivité à l'égard du débiteur qui en demande à chaque fois davantage, et qui fait valoir les droits que lui confère le législateur à chaque fois qu'une réforme intervient pour assouplir les conditions d'ouverture et de mise en œuvre des procédures de surendettement. Si l'on tient compte de la hausse de ces procédures qui est intervenue bien avant le déclenchement de la crise mondiale, et si l'on veut faire le rapprochement entre la hausse des procédures et la crise, il apparait que ladite hausse ne

[266]-par exemple, en 2007, 893639 affaires ont été traitées devant les tribunaux de grande instance, d'instance, et les tribunaux paritaires de baux ruraux, dont 151501 étaient relatives au bail, soit une proportion de 16,95% de l'ensemble du contentieux de l'impayé traité.

peut absolument pas être imputée à ce seul facteur. La crise mondiale peut toutefois être vue comme la goutte qui a fait déborder le vase.

Comme dans le paragraphe précèdent, se référer aux chiffres des procédures de surendettement s'avère être une démarche nécessaire pour mieux appréhender le raisonnement poursuivi et conforter cette logique.

199. En effet, les procédures de surendettement ont connu une tendance fluctuante entre la hausse et la baisse, dominée toutefois par une hausse considérable, jusqu'à 1998, année qui était marquée par l'application de la loi du 29 juillet 1998, qui permettait pour la première fois à la commission de mettre en œuvre des mesures telles que la suppression des dettes. Une réforme qui a concouru sans aucun doute à l'explosion des procédures de surendettement, tant sur le plan du nombre de dossiers déposés que de celui des dossiers recevables. A ce propos, les commissions ont vu combien le volume des dossiers de surendettement s'est accru depuis la mise en place de ce dispositif de surendettement, avec un nombre de dossiers moyen pendant la première année de l'application de la loi[267], qui s'est vite établi à son niveau le plus haut. Après dix années d'application de la loi sur le surendettement, pour illustration, les dossiers déposés ont connu une augmentation supérieure à 64%[268], soit une hausse annuelle moyenne dépassant 6% annuellement.

Postérieurement à l'année 2000, ces chiffres ont suivi la même tendance haussière avec des chiffres plus importants, pour atteindre finalement un nombre colossal en 2011[269],représentant une hausse de 56% comparativement à l'année 2000, et surtout une hausse de 257% depuis l'entrée en vigueur de la loi de surendettement.

200. Relativement à la recevabilité des dossiers de surendettement, elle n'était pas à son tour épargnée par cette hausse, avec une augmentation de 315% 1990 jusqu'à 2011, démontrant l'attractivité de la procédure et son assouplissement.

Quant au taux de recevabilité des dossiers en comparaison avec le nombre des dossiers déposés, il demeure assez élevé (hormis la première année de l'application de la loi où ce taux de recevabilité a atteint seulement 71,32%) franchissant généralement le seuil des 80%

---

[267]-en 1990, 90 174 dossiers ont été déposés auprès de l'ensemble des commissions en France. Bilan national de l'activité des commissions de surendettement. Disponible sur http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/statistiques-surendettement.pdf

[268]-en 2000, 148373 dossiers ont été déposés. http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/statistiques-surendettement.pdf

[269]-en 2011, les dossiers de surendettement se sont élevés à 232 493 dossiers.http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/statistiques-surendettement.pdf

par rapport au nombre de dossiers déposés, et a atteint jusqu'à 88,49% de recevabilité. Il convient de souligner par ailleurs que les dossiers recevables ont connu une augmentation de 315% entre 1990 et 2011.

B- L 'absorption du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles par les procédures de surendettement.

201. Certes, les chiffres seuls ne peuvent guère prouver ce constat, étant considéré que les éléments statistiques que nous avons pu dégager constituent une situation de fait, et manquent à l'évidence d'éléments purement juridiques à même de corroborer l'ensemble des conclusions statistiques tirées tout au long de notre développement, et de nous confirmer d'une manière certaine ce constat. Il est entendu que les chiffres seuls ne peuvent pas nous guider à tirer des réflexions et des conclusions sur l'évolution négative ou positive du contentieux de l'impayé comparativement à d'autres procédures contentieuses ou parallèles, et que les statistiques ne peuvent pas constituer un indicateur suffisant pour conclure de la sorte et apprécier une situation comme celle de la diminution du contentieux de l'impayé.

Nonobstant, et d'après ces données statistiques reflétant la réalité chiffrée de la baisse à la fois du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et la hausse des procédures de surendettement, il ressort vraisemblablement de cette analyse une véritable relation de cause à effet entre les deux phénomènes analysés, confirmant l'existence d'un principe des vases communicants[270] entre la hausse faramineuse des dossiers de surendettement portés devant les commissions, et la baisse des demandes en paiement formulées devant les juridictions civiles, cette constatation de baisse était également relevée il y a peu par le ministère de la justice dans une étude[271] qui nous pousse par ailleurs à nous interroger sur les causes de cette baisse.

202. Si en pratique, les facteurs de recours à la commission sont nombreux et exigent une véritable situation de surendettement pour les particuliers, la hausse de ces procédures peut donc être attribuable à plusieurs causes, et notamment à celle de l'assouplissement des conditions d'ouverture et de mise en œuvre de ces procédures, ou encore à la situation conjoncturelle du pays, jugée difficile… Cependant, il ne faut pas négliger la baisse du contentieux lié à l'impayé devant cette augmentation le pouvoir d'agir en justice du créancier se trouve désormais encadré par la procédure de surendettement, ne l'encourageant pas à saisir la justice pour contraindre son débiteur à honorer ses engagements contractuels, particulièrement s'il sait que son débiteur a saisi la commission

[270]- « La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT.

[271]-«Evolution des contentieux : juridictions civiles de premier degré »,. Etude et statistiques justice, n°21, disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/etudes-statistiques-10058/evolution-des-contentieux-juridictions-civiles-du-premier-degre-11831.html.

de surendettement. Par voie de conséquence, le créancier devient dubitatif quant à l'utilité de son recours à la justice parallèlement à la saisine de son débiteur à la commission en vue de bénéficier d'une procédure de surendettement. Peut-on dire qu'on assiste actuellement à une sorte d'absorption du contentieux relatif à l'impayé par des procédures de surendettement ? Ou s'agit-il d'une simple coïncidence ?

203. Inversement, on est enclin à penser que la baisse du contentieux de l'impayé ne peut pas être accidentelle, ou liée à l'apparition de techniques ou de procédés permettant un recouvrement hors de la voie judiciaire, notamment le recours au recouvrement amiable, eu égard aux difficultés que peut connaitre celle-ci, mais que cette baisse semble être le résultat d'un véritable renversement de tendance. En effet, le débiteur peut prendre l'initiative et saisir la commission de surendettement s'il estime que ses revenus disponibles ne lui permettent plus de faire face à ses engagements, et qu'un plan de réaménagement s'avère nécessaire pour qu'il s'en sorte. La commission peut, en l'occurrence, si le demandeur remplit les conditions d'ouverture de la procédure, procéder à la mise en place d'un plan de paiement qui correspond à ses nouvelles capacités de remboursement. Autrement dit, elle met en place des mesures qui peuvent limiter considérablement la capacité d'agir du créancier, particulièrement si le débiteur se conforme aux mesures de la commission et les exécute minutieusement, suffisamment encadré par les mesures de la commission pour que le créancier ne saisisse la justice pour une exécution forcée.

204. Ipso facto, il s'agit d'un renversement de tendance, à plus forte raison d'origine législatif, étant donné que celui-ci accorde un intérêt assez particulier à la situation du débiteur et a tendance ces derniers temps prioritairement à le protéger contre les problèmes du surendettement et de l'exclusion. Ceci a conduit les créanciers à chercher en permanence de nouvelles techniques ou moyens permettant un recouvrement sans recourir à la justice, soit en privilégiant la voie amiable avec ses différents dérivés[272], soit en se protégeant en amont contre le risque de l'impayé en ayant recours à des techniques assez récentes en France[273].

En résumé, l'absorption du contentieux de l'impayé par des procédures de surendettement est une thèse très plausible, qu'on peut difficilement réfuter, et qu'on tentera d'accréditer en mettant l'accent sur les éléments juridiques qui ont concouru au basculement du contentieux de l'impayé et de son absorption par des procédures de surendettement ou qui en sont possiblement la cause.

[272]-*infra* 313 et s.

[273]-*infra* 369 et s.

Paragraphe 2- les fondements juridiques du basculement du contentieux de l'impayé vers des procédures de surendettement

205. Aujourd'hui, si la baisse du contentieux de l'impayé peut s'expliquer par son possible basculement vers des procédures de surendettement, il nous est difficile en revanche d'élucider les réelles causes de cette dérivation.

On peut comprendre par ailleurs que la forte orientation vers les procédures de surendettement a certainement influencé le comportement du créancier et du débiteur, ce dernier ne trouve pas seulement dans les procédures de surendettement un moyen conféré par la loi pour se soustraire à son surendettement et à une éventuelle exclusion sociale que pourrait entrainer une situation de surendettement, mais une échappatoire face à toute pression exercée par le créancier visant à le contraindre à s'acquitter par la voie judiciaire. Il s'agit là d'un moyen de protection légal qui incite le débiteur à y recourir sans avoir à hésiter. Autant d'avantages conférés au débiteur au fur et à mesure, par les différentes modifications législatives mises en place et qui ont rendu ce dispositif plus efficace et plus homogène, permettant de prêter assistance à tous les débiteurs qui sont dans une situation de surendettement. Conscient des avantages de la procédure de surendettement, le débiteur peut trouver dans la saisine de la commission un moyen légal d'inexécution contractuelle (A).

206. Au demeurant, la procédure de surendettement n'empêche pas le créancier de saisir la justice tant au fond qu'en référé, mais cela uniquement pour la délivrance d'un titre exécutoire, et non pas pour obliger son débiteur à payer par la force de la loi. La saisine de la commission suspend automatiquement et interdit les voies d'exécution diligentées à l'encontre du débiteur à compter de la décision déclarant la recevabilité de la demande de surendettement. Son adhésion au plan conventionnel le prive du droit d'agir en justice contre le débiteur pour une exécution forcée, du moment que le débiteur se conforme aux conditions et modalités d'exécution du plan. Sa non adhésion au plan conventionnel mis en place par la commission ne permet pas au juge de refuser une procédure d'exécution à l'encontre du débiteur, mais cela demeure assez difficile, étant donné que son recours à la justice peut entrainer la caducité du plan, et que le débiteur peut alors ressaisir la commission pour une nouvelle demande de surendettement, qui aura les mêmes effets suspensifs que la première, et le dossier pourrait être orienté dissemblablement.

En ce qui concerne les mesures imposées ou recommandées, le créancier peut les contester, mais son pouvoir reste restreint, la procédure peut s'orienter vers une procédure de rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire, et sa situation relativement à son pouvoir de contrainte perdure. De là, on peut déduire que la demande formulée par le créancier en justice parallèlement à une procédure de surendettement pour contraindre le débiteur à s'exécuter est finalement une démarche décourageante (B).

A- Les procédures de surendettement comme moyen légal d'inexécution pour le débiteur

207. On ne peut guère songer aux procédures de surendettement sans penser aux avantages que celles-ci procurent à tout demandeur remplissant les conditions légalement requises, si on tient compte des conditions du bénéfice de la procédure qui ne sont pas assez contraignantes. Hormis la bonne foi du débiteur qui demeure une notion très controversée et le demeurera toujours, étant donné que celle-ci est soumise au pouvoir appréciatif du juge, les deux autres conditions constituent une situation et non pas une condition que le débiteur doit respecter.

Par ailleurs, on s'interroge sur le point de savoir si la simplicité des conditions d'ouverture de la procédure de surendettement est suffisante pour expliquer sa hausse exorbitante, en tout état de cause, les procédures de surendettement se sont généralisées au point de se systématiser, et les chiffres peuvent en témoigner.

208. Certes, la mise en place du dispositif de surendettement par le législateur français s'inscrit dans le cadre d'une politique de protection sociale des débiteurs particuliers ayant subi des accidents de la vie, ou qui ont contracté trop de prêts auxquels ils sont dans l'impossibilité de faire face, afin de parer à un problème si récurrent et jusqu'à lors insoluble. Mais protéger le débiteur en lui conférant des avantages aux dépens du créancier peut-il être la solution la plus adaptée aux intérêts du créancier, et à l'équilibre contractuel qui ne cesse de se fragiliser dans l'intérêt du débiteur ?

En effet, apporter une solution à un problème implique des concessions qui peuvent être subies douloureusement par le créancier, celles-ci étant considérées par le législateur comme un remède à la situation de surendettement d'un débiteur. On appréhende parfaitement la protection qu'apporte le législateur Français au débiteur surendetté. Cette protection consiste à lui accorder des avantages de nature à lui permettre de remédier à son surendettement, cependant, ces avantages risquent toujours de porter atteinte au créancier et à ses intérêts, et notamment ceux de recouvrer sa créance par la voie judiciaire, du moment que l'intérêt général et social s'impose et prime sur le droit d'exécution du débiteur.

209. On peut affirmer subséquemment qu'il existe un changement de priorité entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur au regard du législateur Français, et que celui-ci privilégie désormais de mettre en place des mesures préventives et curatives du phénomène de surendettement à l'option de renforcer les mesures d'exécution et contraindre un débiteur déjà surendetté à s'exécuter. Il s'agit d'une véritable justice sociale qui condamne de moins en moins l'impayé, orientée par des législations à caractère social. Le législateur français ne peut toutefois que s'en féliciter.

On se demande par ailleurs pour comprendre comment le renversement de cette tendance au profit du débiteur en vue de le protéger contre le surendettement a pu avoir lieu, sans lui accorder d'avantages ni prendre en considération sa situation de surendettement. Au regard des débiteurs surendettés, les procédures de surendettement constituent un vrai avantage leur procurant de nouveaux échéanciers, ou un plan adaptable à leur situation, voire la suppression de leurs dettes si ceux-ci se trouvent dans une situation irrémédiablement compromise et ne disposent pas de biens leur permettant de purger leur passif. De fait, doit-on parler ici d'un moyen légal d'inexécution contractuelle ? Ou cela constitue-t-il une dernière chance pour le débiteur afin d'éviter les retombées négatives d'une situation de surendettement qui peuvent être socialement désastreuses ?

C'est là une question à laquelle on ne peut répondre, mais on peut dire que la procédure de surendettement peut être vue dans une optique double par le débiteur, ou aperçue différemment d'un débiteur à l'autre. Celui qui se trouve engagé dans une procédure de surendettement y trouve un réel refuge pour sa situation. De fait, ne peut-elle pas être considérée comme une échappatoire par le débiteur qui veut diminuer la pression judiciaire exercée par son créancier, même momentanément, voire se libérer totalement de ses obligations contractuelles, sans tenir compte de l'appréciation de sa bonne foi qui relève toujours du pouvoir d'appréciation du juge ?

210. On sera vite amené à adhérer à ce postulat, en évoquant une fois de plus l'étendue des chiffres du surendettement pour comprendre rapidement que la hausse spectaculaire de ces procédures ne peut pas être uniquement le résultat d'un recours de dernière chance en faveur du débiteur, à l'inverse, la normalisation de ces procédures peut expliquer que le recours à la procédure pourrait constituer un moyen légal pour le débiteur d'alléger ses dettes et, parfois, pour ne pas honorer ses engagements contractuels.

En somme, les avantages consentis légalement au débiteur dans le cadre des procédures de surendettement à travers la succession des lois et des réformes, trouvent toujours place dans un contexte d'humanisation croissante à l'égard du débiteur surendetté[274], en lui procurant plus d'avantages. Cela peut être un facteur essentiel qui a contribué à changer l'attitude et la motivation du débiteur quant au possible recours de celui-ci à cette procédure, et expliquer ipso facto tout ce qu'on a pu évoquer précédemment relativement au basculement du contentieux de l'impayé vers des procédures de surendettement et son absorption par celles-ci.

[274]- E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005.p. 20.

B- La demande en justice du créancier : des procédures parfois décourageantes devant les procédures de surendettement

211. De nos jours, le créancier peut être de plus en plus dubitatif avant toute saisine de la justice visant à obtenir un titre exécutoire pour exercer son droit d'exécution à l'encontre de son débiteur, se dotant d'un pouvoir d'exécution très encadré au sein d'une procédure de surendettement. Celui-ci ne peut pas aller dans le cadre de sa démarche judicaire au-delà de l'obtention d'un titre exécutoire, et attendre le sort de la procédure… Il peut voir comment sa procédure exécutoire entamée postérieurement à l'obtention du titre exécutoire se met en suspens à cause d'un recours de son débiteur à la commission de surendettement, et ce parfois même avant l'établissement de la recevabilité de son dossier, à la demande du débiteur. Peut-on alors parler d'une dissuasion du créancier à l'égard des procédures de surendettement ? Cela peut-il expliquer la décrue des demandes liées à l'impayé devant les juridictions civiles ?

En effet, la liberté restreinte du créancier dans le cadre d'une procédure de surendettement se traduit par la suspension automatique et l'interdiction des voies d'exécution diligentées à l'encontre du débiteur à compter de la décision déclarant la recevabilité de la demande de surendettement, et ce jusqu'à l'approbation définitive de l'orientation du dossier de surendettement, sous réserve que ces mesures suspensives et d'interdictions n'excèdent pas un an.

Cette suspension et interdiction peuvent toutefois intervenir avant même la décision de recevabilité du dossier de surendettement par la saisine de la commission au juge d'instance suite à une demande du débiteur à celle-ci, ou même par le président de la commission s'il estime que ces mesures s'avèreront nécessaires pour le débiteur.

A vrai dire, la lettre notifiant la recevabilité de la demande emporte automatiquement suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires, de même pour les procédures et les cessions de rémunération qui sont suspendues ou interdites. Il convient de rappeler que l'intervention du juge à l'initiative de la commission n'est plus nécessaire pour parvenir à cette fin comme dans le régime antérieur, ce qui constitue la principale nouveauté de la réforme de 2010. A n'en pas douter, c'est une mesure favorable au débiteur qui encadre le pouvoir de contrainte du créancier pour recouvrer sa créance devant une juridiction compétente.

212. Pour ce qui est du plan conventionnel, le créancier peut faire partie des signataires de l'accord conventionnel établi par la commission, ce qui emporte une renonciation à ses actions en paiement à l'encontre du débiteur du moment que celui-ci respecte les conditions et modalités d'exécution du plan. Il peut tout autant ne pas adhérer au plan conventionnel, car la loi n'exige pas l'accord de tous les créanciers pour que le plan soit valable, mais les principaux créanciers doivent cependant en faire partie. Dès lors il peut reprendre ses

procédures exécutoires et peut vite compromettre la mise en œuvre du plan conventionnel, voire conduire à une caducité du plan. Cependant, le débiteur pourrait en l'occurrence solliciter une nouvelle fois la commission en vue de l'ouverture d'une nouvelle demande de surendettement, entrainant de nouveau la suspension et l'interdiction des voies d'exécution, le dossier pourrait alors être orienté vers une procédure de rétablissement personnel. Dans la circonstance, le pouvoir de contrainte du créancier demeure encadré et celui-ci ne peut pas faire valoir son droit d'exécution à ce stade de la procédure de surendettement.

Outre ces restrictions relatives au droit de l'exécution du créancier à ces deux stades de la procédure de surendettement, le créancier peut être interdit d'exercer des procédures d'exécution contre son débiteur dans le cadre des mesures imposées ou recommandées par la commission, Cela vaut pour les créanciers dont le débiteur aura signalé l'existence et qui sont avisés par la commission, et dans le cas où ces mesures n'ont pas été contestées par un créancier ; ces mesures leur sont opposables en conséquence.

En l'espèce, les créanciers dont les mesures sont opposables, sont interdits d'exercer des procédures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur pendant la durée de l'exécution desdites mesures.

En revanche, cette interdiction d'exercer des procédures exécutoires ne s'oppose pas aux créanciers dont l'existence n'a pas été signalée par le débiteur, de même pour les créances apparues postérieurement aux mesures de la commission. Mais il apparait peu probable que le débiteur puisse ne pas signaler l'existence d'un de ses créanciers, et notamment les plus importants.

Il s'agit d'une suspension et interdiction de mesures d'exécution de plein droit qui englobent toutes les voies d'exécution que le créancier peut prétendre mettre en œuvre.

De surcroit, on peut constater également comment cette position restrictive du créancier demeure stable dans le contexte d'une procédure de rétablissement personnel, en effet, dès que la commission de surendettement recommande une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, et que celle-ci a été homologuée par le juge sans contestation du créancier, ce dernier perd son droit de poursuite, attendu que cette homologation entraine l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, pareillement pour les dettes résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, à l'exception des dettes mentionnées par les articles L333-1 et L333-1-2 du code de la consommation[275].

213. Quant à la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, le jugement d'ouverture de celle-ci entraine inévitablement la suspension et l'interdiction des

[275]-article L332-5 du code de la consommation

procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. Ce jugement entraîne également la suspension des mesures d'expulsion du logement du débiteur, et se prolonge jusqu'au jugement de clôture[276].

Force est de constater, que le créancier peut être privé de son droit d'exécution à l'encontre de son débiteur, qui peut être épargné des procédures d'exécution engagées contre lui sous l'égide des procédures de surendettement. Ces procédures restreignent de plus en plus la capacité du créancier d'agir en justice pour le recouvrement de sa créance, et imposent à sa liberté d'être totalement encadrée[277].

214. Dans le même ordre d'idées, on peut déduire que la dissuasion du créancier pour intenter une action en paiement parallèlement à une procédure de surendettement, est un constat qui peut être établi à partir de tous les éléments juridiques évoqués précédemment, et ce scepticisme du créancier à l'égard des procédures de surendettement peut expliquer la décrue du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles.

A fortiori, le rapport corrélatif entre la baisse du contentieux de l'impayé en France, et la hausse des procédures de surendettement peut être analysé juridiquement, et peut nous amener à proposer des conclusions qui s'inscrivent dans le sens de l'hypothèse de départ qu'on espérait démontrer.

Pour résumer, ce basculement du contentieux est sans doute de cause législative. C'est un constat auquel d'autres parties adhèrent et qui admettent que les interventions législatives ont limité le recours des créanciers à la justice contre les débiteurs et leur caution pour un recouvrement judicaire[278].

[276]-article 332-6 du code de la consommation.

[277]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p. 95 et s.

[278]-P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE), p.227.

Chapitre 2 : Une dérivation croissante, fonction de l'élargissement du champ d'application des procédures du traitement des entreprises en difficulté

215. S'intéresser aux procédures de surendettement des particuliers en ce qui concerne les contentieux de l'impayé implique, dans cette approche analytique, d'approfondir davantage le champ de notre recherche, afin de mettre en lumière d'autres procédures du traitement des situations du débiteur. Ce sont des procédures qui relèvent également de la défaillance économique[279], et dans lesquelles le traitement du surendettement des particuliers a trouvé ses sources et son mode de fonctionnement, et d'où provient son originalité.

Il s'agit des procédures de prévention et de traitement des entreprises en difficulté, des procédures qui n'ont pas cessé d'évoluer, tant en France qu'au Maroc, et de susciter des interventions législatives[280], toujours dans la perspective de les perfectionner, et de les rendre plus intéressantes, avec le souci de réussir à rééquilibrer harmonieusement des procédures jugées parfois « impérialistes »[281]. Il en va de même pour les rapports assez controversés qui découlent de la vie des affaires, tels que les intérêts en jeu, et notamment les liens établis entre le créancier et le débiteur.

216. A la différence du contentieux de l'impayé qui se rapporte aux procédures du traitement de surendettement des particuliers, et qui ne touche que les particuliers éligibles par la loi remplissant les conditions requises par la réglementation en vigueur, le contentieux de l'impayé dans le cadre des procédures collectives résulte uniquement de l'impayé dont le débiteur est une entreprise[282], avec sa nouvelle notion, et étant toujours dissociée de l'homme[283]. Néanmoins le contentieux de l'impayé demeure un vocable étranger aux procédures collectives, du seul fait que celles-ci se démarquent par un vocabulaire ou une terminologie qui leur est propre, telle que la cessation de paiement ou le jugement d'ouverture qui est étroitement lié à cette procédure. Cependant, les procédures collectives qui s'intéressent désormais aux protagonistes, ainsi que l'encadrement procédural de la procédure collective nous font négliger de ne plus nous focaliser sur le fait générateur et déclencheur des difficultés de l'entreprise, ou sur la nature du conflit résultant de l'impayé,

---

[279]- C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le périmètre du droit de la défaillance économique », *Rev. proc. Coll.,* février 2011, p.51.

[280]-la dernière réforme relative au traitement des entreprises en difficulté au Maroc a été introduite dans le cinquième livre du code de commerce, loi n°15-95 promulguée par le Dahir n°1-96-83 du 1er aout 1996.

[281]- C. SAINT-ALARY-HOUIN ,« Le périmètre du droit de la défaillance économique »,. *Rev. proc. coll.,* n°1, Janvier-Février 2011, p.53.

[282]- L'entreprise face à l'impayé, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994.

[283]-A.RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Tome 459, LGDJ,. 2007, p.146 et s.

pour nous axer simplement sur la structure visible des procédures collectives qui se forment autour de l'intérêt général et collectif[284], cela dans une approche de publicisation du droit des procédures collectives[285].

Certes, ces procédures collectives constituent des procédures contentieuses par excellence, compte tenu de leur caractère à la fois juridique et judiciaire, or, il nous est difficile d'établir un rapport entre ces procédures et le contentieux de l'impayé du droit commun, afin de conforter l'hypothèse du basculement du contentieux de l'impayé –ici devant les juridictions commerciales – vers des procédures collectives, et ce durant ces deux dernières décennies.

Toutefois, et dans la même optique, on peut affirmer que le lien entre le contentieux de l'impayé du droit commun et les procédures collectives peut être établi, étant considéré que les procédures collectives et les demandes de recouvrement individuelles formulées devant les juridictions compétentes visent le recouvrement judiciaire de créances, sauf que le recouvrement dans le cadre des procédures collectives s'opère d'une façon collective contrairement aux demandes de recouvrement en droit commun. Quant aux demandes liées à l'impayé sujet de rapprochement avec les procédures collectives, elles comportent les demandes d'impayé formulées uniquement devant les juridictions commerciales, autrement dit, les demandes liées à l'impayé dont les créances revêtent un caractère commercial.

217. A notre sens, les procédures collectives et les demandes de l'impayé formulées individuellement devant les juridictions commerciales sont indissociablement liées, du moment que la finalité des procédures collectives consiste à apurer le passif de l'entreprise débitrice et à désintéresser les créanciers, même si le redressement de l'entreprise et la préservation de l'emploi préoccupent davantage le législateur Français.

Par voie de conséquence, comme en matière de surendettement des particuliers, la baisse du contentieux de l'impayé devant les tribunaux commerciaux[286] peut être corrélée aux procédures collectives, plus précisément, on cherche à savoir si l'expansion des procédures collectives avec toutes ses composantes, y compris les procédures de sauvegarde introduites naguère, n'a pas eu des effets sur le contentieux de l'impayé commercial. On s'interroge à cet égard, sur la question de savoir si la baisse constatée du contentieux de l'impayé commercial devant les tribunaux de commerce… Peut-elle s'expliquer par la hausse spectaculaire des procédures collectives au cours de ces deux dernières décennies ? Peut-on alors parler d'une absorption de ce type du contentieux de l'impayé, et de son basculement vers d'autres procédures contentieuses, à savoir les procédures collectives ?

[284]- ibid., p.285 et s.

[285]- B. SOINNE, « La revue des procédures collectives : Bilan de 26 années », *Rev. proc. Coll.,*n°6, novembre-Décembre 2011.

[286]-*infra* 276 et s.

218. Un auteur ayant effectué récemment des recherches proches de notre champ d'intérêt a révélé la difficulté de rapprocher ces deux phénomènes. l'enjeu étant de savoir s'il existe un système de vases communicants entre le contentieux de l'impayé commercial, et le redressement et la liquidation judiciaires, c'est-à-dire, s'il existe une véritable concomitance et un parallélisme des évolutions entre la baisse du contentieux de l'impayé et la hausse des procédures collectives. Par insuffisance d'éléments, ou leurs divergences, l'auteur a finalement pris parti en défaveur du système de vases communicants[287], pour autant, d'autres éléments qui ont été explorés par lui peuvent nous conduire à pousser notre analyse, et mettre en avant des fondements juridiques permettant de dégager des constats ayant pour finalité de corroborer cette thèse.

Par ailleurs, notre approche s'appuiera sur l'analyse de l'un des principaux facteurs de la hausse des procédures collectives, celui des interventions législatives, sans pour autant en éclairer la genèse. En procédant par un raisonnement à la fois juridique et déductif, nous mettrons en lumière l'évolution positive du droit des entreprises en difficulté au profit du débiteur **(section1),** qui a concouru très vraisemblablement à la hausse des procédures collectives, et à les rendre plus souples, toujours à l'avantage du débiteur, au point que ce droit des entreprises en difficulté est regardé par une partie de la doctrine comme étant un droit de ne pas payer ses dettes, celle-ci s'interroge en l'espèce pour savoir s'il faut encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté[288].

Un rapport de cause à effet entre l'évolution législative des procédures collectives et leur hausse, qui ne peut être sans incidence sur le contentieux de l'impayé, qui lui s'est vu baisser en termes du nombre d'affaires, et être absorbé par d'autres procédures contentieuses telles que les procédures collectives **(section 2).**

Section 1 : L'évolution positive du droit des entreprises en difficulté à l'avantage du débiteur

219. Le droit des procédures collectives a connu récemment une immense vague réformatrice qui n'a pas atteint uniquement la législation Française, mais un ensemble de pays européens, voire d'autres pays développés et émergents[289], qui aspirent véritablement à une économie développée et qui privilégient la création des richesses et l'ouverture à l'étranger. Suffisamment pour traduire la volonté politique et économique des pays

[287]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.100 et s.

[288]-P-M LE CORRE, « faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficultés ? », *LPA*., n°63,. 29 mars 2006,. p .9.

[289]-l'Espagne a réformé leur droit des entreprises en difficulté en 2003 et en 2009, le Royaume-Uni en 2002, le Japon en 2000, la Turquie en 2004, l'Italie en 2008 et 2008, l'Autriche en 2010, les États-Unis en 2005, la Grèce en 2007, la Chine en 2006, la Belgique en 2009.

réformateurs, en vue de mettre en place une loi relative au droit de faillite des entreprises, qui semble devenir une unité de mesure pour les acteurs économiques étrangers souhaitant s'aventurer dans un pays quelconque.

En effet, ces réformes jugées en grande partie substantielles, ont été orientées dans l'intérêt du débiteur, visant à assouplir les conditions d'ouverture d'une procédure à son avantage, et à favoriser également le redressement, qui recèle deux notions majeures relatives aux entreprises en difficulté, celle de la préservation de l'emploi et la continuation de l'activité.

220. En France, le législateur a voulu la substituer à une loi de faillite qui a toujours eu à la fois une connotation et une finalité sanctionnatrice. Conscient des mutations économiques qui se sont produites à l'échelle mondiale, celui-ci a dû anticiper son action réformatrice pour enfin élaborer une loi dépénalisant la défaillance des entreprises[290], et soulignant les intérêts majeurs de celle-ci et sa principale vocation, qui reposait prioritairement sur la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et en dernière priorité, l'apurement du passif. Néanmoins, confronté à une controverse jurisprudentielle[291], et un bilan désastreux pour les créanciers, qui se sont soumis vainement aux sacrifices imposés par le législateur, du fait que 90% des entreprises étaient finalement liquidées[292] , le législateur français a dû se rattraper, en mettant en place la loi du 10 juin 1994, ayant pour objectif de trouver un point d'équilibre entre le redressement de l'entreprise et le droit des créanciers, notamment ceux titulaires de suretés spéciales et propriétaires, mais ses lacunes ont été décelées, et ont provoqué de sérieuses critiques[293].

Dans la même dynamique, le législateur Français a étendu les procédures collectives aux professionnels libéraux, à travers la loi du 26 juillet 2005, mettant au cœur de cette réforme une nouvelle procédure dite de sauvegarde. Il s'agit d'une réforme courageuse qui témoigne de l'évolution importante de la législation Française. L'ordonnance du 18 décembre qui s'inscrit dans la même continuité est venue d'emblée combler les insuffisances dénoncées de la loi de 2005.

[290]-c'est la loi du 25 janvier 1985.

[291]-la cour de cassation a exigé que les bailleurs financiers devaient dans le délai de 3 mois de l'article 115 de cette loi, revendiquer à l'instar de tout propriétaire de meubles, les biens donnés en location sans tenir en compte que le contrat ait fait ou non l'objet d'une publication,. Cass. Com. 15 octobre.1991, n° 90-10.978, Bull. 1991, IV n°291, p.202 ; A. Martin- Serf, « Revendication. Article 115 de la loi de 1985, champ d'application, crédit-bail, cause juridique ou titre invoqué, indifférence », *RTD. Com*., mars 1992, p.251 ; B. BOULOC, « Redressement et liquidation judiciaire. Revendication, marchandises livrées au débiteur, action en revendication, délai, application, généralité », », *RTD. Com*., juin 1992, p.444.

[292]- P-M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, éd. 5, Dalloz Action. 2010-2011, p.24.

[293]-F. TERRE,. « Droit de la faillite ou faillite du droit », *R.J.Com*.,1991, p.1

221. En effet, la succession des réformes relatives aux procédures collectives a radicalement révolutionné ce droit, et notamment sa finalité[294], sans pour autant assurer la quiétude nécessaire aux créanciers qui, dans cette perspective de redressement de l'entreprise, et eu égard à l'assouplissement des conditions d'ouverture des procédures, face à l'accumulation de celles-ci dans le but de sauver l'entreprise[295], peuvent se trouver confrontés à un risque d'ouverture prématurée de ladite procédure qui résulte des difficultés de prévoir adéquatement le risque de la défaillance financière du débiteur. Cela nous amène à penser que ces réformes peuvent être une source d'insécurité juridique pour les créanciers, si l'on tient compte qu'en l'absence d'une définition unanime d'un état d'insolvabilité[296], le traitement des entreprises en difficulté ne s'ouvre pas par l'existence d'un ou plusieurs impayés[297], mais par une situation de fait établie de manière comptable et juridique, et légalement qualifiée de cessation de paiement.

De ce point de vue, on peut se demander si les procédures collectives ne servent pas de refuge aux débiteurs, attendu que les chances de recouvrement dans le contexte de ces procédures sont moins évidentes que dans les procédures de droit commun liées à l'impayé, étant donné que le débiteur n'a jamais été aussi protégé et avantagé par une loi relative aux entreprises en difficultés…

222. Certes, les questions qui portent sur la priorité des intérêts du débiteur et ceux du créancier resteront toujours au centre des discussions en la matière, et seront une préoccupation majeure du législateur. Chacun adoptant une position de victime, ce problème est loin d'être résolu. Toutefois, on est enclin à penser que le droit des procédures collectives est passé en France d'une sévérité extrême à un laxisme exagéré[298]. On peut estimer en conséquence que cela a contribué à ce que davantage de débiteurs s'abritent derrière la loi à travers les procédures collectives, pour peut-être éviter le

[294]-A. ZENNER. ED. LARCIER ,« La philosophie sous-jacente aux nouvelles lois sur l'insolvabilité ou la faillite à travers le monde », in *La prévention de la défaillance de paiement* , Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction), Larcier, Bruxelles,2000.p.74 et s.

[295]-un auteur s'est montré critique à l'encontre de la loi de sauvegarde et estime : « qu'il ne suffit pas d'accumuler des procédures destinées à sauver les entreprises, il faut aussi, pour éviter que la technique ne s'étouffe pas dans sa propre complexité, penser la manière d'agencer ces procédures par rapport aux autres »,. A. BRUNET., « La loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « elluliens » du droit », *LPA*,. 5 juillet 2007, n°134, p.43 et S.

[296]-la CNUDCI définit l'insolvabilité comme étant : « l'état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs »., Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité ,. 2005, p.6.

[297]-la cour de cassation a considéré que la caractérisation de l'insolvabilité du débiteur n'est pas suffisante pour établir l'état de cessation des paiements. Cass. Com., 7 février 2012, n°11-11.347, Bull. 2012, IV, n°27.

[298]- A. ZENNER. ED. LARCIER ,« La philosophie sous-jacente aux nouvelles lois sur l'insolvabilité ou la faillite à travers le monde », in *La prévention de la défaillance de paiement* , Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, 2000,. P.83 et s.

contentieux de l'impayé de droit commun, qui lui peut a contrario s'avérer plus fructueux pour le créancier qu'une collectivisation de recouvrement dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Nous allons donc nous focaliser sur cette évolution législative au profit du débiteur, particulièrement sur les questions procédurales ayant vraisemblablement concouru à la hausse des procédures collectives, tant au niveau des procédures préventives de ces réformes (p.1), qu'au niveau des procédures de traitement (p.2).

Paragraphe 1- l'évolution du domaine préventif des réformes des procédures collectives

223. Aujourd'hui, le domaine préventif de la loi des entreprises en difficulté, s'articule autour de deux procédures préventives, n'ayant pas toutes les deux un caractère collectif, celle nouvellement appelée la conciliation (A), qui est venue remplacer la procédure de règlement amiable et combler les insuffisances afférentes. Et celle de sauvegarde (B) qui constitue la procédure phare de la réforme du 26 juillet 2005.

A- La conciliation dans sa nouvelle dimension

224. Outre les procédures d'alertes[299] et le mandat ad hoc[300] qui ont une finalité purement préventive, mais n'emportent pas d'effets à l'égard des créanciers, la procédure de conciliation vient renforcer un arsenal juridique préventif en relation avec les difficultés qu'une entreprises peut rencontrer.

En effet, la nouvelle législation a étendu le domaine d'application de la conciliation qui s'applique désormais à tous les professionnels exerçant à titre individuel, y compris les professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé[301]. A ces personnes éligibles s'ajoutent, toute entreprise, personne morale ou physique. Le chef d'entreprise ou le professionnel libéral[302] éprouvant une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible et ne se trouvant pas en cessation de paiement depuis plus de 45 jours, peut saisir le tribunal pour le bénéfice d'une procédure

[299]-elle est visée par l'article L612-3 si l'alerte est déclenchée par le commissaire aux comptes et L611-2 du code de commerce si celle-ci est déclenchée par le président du tribunal

[300]-le mandat ad hoc est visé par l'article L611-3 du code de commerce.

[301]-art L611-5 du code de commerce.

[302]-le tribunal de grande instance est compétent pour l'ouverture des procédures de conciliation à l'égard des professionnels libéraux.

de conciliation. Celle-ci est ouverte par le président du tribunal de commerce[303] qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas 4 mois.

Par ailleurs, la question est de savoir si le droit des créanciers, et notamment leur droit de poursuites individuelles ne sera atteint par l'ouverture de la conciliation ou pendant la recherche d'un accord amiable (1), pareillement lors d'une constatation ou lors de l'homologation d'un accord (2).

1- Le droit des poursuites individuelles et d'exécution pendant la recherche d'un accord amiable

225. La procédure de conciliation se distingue par sa confidentialité du fait qu'elle ne fait pas l'objet d'une publication, une fois le conciliateur désigné, il a pour mission de favoriser l'aboutissement d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers ou ses contractants habituels, à dessein de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut, dans le cadre de son mandat, présenter toute proposition de nature à sauvegarder l'entreprise en vue de la poursuite de son activité et en faveur du maintien de ses emplois.

Cependant, la mission du conciliateur qui est de rechercher un accord amiable après l'ouverture de la procédure de conciliation n'entraine pas un arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution pendant la recherche de cet accord, contrairement aux régimes antérieurs[304].

226. Compte tenu du caractère non collectif de cette procédure, les créanciers ne subissent aucun effet lors de l'ouverture de la procédure de conciliation, ou pendant la recherche d'un accord amiable par le conciliateur, en conséquence, ils peuvent exercer librement leurs actions individuelles et agir en exécution contre le débiteur faisant l'objet d'une procédure de conciliation. En outre, aucune interdiction de paiement n'est prévue par la réglementation en vigueur, à la différence de l'ancienne législation si d'aventure une ordonnance visant la suspension provisoire des poursuites venait à être rendue.

Toutefois, rien ne semble interdire au conciliateur durant son mandat, de s'appuyer sur le principe de la liberté contractuelle, pour demander aux créanciers qui souhaitent poursuivre individuellement le débiteur ou le garant, d'y renoncer, au moins durant la procédure de conciliation.

---

[303]-la décision d'ouverture d'une conciliation est faite par ordonnance, elle est susceptible d'appel de la part du ministère public

[304]-au regard de la loi du 25 janvier 1985, la suspension provisoire des poursuites n'était accordée que s'il y a un péril réel pour l'entreprise, ou si les créanciers conditionnent cette suspension pour leur participation à l'accord amiable. Quant à la loi du 10 juin 1994, celle-ci prévoyait la faculté d'une suspension provisoire des poursuites si seul le conciliateur a estimé que c'est nécessaire.

227. Nonobstant, l'absence d'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution pendant la recherche d'un accord connait une exception, lorsque, le débiteur lui-même sollicite le président du tribunal afin que celui-ci lui accorde des délais de grâce en vertu des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. Toutefois, la jurisprudence approuve le fait que seules les procédures exécutoires et actions en justice tendant au paiement de sommes d'argent, engagées postérieurement à l'ouverture de la procédure de conciliation pourront bénéficier des dispositions de l'article L611-7 du code de commerce[305], mais cette décision n'est pas encore confirmée par la cour de cassation. Par ailleurs, l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit qu'une seule mise en demeure faite par le créancier au débiteur suffit pour permettre à ce dernier de saisir le président du tribunal à cet effet[306].

L'intérêt de cette mesure consistant à octroyer des délais de grâce au débiteur lors de la recherche d'un accord amiable, est une initiative du législateur qui a pris au sérieux l'hypothèse selon laquelle des poursuites exercées par un créancier risquaient de provoquer l'échec du processus de conciliation. Cette mesure est destinée à pallier les obstacles de nature à compromettre la recherche d'une conciliation.

Il convient de souligner qu'au cours de la procédure de conciliation, les créanciers ne peuvent pas sanctionner l'état de cessation de paiement de leur débiteur, et l'assigner pour l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, étant donné que le juge ne peut pas être légalement saisi à ces fins dès lors qu'une conciliation est en cours.

228. Quant à la situation des garants lors de la recherche de l'accord de conciliation, l'ouverture de la procédure de conciliation n'engendre pas d'effets à leur encontre, et même les délais de grâce accordés au débiteur ne leur sont pas profitables, de fait, les créanciers peuvent librement engager les poursuites qui leur sont reconnues par la loi[307]

Force est de constater que le droit de poursuites individuelles des créanciers n'est pas atteint par l'ouverture de la procédure de conciliation, ou pendant la recherche d'un accord amiable, mais ceux-ci peuvent se voir imposer des délais de grâce par la juridiction ouvrant la procédure. La législation actuelle a certes supprimé cette mesure qui apparaissait arbitraire pour les créanciers dans le cadre du règlement amiable antérieur. En revanche, ces délais eux-mêmes semblent constituer un avantage certain pour le débiteur s'ils lui sont octroyés, mais, ils peuvent être utiles pour le conciliateur dans sa démarche.

[305]-CA Pau, 2ème ch., 1ère section, 17 janvier 2008, n°06/03873.

[306]-le débiteur assigne le créancier poursuivant ou l'ayant mis en demeure devant le juge qui a ouvert la conciliation, la demande du débiteur est portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite ou des mesures exécutoires, celle-ci doit sursoir à statuer, jusqu'à la décision statuant sur les délais.

[307]-O.SALVAT., « La situation des garants », *Rev. proc. Coll.*, juin 2006, p.147.

2- Le droit des poursuites individuelles et d'exécution à la conclusion de l'accord amiable

229. La nouvelle législation[308] prévoit la possibilité pour le débiteur lors de la conclusion de l'accord amiable d'opter pour une constatation de l'accord (a), ou pour une homologation de celui-ci (b).

a- L'accord constaté

230. Pour préserver le caractère confidentiel de l'accord, le débiteur a intérêt à procéder à une constatation de l'accord amiable et non à son homologation. Pour ce faire, il doit adresser une requête conjointe des parties au président du tribunal qui statue au regard d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou qu'il y met fin. Le président du tribunal ouvrant la procédure de conciliation constate l'accord et lui revêt la force exécutoire. Cette décision qui constate l'accord met fin à la procédure de conciliation.

En l'espèce, cette décision a pour effet d'interrompre ou interdire conformément à l'article L611-10-1 du code de commerce toute action en justice, d'arrêter ou interdire toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur par les créanciers faisant partie de l'accord, en vue d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Toutefois, cette mesure ne concernait que les accords homologués avant 2008.

En revanche, les créanciers, ne faisant pas partie de l'accord, peuvent engager librement des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur, même si cela risque de compromettre l'exécution de l'accord. En pratique rien n'empêche le créancier, dans ce cas de figure, de solliciter la juridiction saisie pour bénéficier de délais de grâce en invoquant l'exécution d'un accord amiable qui résulte d'une procédure de conciliation.

231. Au demeurant, la loi restait silencieuse quant à la situation des coobligés, cautions, et autres garants autonomes lorsque l'accord était seulement constaté, elle leur confère désormais le droit de se prévaloir des dispositions de l'accord constaté.

En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord constaté, les créanciers, y compris ceux auxquels des délais de paiement ont été imposés en vertu des dispositions du code civil, peuvent saisir le président du tribunal, qui prononce la résolution du plan, cet accord peut être résolu de plein droit dans les conditions énoncées par l'article L611-12 du code de commerce[309]. Mais le débiteur a la possibilité de présenter une nouvelle demande

[308]- l'Article L611-8 modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

[309]-il prévoit que : « L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas,

d'ouverture d'une procédure de conciliation postérieurement à la résolution de l'accord de conciliation du moment que le débiteur continue à remplir les conditions d'ouverture d'une conciliation.

232. Il convient de préciser par ailleurs, que si la conciliation est simplement constatée, le débiteur qui aurait obtenu des avantages ou obtenu des banquiers la remise de fonds nouveaux recevra des avantages gratuitement car, dans l'hypothèse où le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, le banquier ne sera pas dans une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers. Il ne bénéficierait pas du privilège de la conciliation. Dans la circonstance, le banquier doit s'abstenir d'accorder un avantage dans le cadre d'une conciliation simplement constatée.

b- L'accord homologué

233. L'accord homologué provoque les mêmes effets que l'accord constaté relatif à la suspension et l'interdiction des poursuites individuelles par les créanciers faisant partie de l'accord. Pour les créances qui en font l'objet, mais qui sont à cette homologation, le législateur exige que le débiteur remplisse trois conditions sine qua non, à savoir :

- le débiteur ne doit pas être en cassation des paiements sans quoi l'accord va y mettre fin.

-les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise.

-l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.

Il est dans l'intérêt des créanciers d'insister pour que l'accord soit homologué compte tenu des avantages qui peuvent en découler, en l'occurrence, le débiteur est seul habilité à saisir le tribunal aux fins d'homologation de l'accord de conciliation. Désormais, cette homologation pourrait être obtenue même après écoulement du délai du mandat de conciliateur, prorogé d'un mois, du moment que le tribunal aura été saisi d'une demande d'homologation de l'accord avant l'expiration de ce délai légal.

En effet, le jugement statuant sur l'homologation doit être publié eu égard aux effets qu'il produit à l'égard des créanciers, celui-ci est susceptible d'appel par le ministère public, et d'une tierce opposition de la part des parties à l'accord en cas d'une contestation relative au privilège prévu par l'article L 611-11 du code de commerce.

---

les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11.

En conséquence, l'homologation de l'accord entraine de plein droit la levée de toute interdiction d'émettre des chèques mis en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation[310].

234. Relativement aux effets de l'accord homologué à l'égard des créanciers, tout d'abord, les créanciers non signataires de l'accord ne seront aucunement tenus par celui-ci, et le tribunal ne pourra pas leur imposer des délais de grâce compte tenu de l'ordonnance de 2008 qui a procédé à la suppression de cette disposition. Ensuite, les créanciers faisant partie de l'accord, vont s'assurer qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective ultérieure, la date de cessation de paiement ne pourra pas être remontée à une date antérieure au jugement ayant homologué l'accord, sauf en cas de fraude[311]. De la sorte, les créanciers signataires de l'accord n'encourront pas le risque des nullités pour la période suspecte, en ce qui concerne les actes accomplis antérieurement à la recherche de l'accord, et ceux accomplis pendant la recherche d'un accord, ce qui donne à l'homologation l'autorité de la chose jugée[312].

Un autre effet que l'accord homologué peut entrainer, est celui du privilège de la conciliation, qui constitue un apport substantiel de la loi de 2005 comparativement au régime antérieur du règlement amiable.

Ce privilège a lieu, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, et consiste à conférer aux personnes ayant consenti dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. Les personnes qui fournissent, dans le même accord, un nouveau bien ou service pour la même finalité sont payées pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L 622-17 et au II de l'article L 641-13[313]. Ainsi, ces créanciers bénéficient d'un rang très favorable, et ils ne seront devancés que par les créanciers superprivilégiés des salaires, et par les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour le déroulement de la procédure.

Il faut préciser que ce privilège est général du fait qu'il porte tout à la fois sur les biens meubles et les biens immeubles du débiteur. Toutefois, les créanciers bénéficiaires du privilège de la conciliation doivent déclarer leur créance en cas d'ouvertures de procédures collectives, en indiquant que la créance bénéficie de ce privilège, faute de quoi, le créancier ne pourra pas opposer sa qualité de privilégié.

[310]-article L611-10-2 du code de commerce.

[311]- article L 631-8 alinéa 2 du Code de commerce.

[312]- X. De ROUX, rapport assemblée nationale, n°2095, février 2005, p.214.

[313]-article L 611-11 du code de commerce.

235. Il en ressort, que la conciliation sous l'empire de la loi actuelle est moins bénéfique pour le débiteur qui souhaite en tirer des avantages, dans la perspective d'éviter d'être poursuivi individuellement par ses créanciers et risquer de se trouver confronté à un contentieux de l'impayé du droit commun. Le législateur s'est rendu compte des répercussions qui pouvaient découler d'une suspension de poursuites et des mesures exécutoires dans le cadre du règlement amiable sous l'ancien régime, et a supprimé cette disposition si controversée. En revanche, il a essayé de rendre la procédure de conciliation avec sa nouvelle appellation plus attractive, il n'a pas voulu lui accorder un caractère collectif, en distinguant cette procédure par sa finalité purement préventive, dans le but d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité.

Corolairement, la procédure de conciliation ne peut pas être un facteur de hausse des procédures collectives, étant donné qu'elle n'est pas une procédure collective, et qu'elle n'a pas concouru au basculement du contentieux de l'impayé.

B- La nouvelle procédure de sauvegarde

236. La procédure de sauvegarde constitue la principale nouveauté de la réforme du 26 juillet 2005, une véritable procédure collective avec une finalité préventive, dès lors que celle-ci se dissocie de la procédure de redressement judiciaire par la cessation des paiements.

En effet, la loi de 2005 a exigé comme critère pour l'ouverture de cette procédure, des difficultés de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements, une condition indispensable qui confère au débiteur seul la possibilité de se placer sous la protection de l'institution judiciaire, dans le but de ne pas compromettre davantage la situation de l'entreprise, et lui permettre de poursuivre son activité économique, sans que le recours à la procédure soit pour autant un moyen d'exiger des négociations aux créanciers.

Pourtant, le critère économique d'ouverture de la procédure de sauvegarde restait flou[314], ce qui a conduit le législateur à revoir ce critère d'ouverture en vue de l' assouplir et de la rendre plus attractive. En fait, l'ordonnance du 18 décembre 2008 prévoit que le débiteur, sans être en cessation des paiements, doit justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter[315]. Les difficultés en question, et qui peuvent fonder l'ouverture de la procédure de sauvegarde, peuvent être de nature économique, juridique, sociale, financière, ou de toute autre nature, du moment que le débiteur est dans l'impossibilité de les surmonter.

[314]- P-M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, éd.5, Dalloz Action. 2010-2011. p.340

[315]-l'article L620-1 du code de commerce prévoit ; « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

Par ailleurs, les conditions d'ouverture doivent être appréciées au jour où il a été procédé à l'ouverture de la procédure de sauvegarde[316].

237. Quant au domaine d'application de la procédure de sauvegarde, la loi a étendu le champ d'application de celle-ci aux professionnels libéraux et indépendants, qui s'ajoutent, aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, aux agriculteurs, et aux personnes morales de droit privé[317].

En effet, à la demande du débiteur, qui remplit les conditions mentionnées ci-dessus, le tribunal prononce le jugement d'ouverture, et le juge désigne les organes de la procédure. Le jugement implique l'ouverture d'une période d'observation durant laquelle l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant assisté de l'administrateur judiciaire. Le pouvoir de gestion demeure entre les mains du dirigeant, mais la finalité est celle d'établir un inventaire du patrimoine du débiteur, un diagnostic économique et social de l'entreprise, cette période engendre des effets à l'égard des créanciers, les principaux d'entre eux qui se rapportent à notre recherche se produisent lors de la période d'observation.

En effet, le jugement d'ouverture entraine plusieurs effets à l'égard des créanciers dans la perspective de favoriser la poursuite de l'activité économique, ces effets sont toutefois avantageux pour le débiteur. En l'occurrence, la loi interdit de plein droit à l'entreprise de payer ses créances antérieures au jugement d'ouverture (1), elle interdit également aux créanciers d'engager des poursuites individuelles (2).

1- L'interdiction au débiteur du paiement de créances antérieures

238. En cas de non conversion de la procédure en redressement judiciaire, la période d'observation peut durer jusqu'à 12 mois à partir du jugement d'ouverture, et peut également être prorogée exceptionnellement à la demande du ministère public au regard de l'article L621-3. A cet égard, le créancier peut montrer l'ouverture de la période d'observation, et peut céder facilement aux pressions exercées par son débiteur qui lui avance son recours aux procédures collectives pour lui imposer de nouvelles échéances de paiement, puisque le créancier peut ne pas être sûr de son paiement compte tenu de son rang, ou ignore encore quand ce paiement interviendra dans une procédure qui peut s'avérer longue et parfois épuisante.

[316]-Cass. Com., 26 juin 2007, n°06-17.821, Bull. 2007, IV, n°176 ; A. LIENHARD, « premières décisions de la cour de cassation sur la procédure de sauvegarde », *D.,* juillet 2007, p. 1864 ; M-L. BELAVAL, I. ORSINI ET R. SALOMON, « Chronique de jurisprudence de la cour de cassation chambre commerciale », *D.,* novembre2007, p.2764.

[317]-article L620-2 du code de commerce.

En effet, le jugement d'ouverture emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture[318]. Il s'agit d'une disposition qui soutient le caractère collectif de cette procédure, et par laquelle le législateur a souhaité assurer le principe d'égalité entre les créanciers. Peu importe le privilège de la créance, qu'elle soit chirographaire, privilégiée, assortie ou non d'une sureté, elles subissent le même sort. Même l'origine de la créance n'entre pas en ligne de compte, qu'elle soit d'ordre contractuel, délictuel, légal ou judiciaire, échue ou à échoir. Le critère de l'interdiction repose uniquement sur la date de naissance de la créance, car, toutes les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture sont frappées par cette interdiction. Seule la date du fait générateur doit être prise en compte, et non pas celle d'exigibilité de la créance, Une créance née avant le jugement d'ouverture, mais exigible après l'ouverture de la procédure est visée par cette interdiction.

Cependant, l'acte ou le paiement qui viole les dispositions de l'article précèdent peut être annulé à la demande de tout intéressé, ou du ministère public, dans un délai de 3 ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance, quant aux actes soumis à publicité, le délai commence à courir à partir de la date de publicité.

Il convient de préciser que l'article précise que le créancier titulaire d'un gage sans dépossession prévu par l'article 2286 du code civil, ne peut opposer son droit de rétention pendant la période d'observation, à moins que le bien objet de gage soit compris dans une cession d'activité.

239. Par ailleurs, le législateur s'est montré encore plus rude lorsqu'il a prévu une interdiction de payer des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture qui ne sont pas réellement utiles à la continuation de l'activité, on parle alors des créances postérieures au jugement d'ouverture non éligibles au traitement préférentiel.

Toutefois, pour que la créance subisse un traitement préférentiel, celle-ci doit être née pour les besoins du déroulement de la procédure et de la poursuite de l'activité. Dès lors, elle doit être payée à l'échéance et par privilège[319].

Il faut préciser que le principe d'interdiction de payer des créances antérieures connait des exceptions au regard des dispositions issues de la loi de sauvegarde, lorsque le juge-commissaire permet au débiteur de payer des créances antérieures au jugement d'ouverture pour retirer un gage ou une chose légitimement retenue, ou pour obtenir le retour des biens transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire[320], dès lors que

[318]-l'article L622-7 prévoit : « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture…. ».

[319]-article L622-17 du code de commerce.

[320]-*supra* 477 et s.

ce retrait ou retour est justifié par la poursuite de l'activité. De même pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée justifie la poursuite de l'activité, et à condition que le paiement ne soit pas supérieur à la valeur vénale du bien objet du contrat.

2- L'arrêt des poursuites individuelles

240. Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture, ou les créances postérieures non éligibles au traitement préférentiel, visant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

En outre, ce jugement arrête ou interdit toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles, ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture.

En l'espèce, le débiteur sera protégé de toutes poursuites individuelles engagées par ses créanciers antérieurs de même que ceux qui ne seront pas éligibles à un traitement préférentiel ayant pour objet de payer une somme d'argent, ou encore d'une mesure exécutoire prise à son encontre. Il faut déduire par ailleurs que cette mesure est de plein droit, si même les difficultés ayant amené le débiteur à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne sont pas de nature économique ou financière. Ipso facto, le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde est toujours préjudiciable au créancier.

De surcroit, les créanciers se trouvent privés du cours des intérêts légaux et conventionnels, également pour tous les intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus.

Relativement à la caution et au garant, le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie[321].

241. Il résulte donc de cette analyse, que le jugement d'ouverture demeure bénéfique au débiteur, du moment qu'il arrive à prouver des difficultés, abstraction faite de la nature de celles-ci, seul importe leur caractère insurmontable pour le débiteur, ce qui remet en doute à demeure l'appréciation du juge. Le débiteur peut donc bénéficier d'une protection judiciaire et évincer des mesures exécutoires prises à son encontre ou encore un contentieux de l'impayé pur et simple. Le législateur a assoupli les conditions du bénéfice d'une procédure de sauvegarde, mettant en place des mesures restrictives à l'égard du

[321]-article L622-28 du code de commerce.

créancier qui s'appliquent de plein droit après le jugement d'ouverture, sans que ces mesures soient liées au caractère économique ou financier des difficultés, mais il a mis en perspective l'éventualité des difficultés pouvant conduire le débiteur à une cessation des paiements, afin d'assurer le pragmatisme requis[322].

Subséquemment, cela peut constituer un moyen de pression important dont dispose le débiteur à l'encontre de ses créanciers, et un avantage certain qui joue en sa faveur, suffisamment pour ne plus être dissuadé par une action en paiement de son créancier ou une mesure exécutoire. De surcroit, la situation des créanciers et du banquier après le jugement d'ouverture n'est pas elle non plus des plus confortables[323] : par crainte que leurs créances ne soient pas éligibles de traitement préférentiel, ils hésitent avant même de penser à aider l'entreprise en question à surmonter ses difficultés.

Dans le même ordre d'idée, il est opportun de souligner que les annuaires statistiques de la justice reflètent la forte hausse des demandes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde[324], une hausse qui ne s'explique pas uniquement par l'attractivité et la simplicité de la procédure, certes le législateur en a assoupli les conditions de bénéfice entre la loi 2005 et l'ordonnance de 2008, ce qui a sans doute encouragé davantage le débiteur à y recourir pour mettre fin aux difficultés insurmontables qu'il rencontre, et obtenir éventuellement des remises et des délais de paiement, mais il semblerait également que cette sauvegarde représente pour le débiteur une belle occasion de renégocier avec ses créanciers, une fois en position de force, et, le cas échéant, se procurer des avantages qui en résultent, évitant ainsi la pression judiciaire de ses créanciers.

Paragraphe 2- l'évolution du domaine de traitement des entreprises en difficulté

242. Le domaine du traitement des entreprises en difficulté n'a pas été lui non plus épargné par les réformes introduites en la matière. En effet, la nouvelle législation est venue pondérer un équilibre perdu sous l'empire du régime antérieur entre les intérêts du débiteur et ceux du créancier, et qu'on estimait amoindri dans l'ancienne législation, au profit de la recherche inconditionnelle du sauvetage de la plus grande partie des entreprises en difficulté. Certes, la conciliation entre ces objectifs est toujours une rude épreuve à laquelle le législateur est tenu de faire face, et pouvant générer des conflits d'intérêt.

---

[322]-J-F. BARBIERI, « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises- Réflexions liminaires », *Rev. proc. Coll.,* 2005, n° 9, p.346 et s

[323]-A. RENARD, « La situation des créanciers dispensateurs de crédit au lendemain de la loi de sauvegarde des entreprises », mémoire soutenu à l'université de Lille II, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales,. 2006/2007 et 2007/2008. p.95 et s.

[324]-elle est passée de 516 demandes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde à 1787 en 2009 et puis 1567 en 2010. Annuaire statistique de la justice, éd. 2011-2012.

Evidemment, la procédure de sauvegarde a occupé considérablement la pensée du législateur, et se retrouve dans les lignes directrices des dernières lois mises en place. Un changement de priorité a fait basculer ces procédures vers un esprit d'anticipation pour traiter les difficultés en amont, et à l'initiative du débiteur, laissant ainsi le domaine du traitement des entreprises sans modifications substantielles.

A vrai dire, le législateur s'est efforcé de mettre en place des textes plus cohérents permettant de différencier chaque procédure de l'autre, en veillant à ce que chacune d'elles soit utile dans une situation donnée.

A ce propos, comme en matière préventive, le champ d'application des procédures visant le traitement des entreprises en difficulté s'est étendu aux professions indépendantes et libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé.

243. Cependant, l'état de cessation des paiements demeure − comme sous l'empire de la loi de 1985 − la condition principale de l'ouverture d'une procédure de redressement et de liquidation judiciaires. Mais le législateur a apporté une modification qui concerne la notion même de celle-ci. En optant en faveur de la reprise de la jurisprudence antérieure[325], il a procédé en l'occurrence à l'inclusion des réserves de crédit sur l'actif à prendre en compte, et à l'imputation des dettes, pour lesquelles le débiteur a obtenu un moratoire de la part des créanciers du passif exigible.

On tentera par ailleurs de mettre en avant les répercussions des nouveaux apports de la législation récente sur, à la fois le dénouement de la procédure de redressement judiciaire (A), et de la liquidation judiciaire (B), en vue de constater si la place du droit du créancier lié à sa créance est affectée ou non par l'ouverture de ces procédures.

A- Le redressement judiciaire : une procédure sans grandes modifications

244. Comme en matière de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire ne peut être utile que lorsque le débiteur est en mesure de poursuivre son activité, elle constitue une deuxième chance de redressement offerte au débiteur qui n'a pas su anticiper les difficultés qui pouvaient le conduire à une cessation des paiements, mais cette procédure est moins cardinale qu'auparavant[326].

En effet, à la différence de la sauvegarde, le jugement d'ouverture de la procédure de redressement, l'administrateur peut être chargé d'assister le débiteur ou d'assurer seul la gestion de l'entreprise.

---

[325]-Cass. Com., 18 mars 2008, n°06-20.510, Bull. 2008, IV, n°64 ; Cass., Com. 16 décembre 2008, n°07-16.178; V., P. SAGNOLI, Entreprises en difficulté, *Rép. com. Dalloz,* (Procédure et organes), mars 2010, n° 415,

[326]-M. GUILLAUME, audition devant la commission des lois, in Rapport assemblée nationale, n°2094, 11 février 2005.

245. En ce qui concerne l'ouverture de celle-ci, les conditions n'ont pas été modifiées par la loi de sauvegarde, elle s'ouvre à l'égard de tout débiteur éligible par l'article L631-2 du code de commerce, se trouvant dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible et qui se trouve en cessation de paiements[327].L'ouverture de la procédure donne lieu à une période d'observation qui provoque des effets à l'égard des créanciers (1).

A l'issue de cette période d'observation, le tribunal peut arrêter un plan de continuation s'il estime qu'il y'a de véritables perspectives pour redresser l'entreprise, et que celle-ci réalise les résultats espérés, à savoir la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi, et l'apurement du passif. Ce plan lui-même produit des effets à vis-à-vis des créanciers (2).

1- La situation des créanciers lors de la période d'observation issue de la procédure de redressement judiciaire

246. Le jugement d'ouverture de redressement judiciaire où le tribunal fixe la date de cessation des paiements[328], condition d'ouverture de la procédure, donne lieu à une période d'observation qui ne peut excéder un délai maximum de 18 mois, au cours duquel la santé de l'entreprise est diagnostiquée, cela produit forcément des effets à l'égard des créanciers. Toujours dans le but de favoriser la poursuite de l'activité économique de l'entreprise, comme en matière de sauvegarde, la loi interdit au débiteur de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, elle suspend également les poursuites à son encontre (a). Par ailleurs, un changement s'est opéré sous l'empire de la nouvelle législation relatif aux effets de la non-déclaration de la créance (b).

a- Interdiction du paiement des créances antérieures et suspension des poursuites

247. À l'instar de la période d'observation dans le cadre de la sauvegarde, et eu égard au caractère collectif de la procédure de redressement judiciaire, la loi interdit à l'entreprise de payer toutes les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, et ce quel que soit le privilège dont la créance est assortie, ou l'origine de celle-ci, seul importe la date du fait générateur de la créance, et non pas sa date d'exigibilité. En outre, cette interdiction vise les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture qui ne sont pas réellement utiles à la poursuite de l'activité.

[327]-article 331-1 du code de commerce

[328]-A défaut de détermination de cette date, l'article L631-8 prévoit que la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure, elle peut être toutefois reportée une ou plusieurs fois, sans qu'elle soit antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure, hors en cas de fraude.

En revanche, toutes les exceptions applicables en matière de sauvegarde s'appliquent dans cette phase de procédure, notamment les paiements des créances antérieures autorisés par le juge commissaire, notamment pour retirer un gage ou une chose légitimement retenue, ou pour obtenir le retour des biens transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, également pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, du moment que ces paiements peuvent justifier la poursuite de l'activité.

248. Quant aux poursuites individuelles, elles sont frappées d'interdiction pour toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture, ou pour les créances postérieures non éligibles au traitement préférentiel visant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Le débiteur sera ainsi protégé de toute procédure d'exécution de la part de ses créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles, ainsi que de toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement.

Cependant, contrairement à la sauvegarde, les personnes physiques, coobligés ou ayant consentis une sureté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'arrêt du cours des intérêts lors de cette phase de la procédure. Le législateur a voulu, à travers cette restriction à l'égard de ces personnes, privilégier la procédure de sauvegarde et améliorer son attractivité.

249. Par voie de conséquence, le débiteur se trouve aussi bien en sauvegarde qu'en redressement protégé à la fois contre les poursuites individuelles de ses créanciers, ainsi que les mesures exécutoires engagées à son encontre.

Il convient de souligner que le législateur a procédé très récemment à la mise en place d'une disposition[329] issue de la loi n°2012-346 du 12 mars, qui permet au président du tribunal d'ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait, à l'encontre duquel une action en responsabilité a été introduite, fondée sur une faute ayant conduit à la cessation des paiements du débiteur, soit par l'administrateur soit par le mandataire judiciaire.

b- Les nouveaux effets de la non-déclaration de la créance

250. Bien que la déclaration des créances suscite des débats relativement à sa qualification juridique[330] : elle est en effet regardée tantôt comme une demande en

[329]-article L631-13 du code de commerce

[330]-P-M LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », LPA,. 28 novembre 2008, n°239., p. 79 et s.

justice[331], tantôt comme un acte conservatoire[332]. Cet acte juridique constitue une manifestation par laquelle le créancier peut faire valoir son droit dans le cadre de la procédure collective.

A ce propos, sont tenus de déclarer leur créance tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture et postérieurs à celui-ci non éligibles de traitement préférentiel, dans les deux mois à compter de la publication du jugement[333].

Dans ce même délai, sont également tenus de déclarer leurs créances, les créanciers titulaires d'une sureté publiées ou liés au débiteur par un contrat publié après avoir été avertis personnellement par le mandataire judiciaire. Ce délai commence à courir à compter de la notification de l'avertissement. L'ensemble de ces déclarations doit porter sur le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir ainsi que la date de leur échéance, sans négliger de préciser la nature du privilège ou de la sureté assortie à la créance.

251. Néanmoins, la problématique se pose lors de la non-déclaration de la créance dans les délais, en l'absence d'une action en relevé de forclusion, même si le créancier a obtenu un titre exécutoire préalablement au jugement d'ouverture. En effet, le régime de la législation précédente s'est montré sévère à l'égard de ces créances non déclarées, car elles étaient frappées d'extinction du moment qu'elles n'étaient pas déclarées dans les délais, et qu'aucune action en relevé de forclusion n'était engagée dans le délai légal, cette extinction avait un effet définitif et irrévocable.[334]. Il s'agit d'une disposition qui violait à l'évidence l'article 5 du règlement CE du 29 mai 2000[335], selon lequel les droits réels d'un individu ne peuvent aucunement être affectés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

C'est sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises que le principe d'extinction a été supprimé. La loi atténue par ailleurs cette sanction à l'encontre de ces créances, en soulignant que les créanciers n'ayant pas déclaré leur créance, et n'ayant pas procédé à une action en relevé de forclusion, ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes[336],

[331]-Cass. Com., 14 décembre 1993, n°93-10.696, Bull. 1993, IV, n°471, p.343, Y. CHARTIER, « La validité de la déclaration de créance par le directeur général d'une société anonyme ou son délégataire », Rev. Sociétés,avril 1994, p.100.

[332]-Cass. Civ. 3ème ch, 29 janvier 2003, n°00-21.945, Bull. 2003, III, n°21, p.21.

[333]-ce délai est prorogé de deux mois pour les créanciers ne demeurant pas sur le territoire Français.

[334]-Cass. Com, 21 juin 2005, n° 04-13.892, bulletin 2005, IV, n°132,. p.141 ; A. MARTIN-SERF, « Déclaration et vérification des créances. Forclusion et relevé de forclusion : conditions et conséquences », *RTD. Com*.,mars 2006, p.201.

[335]-règlement n°1346/2000 du conseil, 29 mai 2000.

[336]-article L622-26 du code de commerce

par voie de conséquence, ces créances sont inopposables à la procédure, et le créancier ne peut en aucun cas prétendre à des répartitions. Cette inopposabilité implique en outre l'exclusion de la compensation pour des dettes connexes[337].

En l'espèce, le créancier peut reprendre son droit de poursuite individuelle après clôture du plan de redressement, sans aucune réserve quant à la prescription qui peut frapper sa créance, du fait que seules les créances déclarées bénéficient d'un effet interruptif de la prescription lié à cette déclaration, car rien n'empêche le créancier de se prévaloir des dispositions de l'article L 622-26 du Code de commerce qui prévoit, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, une inopposabilité de la créance non déclarée dont les effets sont prolongés après complète exécution du plan de sauvegarde. Cet article étant applicable en matière de redressement judiciaire au regard de l'article L631-14. La doctrine conforte également cette position[338].

Le créancier peut reprendre également ses poursuites individuelles si le plan de redressement n'est pas correctement exécuté par le débiteur, le tribunal prononce dès lors la résolution, Si cette résolution intervient alors que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, le créancier va pouvoir reprendre ses poursuites individuelles. Si une procédure collective est de nouveau ouverte pour une nouvelle cessation des paiements, le créancier pourra valablement déclarer sa créance lors de cette deuxième procédure.

La loi précise au demeurant, que les créanciers peuvent se prévaloir de ce qui ne leur est pas imputable, et qui résulte d'une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste de créances pour relever la forclusion en cas de non déclaration de leur créance[339].

252. En ce qui concerne le garant, l'inopposabilité de la créance non déclarée affecte la caution, dans la mesure où la sanction relative à l'exclusion du créancier des répartitions et dividendes ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, afin de se soustraire à son engagement[340], en revanche, cette sanction ne porte pas atteinte à son droit de subrogation[341].

En l'occurrence, cette disposition vient pour secourir le créancier qui voyait sa créance éteinte du fait qu'elle n'est pas déclarée dans le passif du débiteur et de ne pas engager

[337]-Cass. Com., 3 mai 2011, n°10-16.758., bulletin 2011, n° VI, n°66 ; A. MARTIN-SERF, « Déclaration et vérification des créances. La compensation suppose une déclaration », *RTD. Com*.,novembre 2011, p.635

[338]- P-M LE CORRE,. *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action. 2010-2011. p.1671

[339]- article L622-26 du code de commerce

[340]-Cass. Com., 12 juillet 2011, n°09-71.113, Bull. 2011, IV, n°118 ; P. CROCQ, « droit des sûretés », *R.,* avril 2011-avril 2012, p.1573.

[341]- B. BRIGNON, « Sort des créances non déclarées et cautionnement solidaire », *Rev. Proc. Coll.,* septembre-octobre 2011, éd.5, p.18 et s.

dans les délais une action en relevé de forclusion. Il s'agit d'une disposition protectrice qui vient renforcer le droit du créancier et mettre fin à cette mesure si controversée.

2- La situation des créanciers lors de l'arrêté du plan de redressement

253. Les dispositions de la sauvegarde sont elles-mêmes applicables en matière d'adoption du plan en matière de redressement[342], mais aucun texte ne vient définir avec précision les critères d'adoption d'un plan de redressement, comme la législation précédente qui exigeait des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, cette condition demeure une évidence pour que le tribunal arrête le plan de redressement.

Si le tribunal estime que l'entreprise a de véritables possibilités d'être redressée, il arrête le plan de redressement et en fixe la durée, ce plan peut être accompagné d'un plan de cession partielle, ou de l'arrêt de certaines branches d'activité.

Cette décision implique la perte des pouvoirs de défense de l'intérêt collectif du représentant des créanciers, et il ne pourra effectuer que des vérifications portant sur le passif au regard de l'article L621-67. Il ne peut, dans la circonstance, engager une action liée à un impayé.

Par ailleurs, le tribunal désigne un ou plusieurs commissaires chargés de l'exécution du plan, le tribunal peut en outre imposer des délais aux créanciers non acceptants, cependant, il ne peut pas leur imposer des remises. A cet égard, les parties doivent respecter les dispositions du plan, et les créanciers ne peuvent revenir sur les sacrifices qu'ils ont consentis ou autres engagement imposés par le tribunal au profit du débiteur dans le cadre du plan.

Il convient de rappeler que les créanciers figurant sur le plan ont le droit d'obtenir le paiement de dividendes à l'échéance, à défaut, le commissaire à l'exécution du plan peut seul agir en justice pour contraindre le débiteur à s'acquitter[343]. Après obtention d'un titre exécutoire[344], il peut procéder à toute forme de saisie à cet effet, dans la mesure où plan n'est pas résolu.

Une autre mesure qui peut produire des effets à l'égard des créanciers est celle relative à l'inaliénabilité d'un bien ou d'un ensemble de biens de l'entreprise, que le tribunal peut prononcer lors du plan de redressement, cette éventuelle mesure emporte l'insaisissabilité des biens rendus inaliénables, et les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture non-soumis au plan de redressement. Les créanciers postérieurs au plan, ainsi que les créanciers

[342]-sont visées par l'article L631-19 du code de commerce : l'élaboration du plan : L626-1 à L626-5, et les conditions d'arrêté du plan : L626-6 à L626-25, ainsi que les prérogatives des comités de créanciers : L626-26 à L626-32.

[343]-c'est une mesure issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008

[344]-l'ordonnance d'admission au passif ou la décision arrêtant ne constitue pas selon la jurisprudence un titre exécutoire. CA Grenoble, ch. Urg., 19 novembre 1991, revue des procédures collectives, 1993, 83, n°11.

de dividende du plan ne peuvent aucunement procéder à la saisie de ces biens. Toutefois, le tribunal est seul compétent pour la levée de cette inaliénabilité lors d'une éventuelle modification du plan.

254. La nouvelle loi prévoit que le tribunal peut prononcer la résolution du plan en cas d'inexécution des engagements pris dans le plan par le débiteur, ce qui conduit inéluctablement à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Dès lors, les créanciers reviennent à l'état antérieur au plan de redressement[345].

En somme, la réforme des procédures collectives n'a pas eu de changements substantiels sur la procédure de redressement, le législateur a essayé de rééquilibrer les intérêts des parties dans la procédure, en procédant à la mise en place de textes allant plutôt dans le sens de la protection du créancier, sans apporter d'avantages notables en faveur du débiteur.

B- La liquidation judiciaire dans sa nouvelle dimension

255. La procédure de liquidation représentait la fin de l'activité de l'entreprise avec une réalisation du patrimoine, certes la finalité est restée la même : il s'agit de la procédure dans laquelle le législateur pense le plus au règlement des créanciers. Mais quelques modifications procédurales ont été apportées par la nouvelle législation[346], notamment celles qui affectent le créancier.

En effet, cette procédure est ouverte à tout débiteur visé par l'article L640-2 du code de commerce, en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible, le texte n'indique pas toutefois l'obligation d'une cessation d'activité comme dans le régime antérieur[347]. Par ailleurs, celle-ci est ouverte immédiatement, ou sur la conversion d'une procédure de redressement judiciaire ou de sauvegarde, le cas échéant, elle peut résulter de l'extension de la procédure de liquidation en cas de confusion de patrimoine ou de fictivité de la personne morale. Il convient de souligner que sous l'empire de la nouvelle législation, le créancier peut assigner son débiteur en vue de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire sous réserve qu'il arrive à établir des éléments de nature à établir qu'un redressement est manifestement impossible[348].

---

[345]- P-M LE CORRE,. *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action. 2010-2011. p.1024.

[346]-le législateur Français a mis en place à travers l'ordonnance de 2008, une procédure de liquidation simplifiée destinée aux débiteurs ne possédant pas un bien immobilier, elle s'applique également aux très petites entreprises. Le but de cette procédure étant de réduire la durée de la liquidation, estimée trop longue, à douze mois.

[347]-ancien article L 622-1 du code de commerce.

[348]- art R 640-1 du code de commerce.

256. Relativement aux effets que produit cette procédure à l'égard des créanciers, ils sont identiques à ceux produits par l'ouverture d'une procédure de redressement, particulièrement en ce qui concerne l'interdiction du paiement des créances antérieures et l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution ainsi que l'arrêt du cours des intérêts.

Dans la même optique, nous nous intéresserons aux effets de la liquidation judiciaire par extinction du passif (1), puis on s'arrêtera sur les effets de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif (2).

1- Les effets de la procédure de liquidation par extinction du passif

257. Les créanciers peuvent être désintéressés dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire si le liquidateur dispose de sommes suffisantes aux fins de règlement des créanciers[349], dès lors le tribunal prononce la clôture de la liquidation judiciaire.

En effet, le liquidateur procède au paiement de tous les créanciers du débiteur quel que soit leur rang, ou le privilège qu'ils détiennent sur la créance, même les dettes qui ne sont pas encore exigibles sont payées, étant donné que le jugement de liquidation et celui arrêtant le plan de cession totale entrainent la déchéance du terme. De la sorte, toutes les créances valablement déclarées deviennent exigibles, notamment celles qui font l'objet d'une contestation, du moment qu'aucune décision n'a été rendue.

Par ailleurs, les créanciers peuvent être payés par le débiteur, ou un tiers, qui paie en lieu et à la place du débiteur, en l'occurrence, ce dernier ne sera pas subrogé dans les droits des créanciers, et ne peut intenter aucune action à l'encontre du débiteur même lorsqu'il s'agit d'une cession de créance, d'ailleurs celle-ci n'est pas envisagée dans cette occurrence[350].

258. Cependant, le problème qui peut être soulevé si cette clôture de procédure survient est celui du créancier qui n'a pas été désintéressé dans le cadre de la procédure alors même qu'il avait valablement déclaré sa créance. Par oubli ou omission, la procédure a été clôturée par extinction de passif. En l'espèce, la loi ne prévoit pas la réouverture de la procédure dès lors qu'elle a été clôturée par une extinction de passif.

En effet, on peut distinguer deux cas de figures. Soit le débiteur est une personne physique. Dans ce cas, le créancier peut poursuivre son débiteur selon les dispositions du droit commun pour faire valoir son droit de créance. Il peut également former une tierce opposition au jugement de clôture de la procédure.

[349]-article L643-9 du code de commerce.

[350]- J. VALLANSON, « Clôture pour insuffisance d'actif », *JCL. Com*., éd.2008, n°21, fasc. 2770, Redressement et liquidation judiciaires.

Si le débiteur est une personne morale, dans ce cas le code civil pose comme règle la dissolution de la société uniquement par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire[351]. Cette dissolution intervient au jour même de l'ouverture de la liquidation judiciaire, mais, on doit alors se demander si la dissolution de la société produit la perte de sa personnalité morale.

Au regard de l'article 1844-8 du code civil[352], la personnalité morale de la société ne peut être perdue qu'au jour de la publication de la clôture de la liquidation judiciaire, autrement dit, le jour de sa radiation du registre du commerce à compter du jugement de clôture de la liquidation judiciaire.

Nonobstant, la cour de cassation[353] a eu une autre vocation lorsqu'elle a estimé que la personnalité morale d'une société peut perdurer même après la publication du jugement de liquidation, du moment que les droits et obligations à caractère social n'ont pas fait l'objet d'une liquidation.

Par analogie, l'existence d'une créance ayant été valablement déclarée, mais n'ayant pas été réglée lors de la procédure de liquidation, constitue des droit et obligation à caractère social, qui continuent à exister malgré la clôture de la procédure par extinction du passif, ipso facto. Ainsi, la personnalité morale de la société doit persister. Dans la circonstance, le créancier peut engager une action contre la société débitrice postérieurement à la clôture de la procédure par extinction du passif. Le droit des sociétés prévoit en effet la désignation d'un mandataire ad hoc qui agit au nom de la société.

2- Les effets de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif

259. Abstraction faite de distinction relevée entre la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, l'occurrence dans laquelle le liquidateur se trouve dans l'impossibilité de poursuivre les opérations relatives à la liquidation pour défaut d'actif disponible, la liquidation prend fin en l'occurrence avant même son terme. Et la clôture de la procédure avec insuffisance d'actif, ou la procédure arrive à son terme, sans que le liquidateur, après la cession de l'actif de l'entreprise, réussisse à désintéresser tous les créanciers. Le législateur ne différencie pas en effet entre ces deux cas de figure, et il pose uniquement le principe de la clôture de procédure pour insuffisance d'actif en vertu de l'article L643-9 du code de commerce.

[351]-article 1844-7 du code civil.

[352]-« …. La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci.»

[353]-Cass. Com, 12 avril 1983, n°81-14.055 ; Cass. Com, 2 mai 1985, n°83-17.409, Bull. 1985, IV, n°139, p.120.

260. Toutefois, la condition d'insuffisance d'actif pour clôturer la procédure nous incite à nous interroger sur leur droit de poursuite postérieure à la clôture de la procédure de liquidation judiciaire afin de régler les créanciers qui n'ont pas été payés ou qui n'ont été que partiellement désintéressés.

En effet, la loi du 13 juillet 1967 énonçait le principe d'interdiction de reprise des poursuites par les créanciers après la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif, cette interdiction vise également les créanciers privilégiés[354].

Cependant, la loi de 1985 a évoqué la possibilité de poursuites individuelles après la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif, cette disposition a été prévue par l'article L622-32 du code de commerce dans sa rédaction antérieure.

Cette solution a été confirmée par la loi de sauvegarde de 2005, qui a prévu la reprise des poursuites individuelles si la créance résulte :

1-d'une condamnation pénale du débiteur : dans le cadre d'une action civile, les victimes d'infractions pénales commises par le débiteur peuvent recouvrer les sommes auxquelles le débiteur a été condamné.

2-de droits attachés à la personne du créancier : cette disposition vise les créances alimentaires, ou ayant pour objet la réparation d'un dommage causé par le débiteur.

La loi souligne en outre, que les créanciers recouvrent leur doit de poursuite individuelle dans les cas où :

- La faillite personnelle du débiteur a été prononcée : il convient de préciser que contrairement au régime antérieur, l'interdiction de gérer prononcée à l'encontre du dirigeant ne confère plus le droit aux créanciers de reprendre les poursuites individuelles, et seule la faillite personnelle du débiteur produit une reprise éventuelle de poursuite. On peut en déduire que le législateur a atténué l'effet de la sanction d'interdiction de gérer à l'encontre des dirigeants, ce qui constitue sans aucun doute une évolution législative favorable au débiteur sanctionné [355]. Néanmoins, la banqueroute dont le débiteur a été reconnu coupable n'exempte pas celui-ci de poursuites individuelles en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

[354]-Cass. Com. 16 novembre 2010, n°09-71.160, Bull. 2010, IV, IV, n°174 ; N. TAGLIARINO-VIGNAL, « Entreprises en difficultés », *Rép. Dr. Civ. Dalloz,* septembre 2011, n°112.

[355]- J.P REMERY, « Reprise des poursuites individuelles et application dans le temps », *D.P.D.E*., Bulletin n°319, octobre 2010, p.1 et s.

- En cas de récidive : lorsque le débiteur ou une personne morale dont il a été dirigeant, a été soumis à une procédure collective antérieure, clôturée pour insuffisance d'actif, moins de cinq avant l'ouverture d'une nouvelle. La loi de 2005 rajoute le même cas de récidive lorsqu'il s'agit d'une procédure ouverte en tant que procédure territoriale, autrement dit, s'agissant d'une procédure clôturée pour insuffisance d'actif à l'égard d'une société Française dont le siège se situe dans un autre Etat de l'union européenne.

- En cas de fraude : le tribunal peut autoriser la reprise des poursuites individuelles à tous les créanciers, dès lors qu'une fraude a été commise par le débiteur à l'égard d'un ou plusieurs créanciers, et ce à la demande de tout intéressé.
-

Par ailleurs, la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut le poursuivre.

Quant aux mécanismes procéduraux de la reprise des poursuites individuelles, les créances n'ayant pas été admises à la procédure doivent obtenir préalablement un titre exécutoire à cet effet, à moins qu'ils en disposent déjà, toutefois, les créances qui n'ont pas été vérifiées et dont les créanciers recouvrent l'exercice individuel de leurs actions, doivent faire appel aux dispositions du droit commun.

261. Il appert de l'analyse du nouveau régime des procédures collectives, tant du domaine préventif que de celui du traitement des entreprises en difficulté, que le législateur a continué à rompre avec la logique classique du droit de la faillite qui consiste à privilégier le paiement des créanciers en priorité. Certes le législateur s'est efforcé de concilier les rapports entre les créanciers et débiteurs, sans qu'une loi soit aux dépens d'une partie ou d'une autre. Mais on peut estimer que les aléas du dispositif sont une réalité, attendu qu'un avantage ne peut pas être procuré à une partie sans qu'il soit au détriment de l'autre.

En effet, le législateur n'a pas hésité à assouplir les conditions d'ouverture des procédures collectives, la cessation des paiements n'est plus un critère qui caractérise une procédure collective, le champ d'application de celles-ci a été étendu à d'autres personnes qui bénéficient désormais des procédures collectives. Toutefois, on peut se demander si le législateur est parvenu, à travers la succession des lois, à concilier les intérêts sociaux et économiques. Mais lesquels priment?

A notre sens, l'évolution des lois sur la faillite constitue le principal facteur d'attractivité ayant concouru à la hausse des procédures collectives et à leur banalisation dans un environnement économique où la justice sociale peut parfois prédominer pour répondre à une politique donnée.

Partant de ce constat, il nous est difficile de négliger la corrélation entre cette évolution législative comme facteur de hausse des procédures collectives, et la baisse du contentieux de l'impayé du droit commun.

Section 2 : L'étendue du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives

262. De la même manière que les procédures de surendettement des particuliers, la baisse du contentieux de l'impayé peut être analysée au regard de la hausse des procédures collectives durant ces deux dernières décennies.

En effet, le contentieux de l'impayé dans le cadre des procédures collectives ne peut être rapproché qu'aux demandes liées à l'impayé formulées devant les juridictions commerciales, puisque l'impayé en matière des procédures collectives résulte uniquement des débiteurs ayant la qualité d'entreprise.

Comme on vient de l'écrire, la hausse remarquable des demandes d'ouverture de procédure collective est vraisemblablement le résultat d'une évolution incitant davantage les entreprises débitrices à y recourir, et qui de ce fait a banalisé l'ouverture de ce type de procédure. Nonobstant, cette hausse ne pouvait pas être sans incidence sur les demandes liées à l'impayé formulées devant les juridictions commerciales, qui ont connu une baisse alors même que les procédures collectives croissaient. Est-ce vraiment un hasard ? Ou s'agit-il d'une absorption du contentieux de l'impayé commercial par d'autres procédures de nature contentieuses telles que les procédures collectives ?

263. En tout état de cause, la baisse des demandes relatives à l'impayé devant les juridictions commerciales ainsi que la hausse des procédures collectives au cours de ces deux dernières décennies est un constat réel, tiré des chiffres émanant de données judiciaires, mais on ne peut bien sûr affirmer que ces seuls chiffres prouvent ce basculement. On a toutefois tendance à dire que la relation de cause à effet entre ces deux phénomènes peut au moins être explorée d'un point de vue juridique. L'objectif étant de savoir si c'est l'expansion des procédures collectives qui a entrainé la baisse des demandes de l'impayé devant les juridictions commerciales.

En premier lieu, nous nous efforcerons d'établir la corrélation entre la hausse des demandes d'ouverture de procédures collectives, et la baisse des demandes liées à l'impayé devant les juridictions commerciales afin de déterminer si l'on est devant un basculement des procédures du contentieux de l'impayé (p.1). On s'arrêtera alors sur les fondements juridiques du basculement du contentieux de l'impayé commercial vers les procédures collectives (p.2).

Paragraphe 1- La corrélation entre la hausse des procédures collectives et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles.

264. Si la corrélation entre l'évolution des lois relatives aux procédures collectives et la hausse générale des procédures collectives devant les juridictions compétentes fait l'objet d'un véritable rapprochement, la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales pourrait elle aussi se révéler corrélée à la hausse des procédures collectives pour autant qu'on peut la démontrer.

En effet, la hausse des procédures collectives a été concomitante de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales (A), ce qui pourrait expliquer un basculement du contentieux de l'impayé vers des procédures collectives ayant pris une dimension considérable. Cela dans un contexte où les débiteurs ne cessent de recourir à ces procédures en vue de répondre à un problème qui résulte en grande partie de l'impayé.

A- La concomitance entre la hausse des procédures collectives et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales

265. Pour pouvoir expliquer la concomitance de ces deux phénomènes, on mettra l'accent sur les chiffres respectifs de la hausse des procédures collectives (1), et la baisse du contentieux liée à l'impayé uniquement devant les juridictions commerciales (2).

1- La hausse des procédures collectives

266. Nous n'explorerons ici que les procédures dont les effets peuvent produire un impact sur les créanciers, à savoir les procédures de sauvegarde (a), et les procédures de redressement et liquidation judiciaires.

a- Les procédures de sauvegarde

267. il convient de rappeler que cette procédure est entrée en vigueur le 1er janvier 2006, on a pu constater que celle-ci pouvait avoir des effets aussi importants que le redressement judiciaire dans l'ancien régime telles que l'interdiction faite au débiteur du paiement de créances antérieures ou l'interruption et l'interdiction des poursuites individuelles visant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

Toutefois, à la différence du régime antérieur, le législateur s'est efforcé de privilégier cette procédure en la rendant plus souple et attractive. Désormais, sans être en cessation des paiements, le débiteur peut avoir recours à la procédure de sauvegarde, en justifiant des

difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, qu'elles soient financières, ou d'autre nature. Il s'agit donc d'une procédure qui peut procurer des avantages certains aux débiteurs et pouvant constituer une réelle échappatoire à ceux qui rencontrent des difficultés insurmontables.

268. Par ailleurs, la récence de la procédure de sauvegarde nous conduit à n'analyser les procédures de sauvegarde que depuis 2006, date de son entrée en vigueur. En effet, en 2006, les tribunaux de grande instance, compétents pour ouvrir une procédure de sauvegarde au profit des professionnels libéraux, ainsi que les tribunaux de commerce, ont enregistré seulement 516 demandes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ! Ce nombre dérisoire s'explique indubitablement par la méconnaissance des débiteurs d'une procédure nouvellement créée. Cette année, ces juridictions ont rendu 350 jugements d'ouverture de procédure de sauvegarde[356], en revanche, ces tribunaux n'ont prononcé que 10 plans de sauvegarde au cours de cette première année d'application de cette nouvelle loi.

L'année suivante, le nombre de demandes d'ouverture de cette procédure a maigrement augmenté s'élevant à 593 demandes d'ouverture, dont 390 ont fait l'objet d'un jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, et finalement 154 plans de sauvegarde ont été prononcés en 2007[357].

En 2008, les demandes d'ouverture de procédures de sauvegarde ont continué à augmenter légèrement relativement aux années précédentes, pour atteindre 890 demandes d'ouverture, dont 644 ont été retenues.

Ce n'est qu'en 2009, l'année d'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2008[358] que le nombre de demandes d'ouverture de procédures de sauvegarde a augmenté remarquablement, il a quasiment doublé comparativement à 2008, atteignant 1787 demandes, dont 1281 ont fait l'objet d'un jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, et 227 plans de sauvegarde ont finalement été prononcés. Toutefois, un nombre assez important de procédures de sauvegarde, après leur ouverture, ont été converties en liquidation judiciaire[359]

269. Subséquemment, cela peut corroborer la thèse selon laquelle l'évolution législative a concouru à la hausse des procédures collectives, et notamment en matière de sauvegarde, si l'on tient compte de l'assouplissement des conditions d'ouverture de la procédure de

[356]-Annuaire statistique de la statistique. Edition 2008. P 91.

[357]- Annuaire statistique de la statistique. Edition 2009-2010. P 91

[358]-l'ordonnance de 2008 est entrée en vigueur le 15 février 2009.

[359]-251 Liquidations judiciaires ont été prononcées après conversion d'une ouverture de sauvegarde. Annuaire statistique de la statistique, éd. 2009-2010. p. 91.

sauvegarde à travers l'ordonnance de 2008 qui a rendu les conditions du bénéfice de celle-ci encore plus flexibles en faveur des personnes éligibles.

L'année 2010 a été marquée par une légère baisse des demandes d'ouverture de procédure de sauvegarde : les tribunaux ont enregistré 1567 demandes, avec un total de 1156 ouvertures de procédures de sauvegarde. Cependant, cette année a connu le plus grand nombre de plans de sauvegarde prononcé, qui s'est élevé à 541 plans de sauvegarde, de même pour les conversions d'une ouverture de sauvegarde en liquidation judiciaire qui ont atteint 380 conversions durant 2010.

b- Les procédures de redressement et liquidation judiciaires

270. Ces procédures n'ont pas été épargnées par la dite hausse, en effet, les demandes d'ouverture d'une procédure collective sont passées de 58 449 en 2002, à 72 471 en 2009, y compris celles de sauvegarde, soit une hausse atteignant presque 25% de demandes supplémentaires, ces demandes ont connu une légère baisse en 2010, pour atteindre 69 302 demandes **.**

Quant aux décisions relatives à l'ouverture d'une procédure collective, elles étaient 59 421en 2002 pour s'élever à 70 257 décisions relatives à l'ouverture d'une procédure collective en 2009, et 67 541 en 2010, des chiffres qui comprennent les décisions relatives aux ouvertures des procédures de sauvegarde.

Relativement aux ouvertures d'une procédure de redressement, les juridictions compétentes ont prononcé quelques 13 969 ouvertures de procédure de redressement en 2000[360], ce chiffre a considérablement augmenté pour atteindre 17 969 décisions ouvrant procédure de redressement en 2009, puis il a connu une baisse en 2010, s'infléchissant à 16 730 décisions relatives à l'ouverture d'une procédure de redressement, soit une hausse qui dépasse 28% en dix ans tout de même.

Quant aux plans de redressement prononcés, ceux-ci n'ont pas connu de hausse, bien au contraire, les plans de redressement prononcés ont baissé au cours de la dernière décennie. En effet, les tribunaux ont prononcé 4 945 en 2000[361], et seulement 2 874 en 2009, puis 4 037 en 2010. Cette baisse peut s'expliquer par la primauté des procédures de sauvegarde après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, et l'intérêt qu'a porté le législateur Français aux procédures de sauvegarde. Cela peut être conforté par la baisse des demandes d'ouverture des procédures de redressement judiciaire, qui sont passées de 51 616 en 2002, à 30 071 demandes d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire en 2010, cette baisse a été constatée après 2005, l'année de l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde.

[360]- Annuaire statistique de la statistique. Edition 2006. p. 91.

[361]-selon la même source, 1753 plans prononcés ont été prononcés en faveur des SARL.

271. A propos des procédures de liquidation judiciaire, celles-ci ont été caractérisées par la plus grande hausse que les procédures collectives ont connue durant cette dernière décennie. De prime abord, les demandes relatives à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ont connu une hausse spectaculaire. En 2002, les juridictions compétentes ont enregistré 2630 demandes d'ouverture de procédure de liquidation judiciaire, contre 5470 en 2005. Cependant, l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde n'a pas été sans conséquences sur les demandes d'ouverture des procédures de liquidation judiciaire, étant donné que le nombre de celles-ci a quasiment quadruplé entre 2005 et 2006, année de l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, atteignant quelques 20 897 demandes d'ouverture de liquidation judiciaire, puis elles ont connu une hausse constante, pour parvenir à 38 919 demandes en 2009[362].

272. Corollairement, la hausse des procédures collectives est imputable en grande partie à la réforme substantielle qu'a connue le droit des entreprises en difficultés en 2005, une évolution législative qui a inéluctablement concouru à la hausse des procédures collectives, et particulièrement à celle des demandes d'ouverture et procédure de liquidation.

Pareillement, le nombre de liquidations judiciaires prononcé a été caractérisé par cette tendance haussière. En fait, les liquidations prononcées comprennent des liquidations judiciaires immédiates, des liquidations judiciaires après période d'observation, des liquidations après conversion d'une ouverture de redressement, et des liquidations après conversion d'une ouverture de sauvegarde, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. Celles-ci sont passées de 38 196 liquidations prononcées en 2000, à 51 098 en 2009, puis à 49 981 en 2010. Cette augmentation remarquable du nombre de liquidations prononcées s'explique vraisemblablement par l'évolution législative en la matière. On peut constater d'ailleurs que plus de 70% des décisions relatives aux procédures collectives sont des liquidations judiciaires. Une proportion entre le nombre des décisions relatives aux procédures collectives, et le nombre de liquidations judiciaires prononcé qui s'est élevé à son tour après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, pour atteindre plus de 74% de liquidations prononcées sur l'ensemble des décisions relatives aux procédures collectives.

Il appert, que le nombre de procédures collectives en France a connu ses plus grandes hausses depuis la promulgation de la première loi de faillite. Certes le contexte a changé, avec les mutations économiques et sociales qui se sont opérées au fil du temps, toutefois, cette hausse ne peut pas s'expliquer uniquement par l'évolution législative, la crise économique mondiale est un facteur d'explication supplémentaire.

[362]- Annuaire statistique de la statistique. Edition 2009-2010. p. 91

2- La baisse du contentieux lié à l'impayé devant les juridictions commerciales

273. Le contentieux de l'impayé commercial sujet de rapprochement avec les procédures collectives, résulte de toutes les affaires contractuelles présentant un caractère financier, dont le débiteur est une entreprise. Quant à la compétence territoriale, elle relève du tribunal de commerce territorialement compétent, celui du lieu où demeure le débiteur ou le siège social de l'entreprise débitrice. Ces procédures sont répertoriées dans les annuaires statistiques de la justice, dans la partie relative aux contentieux de l'impayé. Ces affaires sont classées en fonction de la juridiction ayant réglé l'affaire relative aux contentieux de l'impayé.

Inversement au nombre des procédures collectives qui s'est vu augmenter cette dernière décennie, le nombre des affaires liées à l'impayé et réglées par les tribunaux de commerce a baissé significativement durant ces dix dernières années.

274. En effet, les tribunaux de commerce ont réglé en France quelques 108765 affaires relatives à l'impayé en 2000, dont 84 685 au fond et 24 080 en référé[363], ces affaires relèvent majoritairement des contrats de vente et des prestations de service. Les années suivantes étaient caractérisées par une tendance flottante entre de très légères hausses et de très légères baisses, jusqu'à 2006, année marquée par une baisse considérable des affaires liées à l'impayé traitées par les juridictions commerciales[364]. Il convient de rappeler que c'est cette même année qu'une véritable explosion en matière de demandes d'ouverture d'une liquidation judiciaire a eu lieu, après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde.

Cette baisse a continué les années suivantes de manière importante et régulière, l'année 2007, les tribunaux commerciaux ont traité 85 613 affaires relatives à l'impayé, contre seulement 83 321 affaires en 2008 et 82 157 en 2010[365]. Par voie de conséquence, la baisse des affaires relatives à l'impayé traitées par les tribunaux a dépassé 32% entre 2000, et 2010, une baisse assez conséquente qui ne peut pas être le seul résultat d'une circonstance hasardeuse, ou de circonstances d'ordre accidentel.

Cependant, on peut remarquer que le nombre des procédures diligentées en référés a augmenté comparativement à l'année 2000, ainsi, en 2010, le nombre des procédures en référés représentait plus de 27% de l'ensemble des affaires liées à l'impayé traitées par les tribunaux de commerce, contre un peu plus de 20% en 2000. Cette voie a été privilégiée par les justiciables qui souhaitent contraindre leur débiteur à s'acquitter le plus rapidement possible de leur dette.

---

[363]- Annuaire statistique de la statistique. Edition 2006. p.97.

[364]-les affaires liées à l'impayé traitées par les tribunaux commerciaux ont baissé à 94 553 affaires en 2006, après qu'elles étaient à 103 642 affaires traitées en 2005. Annuaire statistique de la statistique. Edition 2009-2010. p.95.

[365]- Annuaire statistique de la statistique. Edition 2009-2010. p.95.

275. La baisse des affaires relevant du contentieux de l'impayé traitées par les tribunaux commerciaux, ne pouvait aucunement résulter d'un dysfonctionnement de l'institution judiciaire lié à une lenteur par exemple, ou à un quelconque élément entravant le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire. Bien au contraire, la baisse a été régulière et ne peut pas s'expliquer ainsi, d'autant plus que le temps judiciaire est plus rapide dans les tribunaux de commerce, et il ne cesse de s'écourter…

Cette baisse remarquable, est le résultat d'une éventuelle dérivation de ce type de contentieux vers un autre type de contentieux, pouvant être traité différemment devant le même tribunal.

B- Le basculement du contentieux de l'impayé devant les tribunaux commerciaux vers des procédures collectives

276. Comme en matière de rapprochement des procédures de surendettement, pour contentieux de l'impayé traité devant les juridictions civiles, on tient à rappeler que nous ne parviendrons pas uniquement avec les chiffres à affirmer ce constat de basculement entre le contentieux de l'impayé et les procédures collectives. Certes, les chiffres constituent un élément non négligeable pour établir ce rapprochement, mais ils ne peuvent pas seuls confirmer d'une manière irréfutable cette dérivation des affaires liées à l'impayé traitées par les tribunaux de commerce vers un contentieux qui relève des procédures collectives.

Néanmoins, notre développent peut nous orienter à tirer des conclusions sur l'évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé commercial par rapport aux procédures collectives, qui sont elles-mêmes des procédures contentieuses par excellence. Il s'agit d'un indicateur fiable, conjoncturel, et qui renvoie à une situation de fait qui pourrait nous conduire à appuyer cette thèse du basculement du contentieux de l'impayé commercial devant les tribunaux de commerce, vers d'autres procédures contentieuses qui relèvent des procédures collectives.

En effet, les données statistiques indiquent la réalité chiffrée d'une véritable baisse des affaires relatives à l'impayé traitées par les tribunaux commerciaux, ainsi qu'une hausse frappante des procédures collectives au moment même de la baisse du contentieux de l'impayé. Il appert donc, uniquement sur la base des chiffres présentés, une incontestable relation de cause à effet entre les deux phénomènes, impliquant comme en matière de surendettement et du contentieux de l'impayé la confirmation du principe des vases communicants entre la hausse spectaculaire des procédures collectives et la baisse remarquable des affaires relatives à l'impayé traitées par les tribunaux commerciaux. Nous prenons donc ici une position contraire à ce qui a été souligné par l'étude précédemment citée, et selon laquelle il y aurait absence de principe de vases communicants entre les deux

phénomènes, et qu'il n'existerait pas de dérivation entre les procédures collectives, et le contentieux de l'impayé[366].

A fortiori, ce parallélisme de la hausse et de la baisse des deux phénomènes respectifs, implique un principe de vases communicants, et nous conduit à nous interroger pour comprendre si le contentieux de l'impayé a incarné une nouvelle étiquette, à savoir celle des procédures collectives. Autrement dit, si les procédures collectives se sont infiltrées dans le socle du contentieux de l'impayé du droit commun.

277. Aujourd'hui, si les créanciers privilégient d'engager des poursuites individuelles contre leur débiteur, ces poursuites peuvent se voir bloquées lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur. Par ailleurs, les créanciers sont de plus en plus perplexes quant à leurs possibles recours en justice parallèlement aux procédures collectives, étant donné que leur pouvoir de contraindre peut être restreint dans le cadre des procédures collectives.

En effet, on suppose que le nombre d'actions en justice engagées par les créanciers pour contraindre leur débiteur à s'exécuter devant les tribunaux de commerce, aurait était supérieur à celui enregistré actuellement, si aucune procédure collective n'était ouverte à l'égard du débiteur. Le seul fait de l'ouverture d'une procédure collective au profit du débiteur peut amener le créancier à renoncer à son action individuelle devant le tribunal de commerce. C'est donc en désespoir de cause qu'il attend son sort dans la procédure collective, tout en sachant que les aléas de celle-ci peuvent constituer un frein à son paiement, et notamment lors d'une clôture de procédure pour insuffisance d'actif, sans que le créancier soit amené à reprendre ses poursuites individuelles conformément aux dispositions en vigueur, sans négliger que les décisions prononçant la liquidation judicaire atteignent 74% de l'ensemble des décisions relatives aux procédures collectives qui sont constituées en grande partie de liquidation immédiates[367].

Au demeurant, on conçoit mal que le créancier préfère assigner son débiteur en procédure collective, comme la loi le prévoit, que de diligenter une action individuelle pour obtenir le paiement de sa créance, eu égard aux avantages dont un débiteur peut profiter au cours d'une procédure collective, notamment la collectivisation du recouvrement dans le cadre des procédures collectives, qui peut se faire au désavantage du créancier, et qui peut conduire sa créance à figurer dans un rang moins privilégié que d'autres créances, alors que l'action individuelle, comme l'indique son appellation, lui permet, à lui seul, de recouvrer sa créance.

[366]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.99 et s.

[367]-par exemple en 2010, 49 981 liquidations judiciaires a été prononcées, dont 38 289 sont immédiates, ce qui représente 56% de l'ensemble des décisions rendues en matière des procédures collectives, et 76% de l'ensemble de liquidations prononcées.

278. Certes, on ignore le nombre des créanciers qui assignent leur débiteur pour l'ouverture d'une procédure collective, mais ces assignations peuvent concourir aussi à la diminution du contentieux de l'impayé devant les tribunaux de commerce.

On peut déduire, que la baisse du contentieux de l'impayé devant les tribunaux de commerce n'est pas une simple coïncidence, ou une circonstance accidentelle. Outre les techniques nouvelles de recouvrement ayant contribué vraisemblablement à cette baisse[368], celle-ci résulte également d'une réelle dérivation de tendance. En effet, l'assouplissement des procédures collectives au profit du débiteur, et notamment ses conditions d'ouverture, constitue un refuge derrière l'institution judiciaire pour le débiteur, et une démarche salvatrice pour celui-ci. La hausse faramineuse de ces procédures après la mise en place des lois y afférant peut en témoigner. De ce fait, l'encouragement du législateur pour que le débiteur recoure aux procédures collectives en vue de remédier à ses difficultés est une démarche constructive, mais qui s'établit bien au détriment du créancier dont le pouvoir d'agir individuellement en justice lors des procédures collectives est très encadré.

279. Conséquemment, l'anticipation du débiteur pour l'ouverture d'une procédure collective peut conduire le créancier à s'abstenir d'engager une action devant le tribunal de commerce. D'ailleurs, la procédure collective peut constituer un moyen de pression pour le débiteur afin d'obtenir un nouvel échéancier et de dissuader le créancier d'agir en justice, compte tenu des effets suspensifs de l'ouverture de la procédure à l'égard des actions individuelles tendant au paiement d'une somme d'argent.

Subséquemment, le recours à la procédure collective ne répond pas convenablement aux vraies attentes du législateur, si par exemple on tient compte du nombre de demandes ou de décisions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde et des plans de sauvegarde adoptés qui sont très disproportionnés[369], ce qui peut expliquer par le fait que le recours n'aboutit pas forcément à un plan, donc, le débiteur ne recourt pas uniquement à la procédure de sauvegarde pour sauver son entreprise ou anticiper ses difficultés, mais également pour les avantages que procure cette procédure, eux aussi incitatifs.

Ainsi, ce renversement de tendance constitue à plus forte raison une absorption des affaires relatives à l'impayé, traitées par les tribunaux de commerce, par des procédures collectives avec leur nouvelle dimension, et une autre ampleur. Ce qui peut être expliqué par un basculement du contentieux de l'impayé devant les tribunaux commerciaux vers des procédures collectives. Et comme en ce qui concerne le rapprochement avec les procédures de surendettement, on estime que c'est une thèse très plausible, difficilement réfutable,

[368]-voir premier titre de la deuxième partie.

[369]-en 2009, 227 plans de sauvegarde ont été adoptés sur 1281 décision ouvrant une procédure de sauvegarde, ce qui représente uniquement 17%.

même si elle manque d'éléments juridiques venant conforter les éléments statistiques et chiffrés développés précédemment.

Paragraphe 2- les fondements juridiques du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives

280. Même si le basculement du contentieux de l'impayé devant les tribunaux de commerce vers les procédures collectives est un constat réel, il est assez délicat d'en déterminer les véritables causes, toutefois, on peut penser que cette forte dérivation ne peut pas être le fruit du hasard. Cette nouvelle vocation du contentieux de l'impayé peut trouver ses sources dans la conduite à la fois du débiteur, et du créancier.

En effet, le débiteur en difficulté, trouve dans les procédures collectives un moyen de protection légale pour éviter d'éventuelles difficultés judiciaires occasionnées par ses créanciers. Le législateur s'est efforcé d'apporter à tout prix une solution aux entreprises en difficulté, mettant en place des mesures protectrices et salvatrices au profit de l'entreprise en difficultés, toujours pour répondre à une philosophie dont l'approche sociale peut parfois primer sur la seule logique économique.

281. L'intervention législative en la matière constitue bel et bien l'un des facteurs ayant contribué au changement du comportement du créancier et du débiteur respectivement. Le dispositif actuellement mis en place prête main-forte à toute entreprise en difficulté. Ce dispositif s'est fixé comme objectif majeur, la préservation de l'emploi et de l'entreprise, et l'apurement du passif en dernier lieu.

Cependant, la finalité attendue du législateur de cette succession de lois, peut être différente de celle attendue par le débiteur au travers de son recours aux procédures collectives. Désormais, celles-ci suppriment toute crainte du débiteur de recourir à l'aide de la justice, mais lève aussi sa crainte d'être actionné en justice par son créancier afin de s'acquitter, ou subir une quelconque pression de celui-ci. Ainsi, ces procédures peuvent être considérées au regard du débiteur comme un moyen quasi-sûr de se soustraire à ses engagements (A).

En regard, le pouvoir d'agir du créancier demeure encadré au cours des procédures collectives, particulièrement en ce qui concerne la suspension et l'arrêt des poursuites individuelles après l'ouverture d'une procédure collective, sans négliger les autres aléas des procédures collectives, et le nombre exorbitant des décisions prononçant la liquidation judiciaire, notamment pour insuffisance d'actif. Cela peut véritablement faire obstacle à son intention d'engager une action en paiement contre son débiteur et il peut facilement céder à la pression de son débiteur qui déclare son intention de recourir aux procédures collectives.
De ce fait, l'action en justice peut être une démarche inutile face aux procédures collectives (B).

A- Les procédures collectives : davantage que des mesures de sauvetage au regard du débiteur

282. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté peut être considéré comme le droit de ne plus payer ses dettes[370], ce droit n'a jamais été aussi transigeant avec l'entreprise débitrice qu'à l'heure actuelle. Le législateur a procédé à un changement radical de la philosophie de cette branche du droit. Après que celle-ci s'est longtemps plus intéressée au créancier qu'à autre chose, elle se centre désormais sur le maintien de l'emploi et de l'entreprise.

Ce changement de philosophie a été sans doute accompagné d'un autre changement qui s'est opéré sur le comportement du débiteur. En effet, l'assouplissement continuel des conditions légalement requises pour l'ouverture d'une procédure collective et les effets avantageux qui en découlent ont conduit le débiteur à percevoir de manière différente ces procédures collectives.

Autrement dit, le débiteur ne voit pas seulement dans les procédures collectives un moyen qui lui permet de sauver son entreprise, et de maintenir l'emploi, mais c'est aussi un procédé sans lequel il ne pourrait guère échapper à toute action en paiement engagée par son créancier, ou une pression de cette nature.

283. La bonne ou la mauvaise foi n'empêche pas le débiteur de voir les avantages que procurent les procédures collectives en pensant à trouver une solutions à ses difficultés, car, il est difficile de penser aux procédures collectives ou d'y recourir sans avoir préalablement pensé aux avantages qui en découlent, d'autant plus que les conditions d'ouverture de celles-ci ne cessent de s'assouplir. C'est particulièrement le cas de la procédure de sauvegarde qui n'exige pas un état de cessation de paiement, mais uniquement que le débiteur arrive à prouver le caractère insurmontable des difficultés qu'il rencontre. Certes, la décision d'ouverture relève du pouvoir d'appréciation du juge, mais le nombre moyen de décisions ouvrant une procédure de sauvegarde par rapport aux demandes afférentes est assez important[371], tenant compte que seul le débiteur a droit de solliciter cette procédure.

On peut par ailleurs constater que c'est une condition qui n'est pas du tout contraignante par rapport aux effets que la procédure peut produire au profit du débiteur. Il s'agit tout simplement d'une procédure qui revêt les caractéristiques de la procédure de redressement de l'ancien régime, sans qu'aucune condition de cessation de paiement ne soit exigée.

---

[370]- P-M LE CORRE, « faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficultés ? », LPA., n°63, 29 mars 2006, p.9.

[371]-par exemple en 2010, sur 1567 demandes d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, 1156 décisions a été favorables à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, soit une moyenne d'ouverture de 73% des demandes obtiennent gain de cause. Annuaire statistique de la statistique. Edition 2011-2012. p. 97.

Par voie de conséquence, l'avènement de ces nouvelles procédures, a inéluctablement réinstallé le débiteur dans une position plus confortable qu'auparavant. Après qu'il était en position de faiblesse à l'égard de son créancier, qui trouvait dans la voie judiciaire un efficace moyen de pression et de contrainte pour obtenir le paiement de sa créance et une force dissuasive utilisée à ces fins, les rôles sont inversés jusqu'à ce que le débiteur ne soit plus dissuadé par les démarches de son créancier. C'est désormais lui qui peut exercer une pression à l'encontre de son créancier en déclarant le recours aux procédures collectives, afin que son créancier s'abstienne de recourir à la justice, ou lui accorde un autre échéancier, ou des remises.

284. Le législateur est venu au secours du débiteur qui n'est plus sanctionné par sa défaillance. Plus encore, la loi a encouragé le recours aux procédures collectives, et la défaillance économique ne constitue plus un déshonneur pour le débiteur, étant donné que la hausse colossale de ces procédures prouve leur généralisation, et leur normalisation. Dans ce contexte, le cadre dans lequel s'inscrit cette vocation du législateur Français importe peu. Qu'il ait voulu de la sorte se conformer aux directives européennes, ou répondre à un problème économique, ou encore rendre la justice sociale plus efficace, ces apports législatifs ont été la cause d'un changement de comportement du débiteur, qui ne trouve pas uniquement dans les procédures collectives un moyen de sauvegarder son entreprise, mais également un procédé efficace qui lui procure une protection judiciaire.

Ce constat peut s'expliquer par le nombre assez réduit de plans de sauvegarde et de redressement adoptés, comparativement au nombre de décisions relatives aux ouvertures de procédures de sauvegarde et de redressement[372], sans oublier le nombre très élevé des liquidation judiciaires prononcées. Chose qui ne peut traduire uniquement un recours tardif des débiteurs aux dites procédures, car les conditions d'ouverture de celles-ci sont assez claires. Ainsi, quand le débiteur recourt à ces procédures collectives, les avantages de celles-ci occupent sa pensée peut-être plus encore que la sauvegarde de son entreprise.

285. De ce fait, les procédures collectives représentent un double avantage pour le débiteur, qui ne se contente pas uniquement de sauvegarder son entreprise lors de son recours à ces procédures. Il s'offre une échappée lui permettant de se dérober momentanément à l'obligation de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, ainsi qu'aux poursuites individuelles de ses créanciers.

Subséquemment, le recours du débiteur aux procédures collectives entraine automatiquement un basculement du contentieux de l'impayé et son absorption par celles-ci, du fait que toutes les dettes du débiteur vont être prises en compte dans le cadre des

[372]-relativement aux procédures de sauvegarde, en 2009, 1 281 jugements d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ont été prononcés, alors que les plans de sauvegarde prononcés atteignaient uniquement 227 plans, soit une moyenne de 17%. Quant aux procédures de redressement, dans la même année, 17 969jugements d'ouverture d'une procédure de redressement ont été prononcés, seulement 2 874 plans de redressement ont été adoptés, avec une moyenne de 15,99%.

procédures collectives, et les créanciers s'orientent par la force de la loi vers les procédures collectives pour la déclaration de leur créance et ce qui s'ensuit.

B- L'inefficacité de l'action en justice du créancier face aux procédures collectives

286. L'intervention législative dans le cadre des procédures collectives qui forment en théorie une solution à la défaillance d'une entreprise ne pouvait être sans effets sur les créanciers. Ceux-ci peuvent subir douloureusement les sacrifices imposés par le législateur. A l'époque actuelle, le créancier se montre plus perplexe quant au recours à la justice pour obtenir le paiement de son débiteur, étant donné que son pouvoir d'agir demeure encadré, après l'ouverture des procédures collectives, et même s'il agit en justice antérieurement à cela, il peut voir son action arrêtée ou suspendue par le fait de l'ouverture d'une procédure collective.

En effet, la liberté restreinte du créancier dans le cadre des procédures collectives se traduit par l'interruption et l'interdiction automatique de toute action en justice de tout créancier dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture, et ce après le jugement d'ouverture ouvrant les procédures de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire. En outre, le créancier est interdit d'exercer des procédures d'exécution contre son débiteur à ce stade de procédure, et se contente seulement de déclarer sa créance dans le passif de celui-ci. Cette déclaration demeure le seul moyen pour le créancier de faire valoir son droit de créance postérieurement au jugement d'ouverture.

287. Confronté au risque du recours de son débiteur aux procédures collectives, le créancier peut concevoir mal un recouvrement judiciaire de sa créance, compte tenu des faveurs législatives qui jouent au profit du débiteur, qui apparaissent dans les avantages qui profitent au débiteur. Il convient de rappeler que l'ouverture d'une procédure collective entraine de plein droit l'interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cela peut à l'évidence inciter le créancier à préférer recouvrer amiablement sa créance que de voir son débiteur recourir à une procédure de sauvegarde, ou que de l'assigner pour l'ouverture d'une procédure collective.

Outre les restrictions relatives à l'interdiction ou à la suspension de son action individuelle, et outre l'interdiction du débiteur de paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, le créancier doit penser à son rang dans la procédure, et les autres créanciers qui le devancent, particulièrement les créanciers postérieurs ayant un traitement préférentiel. Il ne doit pas non plus négliger le nombre très important des décisions prononçant la liquidation judiciaire, en particulier pour insuffisance d'actif, sans qu'il ait de certitude quant à la reprise des poursuites à l'encontre de son débiteur. Tout cela constitue des aléas qui peuvent être perçus comme un frein imposé au créancier pour recouvrer sa créance.

288. Donc, le créancier peut penser aux conséquences d'une action en paiement contre son débiteur qui pourrait à son tour déclarer un état de cessation de paiement pour se protéger sous l'égide des procédures collectives, et échapper à une éventuelle mesure exécutoire.

A cet égard, on est enclin à penser que le créancier peut estimer que son action en justice parallèlement à une procédure collective est inutile. Même si elle intervient antérieurement à une procédure collective, celle-ci peut contraindre ou inciter son débiteur à demander l'ouverture d'une procédure collective à son égard. Par conséquent, le créancier peut préférer choisir un autre mode de recouvrement qui repose sur une renégociation de la créance avec le débiteur, plutôt que d'engager une action en justice.

289. Il en ressort, que le créancier, compte tenu, de la législation en vigueur, trouve dans les procédures collectives un véritable obstacle qui s'oppose à son action individuelle contre le débiteur, qui, épaulé par un législateur déterminé à favoriser le maintien de l'activité et de l'emploi, peut recourir à cette législation à chaque fois que le besoin s'impose, non pas forcément pour sauvegarder son entreprise, mais parfois aussi pour éviter toute mesure exécutoire ou action en recouvrement à son encontre.

A fortiori, la baisse remarquable des demandes formulées par les créanciers devant les tribunaux de commerce trouve ses origines dans cette perplexité des créanciers à l'égard d'une action en recouvrement jugée inutile devant les procédures collectives, ces procédures dissuadant de plus en plus les créanciers, dont les droits de recouvrement semblent être fragilisés avec la succession des lois des procédures collectives. Ceci peut clairement expliquer cette décrue des demandes en paiement engagées par les créanciers devant les tribunaux de commerce durant cette dernière décennie.

Dans le même ordre d'idée, on peut affirmer qu'il existe comme en matière des procédures de surendettement, un changement de priorité de la justice entre les intérêts du débiteur et du créancier. Ce changement se traduit par des interventions législatives en faveur de l'entreprise débitrice, au lieu d'un renforcement des mesures exécutoires mises en place. Désormais, la défaillance de l'entreprise est moins condamnée, et celle-ci est plus protégée.

290. En somme, le lien corrélatif entre la baisse des demandes liées à l'impayé devant les tribunaux de commerce et la hausse faramineuse des procédures collectives durant la même période en France est un constat, qui nous conduit à affirmer le principe de vases communicants entre les deux phénomènes et qui conforte par ailleurs notre thèse qui adhère fortement à l'idée du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives, ou encore son absorption par celles-ci.

Enfin, on peut affirmer que les interventions législatives en matière des procédures de surendettement des particuliers ainsi qu'en matière de procédures collectives ont orienté le

contentieux lié à l'impayé devant les juridictions compétentes vers d'autres procédures contentieuses d'autre nature, et dans lesquelles la justice sociale et la collectivisation du recouvrement prédominent clairement.

Conclusion titre

291. Nul ne peut douter de l'incidence des lois à caractère social sur le contentieux de l'impayé en France. L'amélioration de la situation du débiteur au regard de l'évolution du droit de surendettement des particuliers et des procédures collectives, témoigne régulièrement de la volonté du législateur Français de prendre en compte les facteurs conjoncturels qui ont conduit le débiteur à la défaillance, et explique par ailleurs l'explosion quantitative de ces procédures.

La corrélation entre l'expansion des procédures de surendettement des particuliers, les procédures collectives durant ces dernières années, et la baisse du contentieux de l'impayé s'appuie sur une concomitance réelle des deux phénomènes, qui se base elle-même sur des fondements juridiques pouvant traduire une absorption des affaires liées à l'impayé par les procédures collectives et de surendettement des particuliers.

292. Cependant, on ignore si le basculement du contentieux de l'impayé vers d'autres procédures contentieuses à caractère social, constitue-t-il une évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé en France.

Si ce basculement est effectif, on ne peut pas savoir par ailleurs, si celui-ci traduit la volonté du législateur Français, ou il résulte uniquement d'une évolution législative qui a tendance à traiter l'impayé du débiteur en dehors du cadre du contentieux du droit commun.

Conclusion Partie

293. Le parallélisme entre l'évolution respective du contentieux de l'impayé en France et au Maroc, ne révèle pas uniquement la réalité du contentieux de l'impayé, mais toute une approche de recouvrement.

Une réalité qui reflète deux images différentes du contentieux de l'impayé, celle d'un contentieux de l'impayé en accroissement constant, qui traduit des limites importantes de la politique du traitement de l'impayé par le créancier, qui trouve dans la voie forcée une solution sans alternative. Cette voie connait elle-même des écueils de nature à remettre en doute le processus de recouvrement forcé.

A l'opposé, en France, le contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales s'est démarqué par une baisse importante durant ces dernières années. Cette baisse a été plutôt conditionnée par l'évolution respective du droit des entreprises en difficultés et du droit du surendettement des particuliers, et notamment l'amélioration de la situation des débiteurs au regard de l'évolution de ces procédures.

Le législateur français peut se féliciter sur la mise en place des législations à caractère social qui évolue en faveur du débiteur endetté de bonne foi, que ce soit pour les particuliers que pour les entreprises. En revanche, ces législations ne doivent pas rendre le rapport en le créancier et le débiteur en déséquilibre manifeste, et négliger de cette manière les enjeux que représentent les rapports contractuels et les finalités économiques.

294. Force est de constater, que l'accroissement du contentieux de l'impayé est un constat réel au Maroc, appuyé par des données statistiques et des fondements juridiques, ayant permis de connaitre la réalité du contentieux de l'impayé au Maroc, et les difficultés majeures de tout le processus de recouvrement.

Toutefois, la baisse du contentieux de l'impayé en France ne trouve pas ses causes seulement dans son basculement vers d'autres procédures contentieuses, mais d'autres causes peuvent expliquer cette baisse.

Partie 2 : Vers un processus de recouvrement Marocain inspiré de la législation et de la pratique Française ?

295. La baisse du contentieux de l'impayé en France est tellement importante qu'elle ne peut pas être uniquement le résultat d'un basculement vers les procédures collectives et les procédures de traitement du surendettement des particuliers.

Le législateur Français tout comme les acteurs de la vie des affaires ont compris qu'un recouvrement efficace ne doit pas s'appuyer uniquement sur la voie judiciaire. De ce fait, l'instauration d'une politique de recouvrement fondée sur la déjudiciarisation et l'externalisation du traitement de l'impayé **(Titre 1)**, a mis à la disposition du créancier des solutions alternatives pour prévenir les risques d'impayé, et d'autres solutions de substitution pour recouvrer sa créance en dehors de la voie judiciaire, cette politique a contribué par ailleurs à la baisse du contentieux de l'impayé durant ces dernières années devant les juridictions civiles et commerciales.

296. En outre, le législateur a mis en place une nouvelle réforme de sûretés, qui modifie substantiellement les sûretés traditionnelles, et qui insère d'autres sûretés qui n'exige aucun recours à la voie judiciaire quant à leur mise en œuvre, également un mode de réalisation qui s'inscrit dans cette voie.

Par conséquent, l'impact d'un droit des sûretés rénové sur le contentieux de l'impayé est non négligeable **(Titre 2)**, et mérite d'être illustré

Titre I : Une politique de recouvrement fondée sur la déjudiciarisation et l'externalisation du traitement de l'impayé

297. Le créancier, ne peut plus se contenter d'une action en justice pour recouvrer sa créance, désormais, plusieurs procédés s'offre à lui avant tout recours à la voie judiciaire pour le recouvrement de sa créance, ou pour se prémunir contre le risque d'impayé. Une action en amont de ce dernier lui permet d'obtenir gain de cause, tout en ayant la possibilité de préserver les liens contractuels avec son débiteur.

Le législateur, a procédé progressivement à l'instauration des lois qui visent à déjudiciairiser le traitement de l'impayé **(Chapitre 1)**, démontrant sa véritable intention de d'offrir au créancier une stratégie de recouvrement qui ne se fonde pas uniquement sur la voie judiciaire.

D'autre part, l'action législative ne suffisait pas seule à protéger le créancier contre le risque d'impayé et de recouvrement. Des techniques développées par la pratique, qui reposent sur l'externalisation du traitement de l'impayé **(Chapitre 2)**, ont conforté l'initiative du législateur.

Par ailleurs, toutes ses lois mises en place, ainsi que les mécanismes développés, constitue un processus de recouvrement serein, qui a très possiblement concouru à la baisse du contentieux de l'impayé en France.

Chapitre 1 : La déjudiciarisation du traitement de l'impayé

298. Il était essentiel que des solutions alternatives et de substitution fasse partie du processus de recouvrement en France, toujours dans l'optique d'offrir au créancier une meilleure protection contre l'impayé, et que la voie judiciaire ne soit pas un recours sans alternative à cette fin.

La politique de déjudiciarisation du traitement de l'impayé ne repose pas uniquement sur des dispositifs légaux, mais sur un ensemble d'éléments qui ont tendance à permettre au créancier de recouvrer sa créance en dehors de la voie judiciaire.

Il convient de mettre l'accent sur la déjudiciarisation de pondération du traitement de l'impayé **(Section 1)**, pour s'arrêter sur une autre déjudiciarisation, traduite par le renforcement des techniques contractuelles et bancaires, visant à limiter l'impayé **(Section 2)**.

Section I : La déjudiciarisation de pondération du traitement de l'impayé

299. Il est vrai que la baisse du contentieux de l'impayé en France devant les tribunaux commerciaux et civils est l'aboutissement d'une conjonction de plusieurs procédés et techniques y ayant contribué, car cette déjudiciarisation du traitement de l'impayé n'était pas le fruit du hasard. Elle traduit en premier chef la volonté du législateur Français de mettre en place des dispositifs de nature à traiter l'impayé efficacement sans recourir à la justice Etatique(p.1), les dispositifs en question ont fait l'objet de différentes révisions pour, d'une part répondre à cette question de l'impayé, et d'autre part veiller à ce que les juridictions nationales soient désencombrées des affaires relatives à l'impayé.

Au demeurant, le développement du recouvrement amiable par les professionnels du recouvrement(p.2) ainsi que la concurrence permanente existant dans le marché de recouvrement a permis indéniablement de privilégier le recouvrement amiable au détriment du recouvrement forcé, eu égard aux résultats obtenus par ces professionnels qui promettent une efficacité absolue en matière du recouvrement amiable. Ceux-ci sont parvenus par des procédés qui leur sont propres à déjudiciariser le traitement de l'impayé.

Paragraphe 1 : La déjudiciarisation à caractère légal du traitement de l'impayé

300. A priori, la législation Marocaine semble dépourvue de dispositions ayant pour objet de déjudiciariser les affaires relatives au contentieux de l'impayé, la loi ne prévoit que très peu de textes de référence, en l'espèce ces textes ne sont pas la priorité de la politique juridique et judiciaire au Maroc, faute de sensibilisation quant à l'importance de ces dispositifs, ou leur utilisation à mauvais escient, étant donné que ceci provoque un dysfonctionnement de l'institution judiciaire de ce pays, à la suite de l'explosion du contentieux de l'impayé, et du nombre de dossiers titanesques auxquel elle doit faire face.

En comparaison, le législateur Français qui était vraiment conscient de ces enjeux, a essayé d'y répondre à travers plusieurs dispositifs comportant des méthodes différentes, mais ayant la même finalité, celle de réduire le contentieux de l'impayé et de moins recourir à la justice étatique. La promotion de la médiation bancaire (A), et l'adoption d'une loi relative à la lutte contre les retards de paiement (B), témoignent de la volonté du législateur.

A- La médiation bancaire

301. À l'exception d'une disposition de la loi bancaire[373] Marocaine qui confère le droit à toute personne qui s'estime lésée d'un quelconque manquement aux dispositions de ladite

[373]-article 119 de la loi n° 34-03dispose :

« Toute personne s'estimant lésée, du fait d'un manquement par un établissement de crédit aux prescriptions

loi par un établissement bancaire, de saisir Bank al Maghreb, qui agit en vertu des pouvoirs qui lui sont impartis pour effectuer des contrôles afin de déterminer le manquement, la banque centrale peut procéder, le cas échéant, à la recherche d'un terrain d'entente entre le client et l'établissement de crédit.

En outre le législateur Marocain a institutionnalisé récemment la médiation à travers la loi 08-05 insérée dans le code de la procédure civile, relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle, une loi applicable en matière civile, commerciale, ayant pour objet de prévenir ou de régler un différend, le législateur donne en effet aux parties la possibilité de convenir de la désignation d'un médiateur qui se charge de faciliter la conclusion d'une transaction mettant fin au différend, nonobstant, cette loi est restée peu connue, et les individus n'y recourent que rarement. De fait, elle n'a pas contribué à la baisse du contentieux de l'impayé devant les tribunaux nationaux.

302. Par ailleurs, dans notre domaine, particulièrement en matière bancaire, la médiation a fait l'objet d'une intervention législative vraisemblablement destinée à désencombrer les tribunaux des litiges, notamment bancaire, y compris ceux relatifs à l'impayé et également ceux qui opposent les établissements du crédit et leurs clients.

Outre la médiation judiciaire régie par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, le législateur Français a mis en place une loi tellement attendue par le milieu bancaire avec pour objectif de réduire le nombre de litiges susceptibles de donner lieu à un contentieux judiciaire, il s'agit de loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF. c'est une loi qui a fait l'objet de plusieurs réformes, et qui oblige l'ensemble des établissements de crédit à désigner un ou plusieurs médiateurs qui se chargent de proposer des solutions pour les litiges nés entre l'établissement de crédit et les particuliers non-professionnels relatifs aux services et prestations fournis par la banque, et relatifs également à l'exécution des contrats conclus entre les parties.

Ainsi, seule une loi d'une telle teneur peut garantir au client autant d'avantages, comme à l'établissement bancaire, des avantages qui ont été soulignés par les travaux préparatoires de ladite loi[374] dont on peut citer ici les plus importants :

À l'égard des deux parties :

- L'évitement des incertitudes et les longueurs des procédures judiciaires.

---

de la présente loi et des textes pris pour leur application, peut saisir Bank Al-Maghrib qui réservera à la demande la suite qu'elle juge appropriée. A cette fin, Bank Al-Maghrib peut procéder à des contrôles sur place ou demander à l'établissement concerné de lui fournir, dans les délais fixés par ses soins, tous les documents et renseignements qu'elle estime nécessaires pour l'examen de ces demandes.

[374]-rapport de l'assemblée nationale n°3028 sur le projet de loi n°2990 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, 30 avril 2001, p.48 et s.

À l'égard du client :
- La désignation des médiateurs se fait en fonction de leur compétence et impartialité. Ceux-ci doivent jouir de l'indépendance organique nécessaire à l'exercice de cette mission.
- la procédure de médiation offre une célérité certaine pour le client, vu que le médiateur doit statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine.
- la gratuité de la procédure et son caractère non contraignant, hors accord des parties.

À l'égard de l'établissement bancaire :
- les banques peuvent ainsi avoir une vision d'ensemble des difficultés auxquelles se heurtent les clients dans leurs relations bilatérales.

En dépit de sa récence, ce dispositif juridique grâce à plusieurs réformes introduites et venant étendre le domaine de cette loi (1) a servi néanmoins à faire baisser légèrement le contentieux de l'impayé bancaire et élargi la mission du médiateur (2).

1- Le domaine de la loi

303. Désormais, les clients des banques peuvent dans le cadre des litiges qui les opposent à un établissement bancaire saisir un médiateur. Il s'agit d'un mécanisme qui dérive des modes alternatifs de règlement de litiges, et qui est défini comme étant : « *le mode de solution des conflits, consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique. Plus vaguement, mission polymorphe et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l'exploration des voies d'apaisement des situations conflictuelles et la quête d'une justice alternative*[375]. »

En effet c'est au regard de l'article 312-1-3 du code monétaire et financier que le législateur impose aux établissements de crédit de désigner un ou plusieurs médiateurs dont le champ de compétence est limité seulement aux litiges portant sur la conclusion de la convention de compte, de dépôt, l'ouverture, la clôture, et le fonctionnement du compte. En outre, le médiateur peut intervenir s'il est saisi pour les litiges liés à l'interdiction des ventes avec primes et les prestations de service qui y sont liées. Ainsi, les dispositions du code monétaire et financier sont d'ordre public, et applicables à l'ensemble des établissements organismes bancaires, y compris la banque de France.

Au demeurant, la loi oblige les établissements bancaires à introduire une clause de médiation et à préciser les modalités pour y recourir. Celles-ci doivent figurer sur la convention du compte ainsi que sur les relevés de compte, or la réussite de cette mesure

[375]-G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, Delta, PUF, 1987, p.509

passait par une sensibilisation efficace et une information suffisante sur la présence de cette procédure peu connue jusqu'alors.

Par ailleurs, en cas de survenance du litige prévu par les textes de la loi en vigueur, le client de la banque, qui ne doit pas être un professionnel, est contraint préalablement à toute saisine du médiateur, d'épuiser toutes les voies de recours internes à l'institution. Il doit, à cet effet, se mettre en rapport avec les services dûment habilités, à savoir le chargé de clientèle et le directeur d'agence, si ses réclamations restent vaines, le client pourrait saisir par écrit le médiateur, en l'occurrence par un courrier postal qui doit contenir l'objet de sa requête et comporter toutes les informations utiles pour l'instruction de la demande. La loi prévoit toutefois la possibilité pour le client d'être assisté par une association de consommateurs ou par un professionnel du droit si la charte de médiation le stipule. Ace propos, chaque banque dispose d'une charte de médiation dont elle définit les principes fondamentaux.

On ne peut qu'être frappé par la procédure de médiation bancaire en France et les avantages qui en découlent. Outre la gratuité de celle-ci, la procédure reste facultative et constitue une alternative au procès, et les parties ne sont pas tenues de saisir le médiateur préalablement à une juridiction étatique.

304. Il apparait opportun de rappeler que les banques, à travers les chartes de médiation qu'elles établissent, ont étendu le champ d'intervention du médiateur qui ne favorisait pas son action restreinte aux articles 312-1-1 et 312-1-2. Cette extension est due essentiellement au nombre important des requêtes qui font l'objet d'irrecevabilité[376], et qui sortaient du ressort du médiateur[377]. Pourtant le nombre des dossiers irrecevables restait très important, une situation qui a suscité le mécontentement des banques et notamment des médiateurs, et a amené sans doute le législateur à intervenir pour y remédier.

Ainsi, le législateur a répondu favorablement à cette problématique, et a instauré pour cela la loi de 3 janvier 2008[378] qui modifie l'article L 312-1-3 du code monétaire et financier, ayant pour objet principal d'élargir le champ d'intervention et de compétence du médiateur, qui peut désormais être saisi dans les litiges relatifs au crédit et notamment le contentieux de l'impayé bancaire.

En effet, le texte relatif à ce sujet, oblige tous les établissements de crédit à désigner un ou plusieurs médiateurs, qui se chargeront de recommander des solutions aux litiges relatifs

[376]-les principaux motifs d'irrecevabilité selon le bilan de la médiation bancaire pour l'exercice 2004 : compte professionnel, opération de crédit, politique tarifaire, placements boursiers et financiers….

[377]-70% des litiges reçus par les établissements bancaires échappent à la compétence du médiateur, ces dossiers sont en pratique déclarés irrecevables, voir Revue Lamy Droit des Affaires - 2008 30. « Les nouvelles relations banques consommateurs ». (Base de donnée : LAMY).

[378]-loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite Loi CHATEL.

aux services fournis et à l'exécution des contrats conclus dans le cadre des dispositions des titres I et II du livre III du code monétaire et financier, à savoir les contrats touchant les opérations de banques, les services d'investissement, et les services connexes.

En ce qui nous concerne, l'intervention du médiateur en matière d'incidents de paiement, également de l'impayé bancaire et des crédits, traduit indubitablement la volonté du législateur Français d'aller vers une déjudiciarisation de ce type du contentieux de l'impayé, de façon à ce que ces litiges se résolvent le plus rapidement possible et pour désencombrer les tribunaux de ces litiges.

Reste à savoir si la récence de cette mesure a permis que cette loi de grande envergure ait un impact sur le contentieux de l'impayé bancaire…

2- Le rôle du médiateur et l'incidence de la médiation bancaire sur le contentieux de l'impayé

305. Le médiateur occupe une place prépondérante dans la mise en œuvre de ce dispositif, or il incarne un rôle où il doit faire preuve à la fois de compétence et d'impartialité, tels sont les critères légaux du choix du médiateur dans le cadre de la médiation bancaire, car beaucoup d'individus critiquent cette mesure[379], et semblent encore plus dubitatifs quant au rattachement professionnel de ce dernier à la banque ou à un ensemble d'établissements de crédit qui adhèrent à un système de médiation particulier[380]. Le fait que leur rémunération soit assurée par ceux-ci pose aussi problème à certains.

Pourtant, les médiateurs se sont montrés équitables et ont respecté la neutralité requise, de même que la prise en compte des intérêts légitimes des parties en cause dans ce cadre, les chiffres en attestent : le bilan de la médiation pour l'exercice 2010 a révélé une quasi-parité entre les avis favorables et défavorables émis par les médiateurs sur l'ensemble des demandes éligibles et réglées, avec 48% et 52% respectivement.

Manifestement, son rôle consiste à instruire minutieusement dossier par dossier ou plusieurs dossiers relevant de la même nature concomitamment pour qu'il puisse formuler des recommandations homogènes pour chaque groupe de dossiers portant sur le même objet, pour ce faire, il dispose d'un délai légal de 60 jours à compter de sa saisine pour se prononcer. Durant ce laps de temps le délai de prescription est suspendu, un délai qui a été écourté considérablement depuis la mise en application de ladite loi (12 décembre 2002)

[379]-A.MANSILLON, « La médiation bancaire », *RD banc. Fin.,* n°2, mars 2010, p.11.

[380]-à titre d'exemple, on trouve FBF : la fédération Française des banques, destinée aux banques qui ne disposent pas d'un médiateur propre à eux, ou l'ASF : l'association des sociétés financières, qui met un médiateur commun au service des établissements de crédit membres de l'ASF, ou encore l'AMF : autorité des marchés financiers qui dispose d'un médiateur qui traite les litiges à caractère individuel entre investisseurs et intermédiaires financiers.

approuve le même rapport, le délai moyen de traitement des dossiers éligibles s'est stabilisé aux alentours de 36,6 jours contre 40,5 jours précédemment[381].

Quant au nombre total de saisines enregistrées en 2010, elles ont atteint le niveau élevé de 33703 contre seulement 19726 en 2005, dont 20% sont relatives aux opérations de crédit. Toutefois, le niveau le plus haut pour ce type de saisines depuis la mise en œuvre du dispositif traite des litiges dont l'objet peut porter sur des incidents de paiement relevés, de nature à entrainer un impayé.

Par ailleurs, les litiges relatifs à la tarification peuvent relever ou faire partie du contentieux de l'impayé, dans la mesure où les grandes difficultés éprouvées par certains clients résultent d'une conjoncture économique difficile jugée comme étant à l'origine des incidents de paiement qui donnent lieu à la réclamation de paiement des établissements bancaires de frais, et contestés d'ordinaire par les intéressés, et qui provoquent par conséquent un impayé s'ils ne sont pas perçus.

306. Force est de constater à partir des chiffres annoncés, que cette procédure a gagné de l'ampleur en France, une progression continue qui s'est manifestée par un recours massif tantôt de la part des établissements bancaires, tantôt des clients qui estiment avoir subi un préjudice lors d'une quelconque opération. Ceci reflète l'efficacité incontestable de la procédure.

En somme, on peut d'ores et déjà dire que ce dispositif a contribué légèrement à la baisse du contentieux de l'impayé bancaire, et plus généralement, par voie de conséquence, à la baisse du contentieux de l'impayé. Nonobstant le législateur Français peut s'efforcer au travers de la réussite de cette loi d'instaurer une autre loi ayant pour objet d'élargir davantage la compétence du médiateur, étant considéré le nombre important des saisines qui font l'objet du rejet du médiateur en raison d'une restriction légale.

A- Les lois pour la lutte contre les retards de paiement

307. Conscient des difficultés provoquées par les retards de paiement dans les processus économiques, particulièrement chez les PME, considérées en France comme étant la force motrice du pays, le législateur Français n'a pas omis cette question cruciale

En effet les PME semblent les plus lésées par la longueur des délais de paiement, devenue inacceptable. Si le rapport de 2010 de l'Observatoire des délais de paiement dévoile que ceux des clients se sont établis à 49 jours de chiffre d'affaires, la moyenne de règlement en

[381]- bilan de la médiation pour l'exercice 2010, téléchargeable sur le site de la banque de France :http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/publications/BILAN-DE-LA-MEDIATION-BANCAIRE-2010.pdf, p.42

France reste à elle seule de 66 jours[382], un chiffre encore élevé comparativement à ses homologues Européens[383], cette pratique reste une cause directe de défaillance des entreprises avec 21%[384], par le biais des crédits interentreprises qui ont atteint les niveaux les plus hauts avec 501 milliards d'euros[385].

308. Par ailleurs, et sans se pencher sur les véritables causes des retards de paiement en matière commerciale, qui peuvent résulter de l'insolvabilité ponctuelle du débiteur[386], de l'attente du règlement de ses propres débiteurs, du maniement ou de l'injection de fonds pour des fins financières et personnelles s'il s'agit de sommes conséquentes, ou parfois d'un débiteur qui se trouve solvable mais qui s'abstient de régler ses dettes dans les délais qui lui sont impartis…En l'espèce, c'est une pratique très répandue qui est devenue coutumière dans le milieu commercial, imposant de lourds préjudices à des créanciers qui se retrouvent face à des incidents de paiement, des impayés, voire une défaillance, au point que les délais de paiements excessifs et retards de paiements constituent l'une des principales causes génératrices de l'impayé[387].

Sur ce problème, et pour y faire face, le législateur Français s'est investi sous l'influence du droit communautaire traitant de la réglementation des délais de paiement interentreprises, et ce à travers une panoplie de lois dont la plus importante et qui a eu un réel impact sur les délais de paiement était la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie(1) de 2008, ainsi que la directive 2011/7/UE relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales(2). C'est la disposition la plus récente qui puise sa source directement dans le droit Européen, et qui refond la directive 2000/35/CE du 29 février 2000.

D'emblée, on peut réaliser que ces dispositifs législatifs n'ont pas servi uniquement à raccourcir les délais de paiement ou à contribuer à baisser le contentieux de l'impayé, il s'agit de dispositifs, à notre sens, qui ont aidé à déjudiciariser le contentieux de l'impayé, étant donné que le caractère dissuasif de ces mesures contraint le débiteur à s'acquitter auprès de son créancier par crainte d'encourir des pénalités de retard.

---

[382]-C. VAUTRIN ET J.GAUBERT. rapport sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, 11 avril 2011 « Délais de paiement », *R.L.C.,* 2009 29, (Base de données : LAMY); l'assemblée nationale :www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/ i3322.asp.

[383]-ibid., la moyenne de règlement en Grande Bretagne est de 52 jours, Allemagne 47 jours, la Norvège 26 jours, tandis que la moyenne européenne est de 57 jours.

[384]- C. VILMART, « La réduction des délais de paiement par la LME : mythe ou réalité», *R.L.C.,*(Base de données : LAMY).

[385]-rapport de l'observatoire des délais de paiement, exercice 2011, p.7.

[386]- J-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, éd. Lextenso, 2011.

[387]-Rapport sur la proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, A7-0136/2010.

1- La loi de modernisation de l'économie

309. On se rend compte de la volonté du législateur Français d'encourager une culture prompte du paiement à travers cette loi, et à combattre en quelque sorte les retards de paiement en tant que facteur générateur d'impayé.

C'est en vertu de l'article 441-6 du code de commerce que les conditions de paiement entre les parties ne peuvent plus dépasser 45 jours à compter de la fin du mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture[388], les parties peuvent toutefois décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement fixé par cette disposition. Il ajoute en outre que le taux d'intérêt des pénalités est exigible de plein droit sans qu'un rappel soit nécessaire en cas de retard, ce taux ne peut pas être 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 majorée de 10 points de pourcentage[389], de surcroit, le législateur rajoute que le non-respect de ces délais de paiement est sanctionné par une amende de 15.000 euros, qualifiée d'excessive[390].

Sans nul doute, aucune technique ne pourra éradiquer l'aléa du retard de paiement ou du recouvrement, cependant, le législateur s'est montré audacieux, rendant les conséquences du retard de paiement dans certains cas insupportables. Ces mesures semblent suffisamment dissuasives pour que les débiteurs s'obligent à régler sans dépasser les délais légalement fixés. En revanche le créancier agissant en connaissance de cause, peut se servir de ce procédé pour exercer la pression sur son débiteur en situation de retard de paiement, sans pour autant recourir à la voie de justice.

310. Ceci peut être l'une des raisons principales de la baisse du contentieux de l'impayé devant les tribunaux en France. Dans un contexte marqué par une crise économique aigue, les entreprises Françaises ont pu néanmoins se conformer aux nouvelles exigences de la loi LME en termes des délais de paiement, eu égard aux différents avantages pouvant découler de délais de paiement plus favorables aux PME, notamment l'allègement des contraintes en matière de liquidité, conduisant en corollaire à une baisse de créances et de dettes de 10% à 12% sur un ensemble de 160.000 entreprises[391].

---

[388]-un délai maximum supérieur à celui fixé par cette disposition pourra être accordé à certains secteurs d'activités, ces délais dérogatoires ont été accordé à 34 activités ayant donné lieu à des décrets d'homologation, ces accords dérogatoires devaient prendre fin au plus tard le 1 er janvier 2012.

[389]-le taux d'intérêt légal de la banque centrale est d'ores et déjà établi à 1,00%, (3 mars 2012).

[390]- Cass. Com, 2 novembre 2011, n°10-14.677, Bull. 2011, IV, n°178 ; B. BOULOC, « la nature des pénalités de retard », *RTD. Com*., mai 2012, p.182.

[391]-VAUTRIN ET GAUBERT, rapport sur rapport sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 demodernisation de l'économie. :www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/ i3322.asp.p .24.

Il ressort de ces restrictions législatives, le développement incontrôlé de certaines pratiques émanant tant de fournisseurs que de distributeurs propres à contourner ces exigences légales, et traduisant la mauvaise foi de ceux-ci. Mais le législateur a atteint apparemment le résultat recherché, à savoir, réduire les délais de paiement tout en veillant à baisser le contentieux de l'impayé.

Il convient de souligner que le législateur européen, encore soucieux de la question du retard des paiements, est intervenu une fois de plus au moyen de la directive du 16 février 2011 par laquelle il a procédé à refondre la directive du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

2- La directive Européenne relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

311. A dessein d'améliorer la compétitivité économique et anticiper les ralentissements économiques provoqués par les risques liés au retard de paiement, tout en respectant le principe de la liberté contractuelle, le législateur européen a mis en place la directive du 16 février 2011 pour la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Car, il s'est avéré que la directive de 2000 transposée dans la législation des Etats membres, portant sur le même objet ne répondait guère aux attentes et aspirations du législateur Européen. Cependant, celui-ci a souhaité durcir encore les délais légaux pour le règlement des factures et a institué à ce titre un nouveau régime indemnitaire au profit des créanciers victimes de retard de paiement dans toutes les opérations à caractère commercial y compris celles entre une entreprise et les pouvoirs publics.

En effet, ladite directive, entrée en vigueur le 15 mars 2011, est applicable tant sur les entreprises privées que publiques, ou entre une entreprise privée et les pouvoirs publics, à l'exclusion des consommateurs ou des transactions commerciales effectuées avec un consommateur qui ne rentre pas dans le champ d'application de la directive.

A ce propos, le principal ajout de la directive étant d'exiger des intérêts de retard à tout débiteur qui manque de payer dans un délai de 30 jours civils à compter de la date de réception de la marchandise ou une prestation de service fournie, sauf si les parties prévoient une clause contractuelle contraire, qui ne peut absolument dépasser 60 jours, le cas échéant, l'entreprise en fait réclamation pour le paiement d'intérêt de retard qui s'élève à un montant forfaitaire minimum de 40 euros, et elle peut demander en outre l'indemnisation de tous les frais de recouvrement tels que les dépenses engagées pour faire appel à un avocat ou à une société de recouvrement de créances[392], ce qui apparait

[392]-l'article 6 de la directive dispose : « outre les intérêts de retard, le créancier est en droit d'obtenir du débiteur une indemnisation forfaitaire minimum de 40,00 €, exigible de plein droit sans rappel, pour tous les autres frais de recouvrement venant en sus de ce minimum, le créancier doit avoir droit à une indemnisation raisonnable pouvant comprendre notamment les dépenses engagées pour faire appel à un avocat ou à une société de recouvrement de créances.

antinomique avec l'article 32 de la Loi n° 91-650 du 29 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, abrogé depuis très peu de temps par l'article 4 l'Ordonnance n°2011-1895 du 19 décembre 2011, et également antinomique avec la jurisprudence Française[393].

Toutefois, la directive prévoit que toute clause contractuelle ou pratique qui fait abstraction du versement d'intérêts pour le retard de paiement est réputée comme étant manifestement abusive, pareillement aux clauses qui ne tiennent pas compte de l'indemnisation pour les frais de recouvrement.

Par ailleurs, la directive doit être transposée en France avant le 16 mars 2013 et doit en outre encourager les parties intéressées à établir des codes de conduite non contraignants qui visent à améliorer la mise en œuvre de la directive[394].

312. Dans l'optique de la déjudiciarisation du contentieux de l'impayé, on peut admettre que cette mesure prise par le législateur européen aura vraisemblablement un impact favorable sur le raccourcissement des délais de paiement, et par voie de conséquence sur la diminution du contentieux de l'impayé, moyennant l'institution de mesures plus dissuasives à l'encontre des débiteurs retardataires dans leurs paiements en matière commerciale. car cela constitue un joug pesant sur le débiteur, qui sera dans l'obligation de s'acquitter avant que son créancier ait recours à la voie judiciaire, ce postulat auquel on adhère a été appuyé de façon plausible par l'initiative récente du législateur Français qui a pris corps par l'abrogation de la disposition mettant à la charge du créancier les frais de recouvrement entretenus sans titre exécutoire.

A présent, et compte tenu de l'importance des retards de paiement, et de leurs répercussions sur le contentieux de l'impayé, le législateur Marocain est tenu d'y remédier, et les acteurs concernés gagneront à s'inspirer des législation européennes et françaises les plus récentes.

Paragraphe 2 : La déjudiciarisation par l'intervention des acteurs du recouvrement

313. On ne peut nier la baisse du contentieux de l'impayé devant l'ensemble des juridictions Françaises, cela a probablement été le résultat du rôle capital assumé en grande partie par des professionnels du recouvrement dont l'apparition a impacté

---

[393]- cass. Civ 2ème ch, 20 mai 2010, n°09-67.591, Bull. 2010, II, n° 99, la cour précise que les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier, à moins qu'il s'agisse d'un acte dont l'accomplissement est prescrit par la loi à celui-ci ; L. LEROY- GISSINGER et A- CANAC et S. GRIGNON DUMOULIN, « Chronique de jurisprudence de la cour de cassation », *R.,* septembre 2010, p.2102.

[394]-E.BIDAUD, « une avancée dans la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales »*D.P.D.E.A.*, bulletin n°278, avril 2011, éditions législatives, p .15.

positivement le recouvrement amiable, et a permis à tous créanciers à penser à y recourir avant toute requête en justice.

En effet, ces trois dernières décennies ont marqué l'histoire du recouvrement amiable dans ce pays, et ce développement n'a pas été le fruit du hasard, bien au contraire les résultats parlent d'eux-mêmes, une expansion spectaculaire qui semble métamorphoser le profil du marché du recouvrement.

Les professionnels ont fait preuve de persistance et de persévérance lors du traitement des dossiers de l'impayé qui leur ont été confiés. Il faut signaler qu'outre l'esprit de négociation dont ils sont dotés, leur diligence et intervention rapide pour recouvrer une créance sait être efficiente[395] .

314. Si bien que cet accroissement est la conséquence de plusieurs facteurs qui y ont contribué, qui peuvent être d'ordre social, législatif, ou économique, les sociétés de recouvrement sont devenues des acteurs incontournables en matière du recouvrement amiable (A), associé ou non à des huissiers de justice(B) qui se sont efforcés de changer l'image dissuasive véhiculée par la profession. Ils ont étendu leur activité vers le recouvrement amiable, et ont réussi à gagner la confiance des créanciers toujours à la recherche d'une alternative à la voie judiciaire.

Par la force des choses, et même sans le vouloir, ces acteurs du recouvrement ont concouru à la baisse du contentieux de l'impayé et à la déjudiciarisation le traitement de l'impayé.

A- Les sociétés de recouvrement

315. La phase du recouvrement amiable s'est avérée nécessaire pour le recouvrement d'une créance, et le recours à une société de recouvrement semble adapté à l'intérêt de tout créancier qui souhaite recouvrer sa créance en évitant tout aléa ou entrave résultant de la voie judiciaire[396].

En effet, l'activité du recouvrement amiable par des sociétés spécialisées existe depuis longtemps en France[397] , et bien avant sa réglementation[398], le législateur Français a une première fois ausculté ce point à travers son article 32 alinéa 5 : une disposition normative

[395]-« *une dette, au contraire du bon vin, vieillit mal*. », adage.

[396]-*supra* 115 et s.

[397]-La première société de recouvrement en France se dénommait POUEY, elle a été créée en 1984, V. E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.37.

[398]- la Loi n° 91-650 du 29 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

et succincte qui attribue au pouvoir exécutif le soin de régir les entreprises spécialisées en recouvrement des créances.

Ce ne fut que cinq ans après qu'un texte réglementaire put voir le jour, plus particulièrement au travers du décret n°96-1112 portant réglementation de l'activité des personnes procédant au recouvrement amiable des créances pour le compte d'autrui.

Cette intervention législative tant souhaitée par ces professionnels s'inscrit dans la volonté du législateur de conférer un cadre légal à cette activité, mettant en place les conditions de son exercice et de sa mise en œuvre, édictant de cette manière les devoirs et obligations incombant à la fois aux créanciers et aux professionnels, sans pour autant répondre ou satisfaire aux aspirations de ceux qui attendaient beaucoup de s prétendants à l'avènement de ce dispositif réglementaire.

Les professionnels avaient toujours réclamé une définition[399]qu'on ne trouve nulle part dans le décret, ainsi que la définition d'un véritable statut[400]. Or, les rédacteurs du texte ont fait preuve d'imprécision au terme de son premier article, entre autres, suscitant de nombreuses critiques portant à la fois sur l'indétermination et l'omission du législateur concernant les volets non négligeables de l'activité de recouvrement amiable[401].

Il convient de souligner toutefois que cette réglementation fragmentaire est assez restrictive quant aux nouvelles conditions de son exercice ou de sa mise en œuvre, cependant le développement de ces sociétés ne fut point bridé par une telle règlementation (1), bien au contraire, leur progrès en la matière est remarquable, et mérite d'être exploré.

316. En effet ces entreprises en pleine expansion n'ont pas restreint leur activité en recouvrement amiable, mais ont élargi leurs champs d'activité, dans un marché très concurrentiel[402], proposant davantage de prestations en vue de conquérir un créancier qui y recourt exponentiellement. Cela en accordant une importance particulière à la voie amiable, et ce, au détriment de la voie judiciaire. Moins couteuse, elle semble être la voie la plus empruntée par les créanciers de différentes catégories.

---

[399]- C'est la garde des sceaux à travers les questions écrites n°43400, JO 3 février 1997, qui a par ailleurs introduit une définition du recouvrement amiable : « l'ensemble des démarches effectuées par le mandataire pour obtenir du débiteur qu'il s'acquitte volontairement de sa dette ». Préalablement à cela, et même avant la mise en application de la loi par le décret, la CA de Paris dans un arrêt de 15 mars 1996 a défini de cette façon le recouvrement amiable : « le recouvrement de créances consiste à mettre en œuvre tous les moyens matériels, tels que l'envoi de lettres sous toutes ses formes ,d'appels téléphoniques ou autres, ou de démarches auprès des débiteurs pour les amener à payer volontairement leur dette en leur rappelant l'origine de celle-ci, avant d'utiliser les voies de droit, tout en attirant l'attention des débiteurs sur ces dernières »,CA Paris,25ème Ch, section B,15 mars 1996, jurisdata n°1996-020789.

[400]-A.LEBORGNE, *voies d'exécution et procédures de distribution,* 1ère éd. Dalloz, 2009, p.394, l'auteur précise que : « s'il n'y a pas de statut, on peut tout de même parler de professionnels, au sens d'activité rémunératrice exercée à titre habituel par une personne ».

[401] -A.CROSIO, Recouvrement de créances, éd.3, Dalloz, Paris, 1997, p.163.

[402] - E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.36.

Au demeurant, comment ces professionnels ont pu accroitre cette phase amiable ? Et quel a été l'impact du développement de cette phase du recouvrement de créances sur le contentieux de l'impayé (2) ?

1- Réglementation et développement des sociétés de recouvrement

317. Le décret du 18 décembre 1996 a mis en place des dispositions relatives aux conditions d'exercice de l'activité par des sociétés spécialisées, ainsi que leur mise en œuvre(b). Cette réglementation qui a servi au développement structuré mais explosif des agents spécialisés en recouvrement(a).

a- Réglementation

318. Il était regrettable de constater que le décret, entré en vigueur le premier juin 1997 ne prévoie aucune disposition relative à la nécessité de posséder une qualification scientifique ou professionnelle pour tout aspirant à l'exercice de cette activité[403]. Hormis quelques conditions de fond que l'intéressé doit remplir, aucune autre exigence de cette nature ne lui est imposée par le texte.

En effet les sociétés de recouvrement en France exercent cette activité habituellement sous forme d'une société à responsabilité limitée, par voie de conséquence, elles disposent d'un statut de commerçant[404], impliquant à ce titre leur immatriculation au registre de commerce.

L'entreprise doit en outre, comme le dispose l'article 2 alinéa 1 du décret, souscrire un contrat d'assurance de type responsabilité civile professionnelle qui couvre uniquement les erreurs professionnelles à caractère pécuniaire et résultant de l'exercice de leur activité, étant donné que cette assurance sert à protéger le créancier contre une éventuelle erreur professionnelle telle que l'insolvabilité de la société[405], ou le non reversement de la créance dans le délai légal[406]. La société doit ouvrir un compte à cet effet, destiné exclusivement à la

[403] -A.LE BAYON, « Recouvrement amiable de créances pour le compte d'autrui »,*JCl. Procédure civile*, fasc.2500, janvier 1998, p.19.

[404]-CA Toulouse, 6 février 1989, JurisData n° 1989-047228.

[405] -F.GUECHOUN, « Recouvrement des créances pour le compte d'autrui par des agents spécialisés », *E.J.D* répertoire PC, Tome 5, mars 2011, p.4, l'auteur s'oppose à cette disposition, une situation contrastante de voir ces sociétés dispensées de souscrire une assurance couvrant aussi bien de la responsabilité délictuelle que contractuelle, et ce à l'exemple des avocats et des huissiers de justice.

[406]-les fonds collectés doivent être reversés au créancier dans un délai d'un mois à partir de leur réception des débiteurs, sauf stipulation contraire qui peut prévoir des délais plus courts ou plus longs.

réception des fonds collectés auprès de débiteurs pour le compte des créanciers dans le cadre de la mission pour laquelle elle a été mandatée, le but de cette disposition étant de préserver une sphère de transparence financière afin de se prémunir contre les risques de toutes opérations frauduleuses, ou encore d'une procédure de saisie ordonnée à l'encontre de la société détentrice des fonds. Il faut souligner en revanche que la violation des deux conditions précitées est sanctionnée pénalement par la loi[407].

Outre ces critères légaux, l'entreprise doit adresser une demande écrite au ministère public près du tribunal de grande instance auprès duquel elle a son siège social, et ce préalablement au commencement de son activité. Cependant, cet acte n'est qu'une démarche déclarative qui n'est soumise à aucune obligation de réponse par le procureur, en effet ce dernier est toutefois appelé à vérifier à tout moment la conformité de l'entreprise aux obligations prévues et aux exigences du deuxième article susmentionné[408].

319. Quant à la qualification juridique de l'acte qui unit le créancier et l'agent de recouvrement, le législateur a dissipé les confusions affectant l'époque antérieure à la réglementation. En l'occurrence, le professionnel agit par le biais d'un mandat qui lui est accordé par le créancier. La solennité du contrat traduit l'intention du législateur de protéger davantage le créancier, en d'autres termes, le contrat n'est valable entre les parties qu'à l'établissement d'un écrit. Par ailleurs, en vertu du troisième article du décret, la loi interdit à l'agent de recouvrement d'agir au nom et pour le compte du créancier sans avoir établi à l'avance une convention écrite.

De surcroit, la convention doit contenir des mentions obligatoires[409]. Cependant, le défaut de ces mentions n'engendre aucun effet tant à l'égard de la société qu'à l'égard du créancier, étant donné que le législateur n'a consacré aucun texte à la pénalisation de l'oubli de l'écrit, ni fait allusion à l'omission d'une mention obligatoire devant figurer sur le mandat. Position approuvée par un arrêt assez récent de la cour d'appel d'Aix-en-Provence[410], dans lequel la cour n'a pas déchu la société de recouvrement de sa rémunération à laquelle le créancier s'oppose en invoquant le défaut d'un mandat spécial. A

[407]-article 7 alinéa 2 du décret : « Sera punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe toute personne qui, exerçant l'activité visée à l'article 1er : Ne s'est pas conformée aux obligations prévues à l'article 2.

[408]-en pratique ce pouvoir de contrôle ne s'opère que sur dénonciation des créanciers, et également des débiteurs qui déclarent au parquet avoir été objet d'un abus subi de l'entreprise en question, voir en ce sens la réponse de la garde des sceaux, question n°33585, JOAN 3mars 2009.

[409]-1° Le fondement et le montant des sommes dues, avec l'indication distincte des différents éléments de la ou des créances à recouvrer sur le débiteur ;

2° Les conditions et les modalités de la garantie donnée au créancier contre les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile encourue en raison de l'activité de recouvrement des créances ;

3° Les conditions de détermination de la rémunération à la charge du créancier ;

4° Les conditions de reversement des fonds encaissés pour le compte du créancier.

[410]-CA d'Aix-en-Provence, 8ème ch., 20 mai 2009, juris-data n°2009-006497

ce titre, la cour a considéré que l'article 7[411] du décret pouvait être appliqué *a pari* en l'absence d'un formalisme unissant la société et le créancier, mais ne pourra aucunement déchoir l'agent de recouvrement de ses honoraires.

320. Relativement à la mise en œuvre de cette activité, le législateur s'est montré quelque peu laconique au regard des dispositions qui y sont consacrées. En effet, le législateur n'a consacré qu'un texte destiné à la mise en œuvre de l'activité de l'agent de recouvrement, imposant à ce dernier de respecter un certain formalisme. Pour ce faire, celui-ci est soumis au respect de mentions obligatoires dans le cadre des lettres adressées au débiteur à cet effet[412].

En dépit des lacunes soulevées en matière de mise en œuvre du décret, ce texte a apporté le strict minimum de protection vis-à-vis du débiteur et a stoppé néanmoins les pratiques des sociétés de recouvrement qualifiées d'arbitraires par quelques auteurs[413] .

En ce sens, on ne peut que prendre parti pour cette apodicticité relevée par les auteurs[414], et dire que le législateur a omis de réglementer une partie importante du décret, générant de sérieuses critiques autour des professionnels de recouvrement. Ces obstacles n'ont pourtant pas ralenti peu ou prou le développement des sociétés de recouvrement.

Il convient de souligner que le législateur Français a inséré la partie relative aux personnes chargées du recouvrement amiable des créances dans le nouveau code de procédures civiles d'exécution (l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution, de l'article R124-1 à R-124-7) créé par le décret

---

[411]-l'article 7 dispose : « Sera punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe toute personne qui, exerçant l'activité visée à l'article 1er :

1° Ne s'est pas conformée aux obligations prévues à l'article 2 ;

2° Aura omis l'une des mentions prévues à l'article 4 dans la lettre adressée au débiteur.

En cas de récidive, la peine d'amende prévue pour la récidive des contraventions de la 5e classe est applicable.

[412]- La personne chargée du recouvrement amiable adresse au débiteur une lettre qui contient les mentions suivantes :

1° Les nom ou dénomination sociale de la personne chargée du recouvrement amiable, son adresse ou son siège social, l'indication qu'elle exerce une activité de recouvrement amiable ;

2° Les nom ou dénomination sociale du créancier, son adresse ou son siège social ;

3° Le fondement et le montant de la somme due en principal, intérêts et autres accessoires, en distinguant les différents éléments de la dette, et à l'exclusion des frais qui restent à la charge du créancier en application du troisième alinéa de l'article 32 de la loi du 9 juillet 1991 susvisée ;

4° L'indication d'avoir à payer la somme due et les modalités de paiement de la dette ;

5° La reproduction des troisième et quatrième alinéas de l'article 32 de la loi du 9 juillet 1991 précitée.

Les références et date d'envoi de la lettre visée à l'alinéa précédent devront être rappelées à l'occasion de toute autre démarche auprès du débiteur en vue du recouvrement amiable.

[413]-Ph.GERBAY, *les moyens de pressions privés et l'exécution des contrats,* thèse Dijon, 1976, p.584 et s.

[414]- A.CROSIO, *Recouvrement de créances*, éd.3, Dalloz, Paris, 1997, p.163 ; J-R. Debret , « L'ANCR et la déontologie », juin 2005, disponible sur : http://www.finyear.com/L-ANCR-et-la-deontologie_a106.html.

n° 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d'exécution

b- Développement

321. L'ANCR[415] a réalisé antérieurement à la réglementation que le développement des sociétés de recouvrement passait par la mise en place d'un ensemble de règles d'éthiques[416] venant cadrer une activité jusqu'alors embryonnaire, donnant une certaine conformité et crédibilité à ces sociétés de recouvrement. Une action corporative engagée essentiellement dans le but de promouvoir l'activité, d'accorder une protection efficace tant au créancier qu'au débiteur contre les abus des sociétés qui y ont adhéré, mais qui doivent en revanche respecter le cadre établi à cet effet.

Le recouvrement de créances par des sociétés spécialisées constitue en France un marché explosif. Une explosion qui peut être imputée à l'éclatement du contentieux de l'impayé à partir des années 1980[417]. Un nombre important de ces sociétés sont représentées par des organisations professionnelles[418], les adhérents de la FIGEC représentent à elles seules 70% à 80% du marché du recouvrement en France qui compte un volume d'affaires de 240 millions d'euros[419] .

322. En effet, en étendant les prestations proposées à d'autres champs qui s'en rapprochent les plus importantes étant en l'occurrence la gestion du poste client, le conseil[420]et les renseignements commerciaux[421] étant donné que les résultats escomptés

[415]- Association nationale de cabinet de recouvrement (L'ANCR) est la première association qui représente les sociétés de recouvrement, créée en 1980, convertie en 1992 en syndicat, elle est la fondatrice avec ses homologues Européens de la Fédération Européenne des associations nationales de recouvrement de créances.

[416]-le code déontologique est disponible sur : www.ancr.fr

[417]- P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE), p.5 et s.

[418]-plusieurs organisations professionnelles ont été créées au cours de ces dernières décennies, elles regroupent les sociétés de recouvrement présentes sur le marché, on trouve parmi d'autres : la fédération nationale de l'information d'entreprise et de la gestion des créances, (FIGFC), elle rassemble des sociétés de grande taille, l'association Concilium.

[419]-P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE).

[420]-on se retrouve face à une situation controversée, en effet la garde des sceaux dans une question écrite a répondu par la négative au sujet du pouvoir des agents de recouvrement à offrir des conseils à des clients en raison de leur non-conformité avec l'article 54,al 1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, question n° 21119 ,JOAN 15 septembre 2003 ; à l'opposé la CA de Nancy a toléré sur ce point en donnant droit à celui-ci à donner des consultations qui relèvent de son

par ces entreprises en termes de rentabilité sont remarquables. Elles ont pu gagner du terrain de manière conséquente, et conquérir davantage de clients formant une clientèle assez diversifiée, faite de créanciers de différents types, qui peuvent être catégorisés selon la taille de l'entreprise. A titre d'exemple, les compagnies d'assurance, les banques et les grandes sociétés recourent à des agents de renommée, tandis que les petites et moyennes entreprises font appel à des agents de recouvrement moins réputés[422]. Ce recours excessif des acteurs économiques à ces sociétés peut s'expliquer corollairement par l'effet de la concurrence qui a amené ces agents à réduire leurs rémunérations et honoraires.

On ne peut qu'être frappé par les efforts déployés par les organisations professionnelles qui ont contribué à l'expansion de cette activité en veillant à la conduite des agents qui y sont adhérents, leurs imposant parfois, selon les circonstances, des sanctions plus rudes que celles prévues par le décret, tout en privilégiant et en donnant constamment une impulsion au recouvrement amiable.

2- La prédominance du recouvrement amiable et son impact sur le contentieux de l'impayé

323. L'expérience accumulée par les agents de recouvrement leur a permis de développer les pratiques de recouvrement amiable. Par ailleurs les désavantages jurisprudentiels ont contraint ceux-ci à y recourir en y étant obligés(a), c'est pour cette raison qu'on s'interroge sur l'effet de l'accroissement de ce phénomène sur le contentieux de l'impayé(b).

a- La prédominance du recouvrement amiable

324. L'arrêt de la première chambre de la cour de cassation de 1999[423], interdit aux sociétés de recouvrement de représenter leurs créanciers en justice. En l'espèce, la cour a considéré que cela constitue un trouble illicite à l'égard des avocats, solution approuvée par

---

activité principale à condition que ceux-ci constituent l'accessoire direct de la prestation fournie,12 mai 2003 , juris-data n°2003-232194 .

[421]-M-S. BOUAZIZ, « Les renseignements commerciaux et les bases de données », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000, p.139 à 145.

[422]--« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.228

[423]-Cass. Civ., 1ère ch., 7avril1999, n°97-10.656, bull. 1999, I ,n°120 ; D. CHOLET, « Assistance et représentation en justice », *Rép. pr. civ. Dalloz,* septembre 2012, n°64 ; A. LEBORGNE, « actes de procédures », *Rép. pr. civ. Dalloz,* septembre 2005, n°259.

deux autres arrêts de la cour de cassation[424], qui a non seulement qualifié cette pratique de délit d'exercice illégal de la profession d'avocat, mais aussi sans effet sur la disposition conférant *de lege lata* aux parties, à savoir la faculté de représentation ou d'assistance par toute personne de leur choix devant le tribunal de commerce, et ce sauf disposition contraire dérogeant l'article du code de procédure civile.

Par ailleurs, la jurisprudence a été moins rigide en matière de requêtes en « injonction de payer », à travers plusieurs arrêts[425] qui frappent dans ce sens, admettant la possibilité de formuler des requêtes en injonction de payer par les agents de recouvrement pour le compte de leurs mandants. De même, le législateur Français dans une loi assez récente[426] a corroboré la position de la jurisprudence, en revanche cette procédure peu couteuse reste limitée aux seules petites créances.

325. Dans cette perspective, il appert que dans le cadre d'une opposition manifestée par le débiteur sur le bien-fondé de la créance, les pouvoirs de l'agent de recouvrement sont susceptibles de neutralisation lorsqu'une requête en injonction de payer est formulée par ses soins. Le cas échéant, l'affaire prend la forme d'une assignation classique et devra être jugée sur le fond, car, comme précité, à moins de recouvrer la créance à l'amiable, l'agent de recouvrement ne pourrait recouvrer la créance en question moyennant la requête de « l'injonction de payer ».

Si même ces oppositions formées contre les requêtes en injonction de payer sont rares en pratique[427], les agents de recouvrement restent vigilants face aux débiteurs de mauvaise foi dans ce type de procédure, qui à travers des procédés dilatoires savent comment mettre ces agents hors course.

Il ressort de ces désavantages jurisprudentiels, une certaine délimitation des prérogatives des professionnels de recouvrement qui privilégient désormais le recouvrement amiable en priorité sur tout autre procédé.

326. En effet, avec une démarche qui repose sur la communication avec son débiteur et l'élaboration préalable d'une stratégie prédéfinie pour chaque débiteur, outre l'envoi des lettres de relances qui leur permettent occasionnellement de recouvrer la totalité de leurs

[424]-Cass. Crim.,1er février 2000, n°99-83.372, Bull. criminel 2000, n°53, p.146 ; Cass. Civ., 1ère ch., 21 janvier 2003, bulletin civil. I, n°17 p.12.

[425]-C A Paris, 25ème ch., section B, 15 mars 1996, JurisData n° 1996-765100 ; CA versailles,5 septembre 2002, n° 00/02303,JurisData n° 2002-244171.

[426]-Article4 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JO n° 289 du 14 décembre 2011.

[427]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.327 et s.

créances[428] , ces sociétés de recouvrement passent par d'autres procédés amiables, à savoir les relances téléphoniques et les visites domiciliaires qui se sont avérées efficaces pour inciter le débiteur à s'acquitter en leur présence, compte tenu de l'effet psychologique que suscite l'intervention d'une tierce personne auprès du débiteur.

Au demeurant, dans le cadre de leur politique commerciale, ces sociétés déclarent atteindre des taux de succès importants, pour inciter davantage les clients à y recourir au moment de la détection de l'impayé[429]. À ce propos la société de recouvrement EFFICO[430] révèle réaliser un taux de succès moyen de 50 % sur l'ensemble des créances recouvrées, dont 80% sont recouvrées à l'amiable[431] et ce, dans un délai moyen de 45 jours, la FIGEG a estimé en outre que le recouvrement amiable atteint 95 % en ce qui concerne le recouvrement des créances des entreprises[432].

En dépit de tout ce qui a été précédemment évoqué, les sociétés sont néanmoins arrivées moyennant la primauté donnée au recouvrement amiable de créances à contribuer en quelque sorte à déjudiciariser le contentieux de l'impayé.

b- L 'impact sur le contentieux de l'impayé

327. Certes, l'accroissement du nombre de sociétés de recouvrement au cours de ces trois dernières décennies représente un facteur qui justifie qu'on le rapproche de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales en France.

En effet la célérité de la vie des affaires incite les créanciers à confier le recouvrement de leurs créances à des professionnels spécialisés, ces professionnels ont fait preuve d'une grande efficacité, dans un marché où les enjeux sont cruciaux , la justice ne répond plus à l'exigence requise par le marché économique, et les justiciables se trouvent d'un côté face à la lenteur de la justice étatique, qui résulte de l'encombrement des tribunaux, malgré les efforts menés pour désengorger ceux-ci, étant considéré que les voies de recours sont devenues systématiques. D'un autre côté, on se trouve face à des débiteurs qui s'abstiennent obstinément de s'acquitter d'eux-mêmes, tout en ayant la certitude que le recours de leur créancier à la voie judiciaire ne leur bénéficiera guère.

---

[428]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.240

[429]- J. JOURDANNE, « La détection de l'impayé », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994. p.11.

[430]-c'est une société de recouvrement filiale de BNP PARIBAS

[431]-voir : http : www.effico.fr /

[432]- de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT , op.cit., p.240.

A cet égard, on ne peut que se référer aux chiffres annoncés précédemment[433] pour établir la corrélation entre la baisse massive des actions en paiement en matière contractuelle, devant les juridictions civiles et commerciales, et le développement de la phase amiable par les sociétés spécialisées.

En somme, cette relation de cause à effet a été utile pour démontrer la baisse du contentieux de l'impayé, et a permis aux sociétés de recouvrement de gagner du terrain quant à leurs interventions en recouvrement de créances amiables face à d'autres intervenants dans la matière.

B- Les huissiers de justice

328. Si les sociétés de recouvrement ont contribué par leurs interventions en matière de recouvrement, à la déjudiciarisation du contentieux de l'impayé, les huissiers ont compris à leur tour qu'il fallait étendre le champ d'exercice de leur activité au recouvrement amiable[434].

En effet, face à la rude concurrence imposée par celles-ci, les huissiers de justice qui ont le monopole de l'exécution, sont confrontés à la complexité et à la lenteur du processus judiciaire[435], sans négliger les dispositions législatives qui entravent de plus en plus l'exécution forcée[436], cependant, ils se sont investis davantage dans le développement du recouvrement amiable.

Pour ce faire, ces derniers ont été amenés à dissocier leur image de celle de l'exécution[437], afin de s'adapter aux nouvelles exigences du marché de recouvrement.

329. Contrairement à quelques modèles européens, où les huissiers de justice interviennent uniquement en recouvrement forcé[438], cette compétence remonte en France

[433]-supra 189 et s., et 262 et s.

[434]- A. Mathieu-FRITZ, Les huissiers de justice, PUF, coll. « sciences sociales et sociétés », 2005.

[435]-la durée de traitement des affaires en France hors référés s'est établie en 2005 à 4,9 mois en moyenne contre 5 mois en 2004 devant les tribunaux d'instance , tandis que la durée moyenne devant les tribunaux de grande instance d'environ 7,3 mois contre 7,8 en 2004 et 8,2 en 2003 , en dépit des progrès réalisés en vue de réduire le temps judiciaire, il demeure encore lent eu égard aux enjeux que cela représente. Voir dans ce sens : http:/www.stas.justice.gouv.fr.

[436]-à titre d'exemple, le renforcement de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi de modernisation de l'économie du 4 aout 2008, qui peut déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale.

[437] - E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.42.

à l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945[439], au titre de laquelle ces professionnels ont eu la possibilité de recevoir un mandat pour recouvrer à l'amiable des sommes dues, et ce pour les créances de toute nature.

Toutefois, ce n'est que récemment que les huissiers de justice ont pu s'implanter sur le marché du recouvrement amiable, faisant accroitre d'une part la concurrence, et offrant d'un autre côté plus de choix au créancier qui désire inciter le débiteur à s'acquitter volontairement.

Il convient de mettre le point sur l'ampleur de l'intervention amiable des huissiers de justice(1), avant de mettre l'accent sur les avantages qui en découlent (2).

1- L'intervention amiable de l'huissier de justice

330. Cette démarche amiable ne se limite pas seulement à l'obtention du titre exécutoire(b), mais remonte bien antérieurement ; L'huissier peut procéder au recouvrement amiable de la créance (a).

a- Préalablement à l'obtention du titre exécutoire

331. Cette intervention amiable des huissiers de justice peut se présenter comme un moyen idoine pour avantager un règlement amiable entre le créancier et le débiteur, d'une manière à ce qu'ils évitent la voie judiciaire. Il faut noter que leur rôle dans cette gestion amiable n'est guère négligeable, particulièrement dans le milieu rural[440]. Leur mission dans le cadre amiable ne cesse de gagner du terrain. Ces professionnels préfèrent désormais recouvrer amiablement que de recourir à l'exécution d'un titre exécutoire[441], solution préconisée par la commission européenne pour l'efficacité de la justice[442].

---

[438]-c'est le cas de l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie ou le Royaume-Uni.

[439]-J.O du 3 novembre 1945.

[440]-dans les petites agglomérations, les huissiers de justice disposent de plus d'informations sur les débiteurs, et peuvent facilement savoir s'ils sont solvables ou pas, voir dans ce sens, E.PERROU, *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p.50

[441]-TH.GUINOT, « l'huissier de justice : Normes et valeurs. Ethiques, déontologie, disciplines et normes professionnelles », *EJT* , collection passerelle,2004.

[442]-elle indique : « le processus d'exécution devrait être suffisamment flexible, de façon à laisser à l'agent d'exécution un degré de latitude raisonnable pour trouver un arrangement avec le défendeur, lorsqu'il existe un consensus entre le demandeur et le défendeur » et l'huissier peut intervenir à cet effet.

Même en l'absence d'un titre exécutoire, le créancier peut faire appel au service d'un huissier de justice pour un recouvrement amiable, ce dernier agit par le biais d'un mandat et n'intervient aucunement en sa qualité d'officier ministériel.

332. Celui-ci initie en premier lieu des négociations avec le débiteur pour l'inciter à régler la créance qui lui est due, il procède dans ce cadre à l'envoi de courriers sous forme d'une injonction de payer[443] l'invitant à se mettre en contact avec son étude pour convenir ensemble d'une solution amiable, il peut lui proposer en outre un rendez-vous avec le créancier dans son cabinet pour essayer de trouver un terrain d'entente. Il peut également élaborer des solutions de règlement amiable avec le débiteur, qui se retrouve sous la menace d'une requête en injonction de payer, ou peut bénéficier d'un plan de rééchelonnement proposé par l'huissier de justice sous réserve d'acceptation du créancier.

Le contenu de l'accord se limite à des modalités d'exécution volontaire de l'obligation qui prennent parfois la nature d'une transaction[444], en l'occurrence, le professionnel est tenu par la finalité de son intervention amiable. Le terme « exécution négociée » exprime parfaitement la fonction qu'il exerce[445].

Si cette première démarche demeure infructueuse, le professionnel peut interrompre la négociation et faire une requête en injonction de payer pour s'installer dans une position plus confortable que celle du débiteur.

En tout état de cause, cette initiative conciliatrice prise par l'huissier de justice reste avantageuse pour toutes les parties.

b- Postérieurement à l'obtention du titre exécutoire

333. L'injonction de payer constitue la procédure la plus utilisée en France pour le recouvrement de l'impayé[446], sa simplicité et sa rapidité en témoignent, ce qui conduit d'ailleurs cet acteur principal de recouvrement qu'est l'huissier à y recourir constamment[447] lorsque les démarches amiables hors de la voie judiciaire n'aboutissent à aucun résultat.

---

[443]-annexe n°8.

[444]-B.GORCHS-GELZER, « l'huissier de justice et la médiation », *Rev. droit et procédures*, *EJT* , n°9, octobre 2010, p. 252.

[445]-V.Y DESDEVISES, « l'exécution négociée », in Brenner, *le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité*, *EJT* 2007, p.110.

[446]- -P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE).

[447]Cass. Civ. 2ème ch., bull civ.II, *G. P.,* n°285,1976, p.11, c'est l'arrêt qui a permis aux huissiers de justice de présenter des requêtes en injonction de payer.

Cependant, l'obtention d'un titre exécutoire ne vaut pas l'interruption de négociation, l'huissier continue généralement à chercher une solution négociée, soit du fait que celui-ci attende que la formule exécutoire soit apposée sur le titre[448]exécutoire, soit que le débiteur ait fait preuve de bonne foi.

Quoi qu'il en soit, l'huissier de justice doit tenir informé son mandant, de tout plan ou solution amiable éventuellement adoptée avec son débiteur, sous peine de voir sa responsabilité civile engagée[449], lors de l'approbation d'une quelconque facilité ou d'un rééchelonnement de plan amiable à l'insu du créancier.

334. Par conséquent, cette démarche s'est avérée de plus en plus efficace, car la menace d'une exécution forcée pèsera toujours sur le débiteur. Sous la crainte d'une éventuelle saisie, celui-ci préfère dans la majorité des cas accepter les modalités mises en place par l'huissier de justice pour un recouvrement amiable, que de voir ses biens faisant l'objet d'une mesure exécutoire.

Il faut noter toutefois que contrairement à la phase préalable à l'obtention du titre exécutoire ou antérieure à l'exécution, l'huissier peut en principe provoquer une rencontre opposant le créancier et le débiteur, en l'occurrence, il intervient en tant que médiateur entre les parties.

335. Force est de constater que les huissiers de justice restent en conformité avec les dispositions de la loi des procédures civiles d'exécution du 9 juillet 1991, une réforme ayant pour vocation d'humaniser ces procédures d'exécution[450], et de les rendre moins contraignantes.

Il convient de rappeler qu'en cas de défaillance du débiteur survenue au cours du plan de rééchelonnement, l'huissier peut à tout moment procéder à une mesure forcée pour obliger l'intéressé à honorer des engagements.

Ainsi, on constate que le recouvrement amiable entrepris par les huissiers de justice occupe une place prépondérante dans l'activité de ces professionnels, à tous les stades du recouvrement[451], et les parties en jeu peuvent en tirer profit, eu égard aux multiples intérêts les rendant indispensables et qu'il nous faut détailler.

---

[448]-O.SALATI. « Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution », *Dr. Et Proc*. , n°1-janvier- février 2009, p.4.

[449]-leur responsabilité peut être engagée sur le fondement de l'article 22 al 2 de la loi du 9 juillet 1991, elle peut être également engagée dans le cadre du droit commun de la responsabilité contractuelle en vertu de l'article 1992 du code civil Français.

[450]-Y.DEVDEVISES, « Equilibre et conciliation dans la réforme des procédures civiles d'exécution », *nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz 1995, p.100.

[451]-A.THIERRY, « l'huissier de justice : normes et valeurs, éthique, déontologie, discipline et normes professionnelles », *EJT.,* collection passerelle, 2004, p.184.

2- Les avantages d'une intervention amiable

336. Conscients des avantages pouvant être retirés d'un règlement amiable conclu par l'intervention d'un huissier de justice, les acteurs de la vie des affaires ont appréhendé l'envergure d'une telle initiative, or seul un règlement amiable leur procure concomitamment, célérité(a), profitabilité économique(b), et préservation des relations contractuelles(c).

a- Célérité

337. Si les efforts déployés en matière de réduction des délais de jugement sont remarquables, particulièrement sur le plan des juridictions commerciales, compte tenu de l'importance de l'enjeu économique qui en découle, les acteurs de la vie des affaires demeurent insatisfaits des progrès réalisés.

En effet, la France compte dans son corps de magistrature quelque 8355 magistrats[452], qui relèvent du statut de la magistrature, un nombre assez réduit en comparaison d'autres pays Européens. Pour une efficacité optimale de la justice, la commission Européenne estime comme bonne une proportion de 9,1 magistrats pour 100.000 habitants. , Si l'on prend en considération uniquement l'ensemble des demandes relatives au contentieux de l'impayé devant les tribunaux d'instance et les tribunaux de grande instance, comportant les actions menées au fond, en référé ou les requêtes en injonction de payer entre 1990 et 2003, le chiffre s'élève à une moyenne de 1.034.885 affaires annuelles[453], autant d'éléments qui justifient le doute de ces acteurs eu égard à la célérité de traitement des demandes tant devant les juridictions civiles que commerciales .

338. C'est à la lumière de plusieurs exigences d'ordre juridique et morale que la réduction des délais de jugement, restera toujours confrontée au respect des garanties procédurales et du droit à un procès équitable, et principalement aux droits de la défense. Cependant, le temps judiciaire a une valeur économique, et requiert en outre une maitrise parfaite d'un certain nombre de délais.

A l'évidence, seule une solution négociée peut garantir la rapidité imposée par l'environnement économique, et permet aux intéressés d'aboutir en passant par l'huissier de justice à un règlement amiable efficace dont l'exécution peut être beaucoup plus prompte qu'une action en justice.

---

[452]-F. JOHANNES « combien de magistrats en France ? » Le Monde ,29 novembre 2010, c'est l'ensemble des magistrats inscrits sur les listes électorales.

[453]-Répertoire général Civil, voir dans ce sens P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE), p.133

b- Profitabilité économique

339. Si les honoraires des huissiers de justice sont fixés par voie réglementaire et plus précisément par l'article 10, 11 et 12 du décret n°96-1080 du 12 décembre 1996 modifié par le décret du 8 mars 2001, en ce qui concerne les actes d'exécution qui lui sont reconnus par la loi, leur rémunération dans le cadre des démarches amiables entreprises par leurs soins reste librement négociable, aux frais du créancier désirant recouvrer sa créance.

A ce propos, et du fait de la concurrence acharnée entre les huissiers de justice et les sociétés de recouvrement, ces professionnels ont commencé à proposer la perception de leur rémunération uniquement sur la base des montants recouvrés, une stratégie incitative car un procès devant un tribunal coute plus cher au créancier, en particulier en ce qui concerne les honoraires de l'avocat auquel il est contraint de recourir en cas d'action en justice, puisque lui seul dispose du pouvoir de représentation habituelle devant les juridictions consulaires.

Si toutefois aucun paiement n'a été reçu par l'huissier, aucun honoraire ne lui sera dû, de fait.

Il s'est avéré qu'un règlement amiable était moins couteux, à l'égard du créancier qu'à l'égard du débiteur et permet d'éviter les diverses charges jugées parfois inutiles, engendrées par une procédure judiciaire.

c- Préservation des relations contractuelles

340. De nos jours, il est difficilement concevable qu'un débiteur qui a été contraint de s'acquitter d'une quelconque mesure forcée puisse renouer avec son créancier, d'autant plus que cela génère une certaine hostilité systématique provoquée par l'exécution, voire dès la première assignation.

A fortiori, toute personne qui a choisi d'intenter une action en paiement devant la justice, à l'encontre de son débiteur, sous n'importe quelle forme, opte pour l'option la plus abrupte consistant à interrompre toutes relations contractuelles avec son contractant, présentes ou futures, et le créancier se trouvera inéluctablement dans une situation défavorable vis-à-vis de son débiteur.

En effet, si les liens contractuels sont fondés sur la mutuelle confiance entre les contractants, la relation d'affaires ne pourra guère se pérenniser si le créancier sollicite la voie judiciaire pour un éventuel impayé, en l'occurrence, leur interaction sera dépourvue de toute confiance, et corollairement la relation prendra fin.

341. Par ailleurs, assurer un acquittement de la dette par la voie amiable, c'est garantir généralement le maintien des rapports contractuels, en d'autres termes, cela revient à

donner une autre opportunité à son contractant suite à une insolvabilité ponctuelle, abstraction faite de toutes causes ou circonstances générant l'impayé. L'expérience l'a démontré en maintes occasions.

On ne peut qu'être frappé par l'intervention de ces professionnels du recouvrement qui ont concouru, entres autres, à la déjudiciarisation du contentieux de l'impayé. Ce constat s'appuie essentiellement sur leur rôle actif dans le recouvrement amiable, ainsi que sur leurs résultats, et en corrélation avec les demandes relatives à l'impayé devant différentes juridictions.

Section 2 : La déjudiciarisation par le renforcement des techniques contractuelles et bancaires visant à limiter l'impayé.

342. A côté d'autres clauses contractuelles et de techniques répandues dans le cadre de l'impayé visant à limiter l'impayé et à éviter à l'évidence le recours à la justice pour contraindre le débiteur à s'exécuter, on a voulu ici mettre en lumière les seules clauses contractuelles (p.1) et les techniques bancaires qui visent à limiter l'impayé (p.2), et qui ont servi à diminuer véritablement le fardeau de l'impayé. Elles ont également aidé à éviter des actions de l'impayé en justice évinçant par conséquent le juge Etatique.

Paragraphe 1 : le renforcement des techniques contractuelles

343. Les différents intervenants en matière de recouvrement au Maroc ainsi que les sociétés questionnées dans le cadre de l'enquête menée déclarent que les techniques contractuelles n'ont pas assez évolué ces deux dernières décennies, de même pour les clauses qui prévoient des modes alternatifs de règlement des litiges[454]. Les clauses contractuelles en France demeurent en plein essor, et notamment en matière de contentieux de l'impayé, ainsi que la systématisation de ces clauses contractuelles contribuant possiblement à la baisse du contentieux de l'impayé, avec une convention d'arbitrage (A), qui répond davantage aux soucis des créanciers, et une clause de conciliation (B) utilisée de plus en plus en matière d'impayé.

[454]-annexes 2, 3, 4, 5 et 6

A- La convention d'arbitrage[455]

344. La convention est un mécanisme ancien en France, sous l'appellation de la clause compromissoire, celle-ci ne constituait pas un mode alternatif privilégié en matière d'impayé. La réforme de l'arbitrage mise en place récemment(1) peut avoir un effet très favorable sur l'ensemble des litiges soumis à l'arbitre avec ses nouvelles prérogatives et compétences, particulièrement les litiges qui relèvent de l'impayé(2).

1- Un arbitrage réformiste

345. La clause compromissoire ne faisait pas l'unanimité en matière du contentieux de l'impayé, très peu de litiges afférant en faisaient l'objet, les clauses de ce type n'étaient que rarement insérées aux contrats, car, elles n'étaient pas la voie alternative privilégiée par les contractants, compte tenu du doute qui subsistait quant aux garanties, à l'efficacité de la procédure, ainsi qu' aux prérogatives de l'arbitre même, qualifiées de restreintes. Ces lacunes portant sur l'ensemble de la procédure laissaient les parties perplexes à l'égard de cette clause.

Le législateur Français y a répondu récemment, à travers le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme sur l'arbitrage[456], une réforme substantielle et très attendue par les juristes.

A cet égard, le législateur a voulu moderniser le droit Français de l'arbitrage, mettant en place plusieurs mesures visant à assouplir les règles relatives à la procédure, et en étendant de même les pouvoirs de l'arbitre, en s'appuyant sur la jurisprudence établie qui était la pierre angulaire basée sur 30 années d'expérience en la matière. Un effort de consolidation de celle-ci s'imposait.

Outre les modifications apportées par la disposition, concernant les appellations en arbitrage, le texte a répondu d'emblée au principe d'incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage. Ce principe a été affirmé par la jurisprudence et discuté en doctrine, donnant seule compétence au tribunal arbitral, à moins que l'une des parties saisisse la juridiction étatique avant la constitution du tribunal arbitral uniquement pour demander des mesures provisoires ou conservatoires, ou encore pour demander l'intervention du juge afin d'éviter une éventuelle organisation d'insolvabilité[457]. Cette

[455]-le nouveau décret de l'arbitrage harmonise le régime juridique de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage, en les réunissant dans une même définition au regard de l'article 1442 « La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis ».

[456]-ce décret a modifié le quatrième livre du code de la procédure civile, introduit dans son troisième chapitre, le présent texte est entrée en vigueur le 1er mai 2011

même prérogative a été conférée à l'arbitre, qui peut désormais lui-même, au regard de l'article 1468 du code de procédure civile, ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune dans le cadre du procès arbitral, pouvant en outre modifier ou compléter les dites mesures. En revanche, le tribunal Etatique demeure le seul compétent pour prononcer des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires.

346. Abstraction faite du silence du texte quant aux moyens à mettre œuvre pour ordonner ces mesures, par le moyen d'une sentence ou par le biais d'une ordonnance, la consécration formelle de ce nouveau pouvoir de l'arbitre traduit la volonté claire du législateur de renforcer les pouvoirs de celui-ci et de le considérer comme un juge à part entière[458].

De surcroit, l'un de principaux apports de ce décret réside dans le pouvoir d'arbitre de procéder aux mesures d'instruction pour entendre toute personne, en particulier les tiers. A ce titre, il peut les contraindre à lui faire parvenir un élément de preuve dans le cadre de la procédure arbitrale. Pour ce faire, il invite l'une des parties à saisir le président du tribunal de grande instance ayant l'obligation de statuer comme un juge de droit commun afin d'obtenir l'expédition ou la production de l'acte de la pièce constituant un élément de preuve dans le procès arbitral.

En outre, le texte n'a pas omis les intérêts des parties qui sont en quête d'un terrain d'entente, moyennant le recours à un arbitre, en vue d'obtenir une justice équitable, rapide moins couteuse, et parfois confidentielle. Ainsi, le texte s'est montré explicite, imposant des obligations à l'arbitre au sens de l'article 1464 du CPC, qui met à la charge de ce dernier une obligation de confidentialité, de loyauté et de célérité.

Sur ce problème, le législateur a mis l'accent sur une question qui est d'une importance capitale en la matière, celle de la célérité[459]. Car, si les parties conviennent d'un commun accord des délais du procès, l'arbitre doit impérativement respecter ceux qui lui sont impartis, sous peine de nullité de la sentence arbitrale. En cas de silence des parties, celui-ci a une obligation légale de rendre la sentence dans un délai de 6 mois, pouvant être prorogeable, et ce dépendamment de la complexité factuelle ou juridique de l'affaire.

Toutefois, sa responsabilité pourrait être mise en cause en cas de dépassement des délais légaux ou conventionnels sur lesquels il doit statuer[460].

347. À l'égard des conditions de validité de l'arbitrage, la disposition maintient les mêmes conditions de forme édictées auparavant, en l'espèce la convention d'arbitrage doit être

[458]-T. CLAY, « le nouveau droit Français de l'arbitrage », octobre 2011, lextenso éditions, p.131.

[459]-« techniques pour maitriser le temps et les couts dans l'arbitrage », rapport de la commission de l'arbitrage de la CCI, n°843. 2007.

[460]- TH. CLAY, *le nouveau droit Français de l'arbitrage*, Lextenso éditions, octobre 2011, p.89 ; E. GAILLARD et P. DE LAPASSE, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.*, janvier 2011, n°3, p.175 et s.

écrite sous peine de nullité, étant précisé qu'il faut qu'il y ait une volonté des parties de faire soumettre leurs litiges à un arbitre. Toutefois, la convention d'arbitrage peut ne pas être insérée dans le corps du contrat. Dans ce cas, elle peut prendre la forme d'un avenant ou être insérée dans un contrat antérieur à l'avenant si aucun changement ne s'est opéré concernant les voies de recours.

Par ailleurs, la mise à disposition et le dévouement du juge étatique au service de l'arbitre reflètent en quelque sorte le souci permanent du législateur de renforcer ce mode alternatif du règlement des litiges, et de le rendre efficient et attractif. Cet interventionnisme n'a cependant pas affecté les pouvoirs et prérogatives de l'arbitre, bien au contraire, la réforme de 2011 a conféré une parcelle d'imperium[461] à l'arbitre. On se demande à ce titre, pour savoir si l'on n'est pas devant une semi-déjudiciarisation ?

348. L'arbitrage en France a franchi d'importantes étapes par la mise en place de cette disposition utilement inspirée de certains droits étrangers[462], le législateur Français ne peut que s'en féliciter.

Subséquemment, restait à savoir quel est l'impact de ce nouveau dispositif sur le contentieux de l'impayé, sera-t-il capable de devenir la voie la plus empruntée par les contractants ?

2- L'impact de la réforme sur le contentieux de l'impayé

349. On peut affirmer d'ores et déjà la difficulté de corréler la baisse du contentieux de l'impayé en France et l'arbitrage. En effet, si ce mode alternatif permet aux parties de trouver une solution rapide et équitable par le recours à un arbitre, cette clause restait encore négligée et très peu répandue dans les rapports commerciaux avant l'avènement de la réforme, en particulier par les banques[463] dans le cadre de leurs relations avec leurs clients.

Cependant, on ne peut nier les répercussions positives de la clause compromissoire sur le contentieux de l'impayé et sa contribution à la baisse de ces demandes devant les tribunaux étatiques. Il faut souligner toutefois que l'arbitrage interne n'a pas réalisé les résultats escomptés, compte tenu du nombre considérable que représente le contentieux de l'impayé bancaire sur l'ensemble du contentieux de l'impayé, et que les banques n'y recourent que peu souvent. De fait, le résultat avant la réforme était minime en matière d'impayé,

[461]- T. CLAY, *op.cit*., p131.

[462]- Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

[463]- P.ANCEL (sous la direction de), « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE), p.104.

néanmoins, à l'échelle internationale, c'est le mode alternatif de règlement de litiges par excellence et notamment sur les litiges dont l'objet est l'impayé.

Eu égard à la récence de la nouvelle réforme, aucun constat n'a pu être dégagé, et l'incidence de cette loi ne peut pas encore être mesurée. Nonobstant, après notre succincte analyse du nouveau droit de l'arbitrage en France, il semble que cette loi sera très fructueuse et idéale pour les parties, lesquelles peuvent y recourir, en vue de trouver une solution à leur litige lié à l'impayé, compte tenu des nouvelles prérogatives élargies de l'arbitre, mais également pour les avantages qui en résulteront.

350. Outre les avantages qui profitent aux parties, notamment en termes de coût et de rapidité des procès arbitraux entre autres, ce mode aura vraisemblablement plus d'impact sur le contentieux de l'impayé, et répondra sans doute aux attentes du législateur, dont l'intérêt est de réduire le nombre de litiges devant les juridictions Etatiques. Cependant, cette voie demeure tributaire des moyens mis en place pour une application à bon escient de la loi, voire de l'ensemble de l'arsenal juridique afférent. A ce propos le législateur doit engager tous les moyens possibles pour qu'elle ait une conséquence favorable sur les impayés, et ce moyennant d'importantes campagnes de sensibilisation et autres actions allant dans ce sens, afin d'inviter les entreprises à y recourir massivement, sans oublier de mettre en place des modèles de contrats d'arbitrage type[464] afin de protéger toutes les parties, afin de lever tout doute.

D'ores et déjà cette loi constitue pour l'ensemble des acteurs juridiques et judiciaires une nouvelle richesse législative qui s'ajoute au dispositif juridique déjà en place. Elle ouvrira des perspectives encourageantes pour les parties qui préfèrent que leur litige lié à l'impayé soit tranché par une sentence arbitrale.

351. Il convient de rappeler que le législateur Marocain a procédé naguère à l'abrogation des dispositions du code de procédure civile relatif à l'arbitrage en apportant des modifications et amendements majeurs à l'arbitrage à travers la loi 08-05, par laquelle il distingue l'arbitrage interne et international, édictant les modalités de règles de la procédure arbitrale pour chaque type d'arbitrage, et déterminant en outre le droit applicable.

A priori, l'arbitrage au Maroc reste encore embryonnaire tant en matière d'impayé que dans d'autres domaines, étant donné la méconnaissance de la majorité des acteurs commerciaux de l'existence de cette clause, mais aussi en raison de la pénurie d'arbitres agréés près de la cour Marocaine d'arbitrage[465].

[464]-« l'arbitrage : principes et pratiques », cahier du CNB, spécial arbitrage, octobre 2011, ce cahier met la lumière sur le nouveau décret relatif à l'arbitrage.

[465]-selon la chambre de commerce internationale-Maroc, il existe seulement 33 arbitres agrées au niveau national, voir, http://www.iccmaroc.ma/index.php/component/content/article/50-arbitres-agrees-aupres-de-la-cour-marocaine-darbitrage/96-arbitres-agrees-aupres-de-la-cour-marocaine-darbitrage.

B- La clause de conciliation

352. Hors le cadre de la conciliation judicaire, applicable en matière pénale, familiale, prud'homale, ou encore en procédure des entreprises en difficulté, le créancier et le débiteur, pour trancher un litige lié à l'impayé et avant tout recours à la justice, peuvent convenir d'une clause de conciliation. Celles-ci ont participé à la baisse du contentieux de l'impayé, et constituent un moyen alternatif remarquable à la justice étatique pour recouvrer sa créance (1), grâce à la place prépondérante qu'occupent le conciliateur et le rôle central qu'il est appelé à remplir (2) dans ce mode alternatif de règlement de litiges liés à l'impayé, tandis qu'au Maroc cette clause est peu fréquente et la conciliation est mise en œuvre dans un cadre judiciaire, particulièrement en ce qui concerne les entreprises en difficulté[466].

1- Un mode alternatif aux juridictions Etatiques pour éviter l'impayé

353. On assiste en France à une évolution importante de ce mode alternatif de règlement des litiges, particulièrement en matière d'impayé. Même si son succès est moins marqué qu'en Europe[467], plusieurs contrats types prévoient le recours à un conciliateur pour trouver une solution amiable avant tout recours au juge, que ce soit dans les relations commerciales entre professionnels, ou entre professionnels et particuliers, et principalement les grandes entreprises qui insèrent des clauses de conciliation et de médiation[468]dans leurs contrats, comme par exemple la Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF) ou Electricité Réseau Distribution de France (ERDF), ou encore Gaz Réseau Distribution France(GRDF), car ces grandes entreprises préfèrent trouver une solution amiable avec le consommateur que d'être condamnées en justice pour payer une somme d'argent, et ce quelle que soit la nature d'obligation sur laquelle l'objet de la demande est fondé, en considération des enjeux présents, et notamment celui de la réputation et la notoriété de l'entreprise[469].

---

[466]-article 553 à 557 du code de commerce Marocain.

[467]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.169

[468]-une clause insérée dans un contrat de distribution d'électricité ou de gaz applicable en matière d'impayé : « en cas de litige relatif à l'interprétation, à l'exécution ou à la résiliation des conditions standard de livraison, les parties s'efforcent de le régler à l'amiable. Les cordonnées des services du distributeur compétents pour l'examen du litige sont disponibles sur simple demande auprès du fournisseur ».

[469]-un navire d'une société « Costa croisière » avait fait naufrage le 13 janvier 2012, la société a engagé un conciliateur ayant pour objectif d'indemniser les ayants droit pour leurs pertes matérielles résultants de cet accident juste après sa survenance, et avant que toute action en justice ne soit engagée à leur encontre.

354. Toutefois, alors que la jurisprudence admettait le principe de non-recevoir des affaires dont le contrat qui réunit les parties prévoit un recours préalable à un conciliateur, la fin de non-recevoir invoquée par l'une des parties dans un procès a été retenue par la cour de cassation[470] pour une clause de conciliation obligatoire et préalable à toute saisine de juge qui n'était pas respectée par l'une des parties[471], s'imposant au juge et ayant également pour effet de suspendre le cours de la prescription jusqu'à l'issue de la procédure de conciliation[472]. Cette solution a également été retenue par la première chambre civile de la cour de cassation[473] qui a refusé de qualifier d'abusive, une clause qui imposait au consommateur de saisir préalablement à toute action en justice une commission de conciliation, le législateur a introduit une loi[474] qui allait à l'encontre de ce principe, à travers son article 6 qui interdit toute clause qui vise à :

« *supprimer ou entraver l'exercice d'une action en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat* ».

Ainsi, le législateur a souhaité protéger les consommateurs contre les clauses les obligeant à recourir préalablement au concours d'un conciliateur ou à tout autre tiers chargé de trouver une solution amiable entre les parties, cela pourra freiner vraisemblablement l'évolution de ce mode alternatif de règlement de litiges.

355. Nonobstant, ce mode alternatif peut être considéré comme étant une cause sérieuse de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions étatiques, eu égard à la rapidité qu'il procure aux parties pour trouver un terrain d'entente, sans tenir compte du coût qui est à l'évidence plus bas.

Par ailleurs, il faut souligner que l'absence d'une clause de conciliation dans le contrat n'empêche pas les parties qui ont un litige portant sur un impayé, de solliciter l'intervention d'un médiateur pour trouver une solution satisfaisante et convenable.

---

[470]-Cass. Ch. Mixte, 14 février 2003, n°00-19.423, bull. 2003 n°1, p.1.

[471]-J.MESTRE et B.FAGES, « Conciliation au plus haut niveau en faveur… des clauses de conciliation », *RTD. CIV.,* juin 2003, p.294 ; M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », *Rép. pr. civ. Dalloz*, septembre 2006, n°14 ;

[472]-A. HONTEBEYRIE, « Prescription extinctive », *Rép. Dr. Civ. Dalloz,* mars 2011, n°315.

[473]-Cass. Civ., 1ère ch., 1er février 2005, n°03-19.692.

[474]- il s'agit de la loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 qui modifie la liste des clauses abusives visées par l'article L 132-1 du code de la consommation.

Quoique la mission du conciliateur soit ardue en matière d'impayé, et plus compliquée que dans d'autres questions qui lui sont fréquemment soumises, celui-ci est tenu de jouer un rôle déterminant afin de rapprocher les parties et de trouver une solution.

2- Le rôle du conciliateur en matière d'impayé

356. Les pratiques de compromis et de négociation sont mieux incorporées et plus présentes dans la culture anglo-saxonne[475], y compris dans l'ensemble de l'institution judiciaire, d'ailleurs le juge aux Etats-Unis incarne à demeure le rôle d'un conciliateur ou d'un médiateur dans le cadre d'un procès civil, et le procès s'achève dans la généralité des cas par une conciliation, convenable et plus rapide pour les parties. Le cas échéant, s'il s'avère que le juge agit vainement dans ce sens, et que la partie mise en cause s'abstient et n'acquiesce pas aux propositions et à l'action conciliatrice menée par le juge, celui-ci peut être moins clément quant aux dommages-intérêts ou aux indemnisations compensatrices allouées en faveur de la partie demanderesse, comparativement aux offres faites par le juge préalablement au prononcé du verdict. Ainsi, cette pratique a fait réellement ses preuves, et constitue désormais un mode d'usage courant de règlement de toute sorte de litiges dans les pays anglo-saxons.

357. Par ailleurs, le conciliateur en matière d'impayé agit activement dans le déroulement et la dynamique de négociation, à la différence du médiateur qui a un rôle passif[476] dans ce processus, se contentant de rapprocher les parties.

En l'espèce, le conciliateur doit faire preuve de patience et de discernement pour connaitre les personnes, les causes et l'origine de l'impayé, afin de pouvoir identifier les questions en jeu[477] et proposer une solution à ce problème d'impayé. Celui-ci peut proposer, dépendamment de la situation du débiteur et avec l'accord du créancier, des mesures allégeant la charge du crédit ou de l'impayé, en procédant par exemple à la suppression partielle des intérêts, voire à la suppression totale des intérêts. De même, il peut procéder à un rééchelonnement de crédit. Pour ce faire, le conciliateur doit se montrer éloquent et persuasif en vue de favoriser un consensus entre les parties sur les questions invoquées.

[475]-M. FRANCK, « la gestion des conflits, un enjeu stratégique pour les entreprises », in annonces de la seine, 10 juin 2004, n°38, p.5.

[476]-L. CADIET, T.CLAY ET E. JEULAND,« Médiation et arbitrage, alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives », *LexisNexis*, coll. Pratique professionnelle, aout 2005, p.21.

[477]- E.PERROU, *op. cit.,* p 81.

En revanche, la solution proposée par le conciliateur ne peut pas s'opposer à l'ordre public, celui-ci doit respecter en outre les règles supposées dans ce genre d'intervention, à savoir l'indépendance, la neutralité, et la confidentialité[478] de la négociation.

358. Une fois arrivé à un terrain d'entente, la conciliation s'éteint par la conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend ou l'établissement d'un acte par la signature d'une transaction entre les parties conformément à l'article 1555 du nouveau décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Toutefois cet accord peut faire l'objet d'une homologation par l'une des parties au juge compétent afin de le rendre exécutoire, au sens de l'article 1565, une homologation partielle peut être demandée au juge si l'accord n'est pas total entre les parties.

Sans doute cette nouvelle mesure qui a abrogé l'article 1441-4 du code de la procédure civile crée par le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 qui confère la force exécutoire à une transaction à la demande de l'une des parties au président du tribunal de grande instance est-elle la preuve manifeste de la volonté du législateur de renforcer et solidifier ce mode alternatif de règlements de litiges.

Paragraphe 2 : Les techniques bancaires d'évitement de l'impayé

359. On assiste depuis peu en France à une évolution inéluctable des pratiques visant à éviter l'impayé, car, chaque créancier à sa manière, choisit la stratégie de se faire recouvrer en gardant ses relations contractuelles avec le débiteur s'il s'agit d'une relation commerciale[479], tout en ayant la certitude qu'un recours en justice pour un impayé mettrait naturellement fin à celle-ci. Dans ce contexte, le créancier cherche à trouver la solution la plus appropriée pour préserver ses intérêts commerciaux autant que sa trésorerie et la santé financière de son entreprise.

En effet, de nombreuses pratiques malgré leur caractère ancien, ont évolué favorablement dans le temps pour se transformer en des instruments tendant à laisser le créancier à l'abri d'un impayé, ou plutôt lui permettant de se prémunir au mieux contre un risque d'impayé, ainsi leur impact en France sur le contentieux de l'impayé a été considérable.

360. D'abord, l'intervention du créancier en amont, pour déposséder le débiteur de la maitrise du paiement, s'est avérée efficace : le choix du mode de paiement par le créancier représente pour celui-ci une manière d'anticiper le risque d'impayé, et de le rendre moins évident, en l'occurrence en imposant le prélèvement automatique(B). En dépit des risques

[478]-conformément à l'article 1531 du nouveau décret relatif à la résolution amiable des différends qui prévoit**:** « La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée.

[479]- I. BUIGUEZ, *L'évolution des garanties de paiement*, mémoire USTV, 2004.

que peut courir le créancier en termes de révocabilité, l'utilité de ce mode de paiement a été démontrée.

Ensuite, le créancier peut intervenir en aval lorsqu'il est face à un impayé dans le cadre d'une opération cambiaire, réservée exclusivement au banquier, la contrepassation(A) a permis néanmoins à ce professionnel de se recouvrer lui seul, et éviter la voie de justice pour obliger le débiteur à s'acquitter. Toutefois, ce moyen doit être considéré avec prudence par celui-ci compte tenu de l'irrévocabilité de l'opération.

A notre sens, il s'agit de techniques qui ont contribué à la baisse du contentieux de l'impayé, et tendent à une déjudiciarisation de ce phénomène.

A- La contre-passation

361. C'est un procédé purement bancaire propre aux rapports entre une banque et une entreprise et destiné au banquier pour récupérer les créances issues d'une cession de créance par bordereau Dailly[480] ou un escompte qui relève d'une opération cambiaire faisant l'objet d'impayé à l'échéance par le principal obligé ou même avant l'échéance dans des conditions précises[481].

En effet, la loi laisse en matière d'escompte une obligation à la charge du porteur qui cède l'effet de commerce ou autre titre négociable, d'en rembourser le montant à défaut de paiement par le principal obligé[482]. Mais le banquier peut se retrouver face à un impayé de l'effet et une abstention de remboursement du cédant de l'effet, client de la banque en l'occurrence et ce sous n'importe quel prétexte, si le cas se présente le banquier peut récupérer sa créance auprès de son client sans pour autant agir en paiement contre celui-ci ni contre le tiré.

362. Cette technique suppose tout d'abord que la banque soit créancière dans une opération d'escompte d'un effet de commerce, puis il faut que l'effet soit impayé à son échéance, or cette technique est considérée comme une manifestation ou une substitution du recours cambiaire ordinaire, dans la circonstance, le recours de la banque ne doit être

[480]-appelée au Maroc cession des créances professionnelles, régi par les articles 529 à 536 de la loi n° 15-95 formant code de commerce.

[481]- Article L511-38 du code de commerce Français.

[482]-ainsi l'article 526 du code de commerce Marocain dispose : « Toute personne physique, dans l'exercice de son activité professionnelle, ou toute personne morale, de droit privé ou de droit public, peut céder, par la seule remise d' un bordereau à un établissement bancaire, toute créance détenue sur un tiers, personne physique dans l' exercice de son activité professionnelle, ou personne morale de droit privé ou de droit public.

frappé d'aucune déchéance ou prescription[483], ensuite la contre-passation doit s'opérer sur le compte de l'entreprise destinée pour ces opérations, et non sur un autre compte détenu par la même entreprise, ou de la même personne s'il s'agit d'une personne physique .

Ainsi il a été jugé à plusieurs reprises[484] qu'une contrepassation réalisée sur une lettre de change impayée à l'échéance dans le cadre de l'escompte, mais débitée sur un autre compte du tireur et appelée «compte spécial impayé » n'est pas considérée comme une contre-passation, et constitue un viol aux dispositions de l'article 1134 du code civil Français[485], donc que la contre-passation ne peut résulter que de l'inscription au débit d'un compte courant[486].

Si ces conditions sont réunies, le banquier peut procéder à la contre-passation, en débitant le compte courant de son client du montant de l'effet escompté ayant fait l'objet d'un refus total ou partiel du tiré ou de l'endosseur, ou s'est avéré impayé, subséquemment le banquier doit restituer l'effet à son client.

363. Toutefois la conservation du titre par le banquier ne fait pas l'unanimité en doctrine[487], mais semble être admise par la jurisprudence[488]. Le banquier peut conserver l'effet contre-passé mais seulement à titre de mandataire chargé de son recouvrement.

Quoi que cet instrument apparaisse bénéfique et favorise l'action du banquier à recouvrer promptement et sans aucun frais pour un éventuel recours en justice, pour autant ce dernier doit agir avec discernement et clairvoyance., Car le caractère irrévocable de l'opération peut être le principal désavantage de celle-ci, étant donné que le professionnel ne doit agir que si son client est solvable, si même il dispose d'une facilité de caisse ou d'un découvert bancaire. La contre-passation s'effectue sur un compte créditeur, le cas échéant le banquier perdra le droit d'agir contre son client ou tout autre débiteur sur le fondement de l'effet de commerce, car il perd la propriété de l'effet. A ce titre, il pourra agir en justice sur d'autres fondements[489].

---

[483]-à titre d'exemple, le cas du banquier qui réalise une opération d'escompte et accorde au tiré un report d'échéances sans en appeler le tireur, Voir dans ce sens, Cass. Com., 20 novembre 1990, n° 89-13.321, Bull. .civil. IV, n° 285.

[484]-Cass.com., 11 juin 1996, n° 94-15.534, Bull. civ. IV, n° 166.

[485]-c'est l'article 230 du dahir des obligations et contrats (DOC).

[486]-D. GIBIRILA, « Lettre de change », *Rép. Com. Dalloz,* janvier 2011, n°628.

[487]-J. STOUFFLET, « Compte courant », *Rép. Com. Dalloz,* février 2009, n°76.

[488]-Cass. Com., 30 sept. 2008, n° 07-13.298, Banque et droit, novembre-décembre 2008, n° 122.

[489]-il a la possibilité de clôturer le compte (si la convention est à durée déterminée, il ne doit pas clôturer avant l'arrivée du terme. Lorsque la convention est à durée indéterminée, le banquier doit respecter un délai de préavis minimum de deux mois) et agir ensuite en paiement du solde débiteur, comme il peut agir en remboursement de crédit octroyé sous forme de facilité de caisse.

Nonobstant, la solution est particulièrement propice au banquier tant que le solde du compte du client est créditeur.

364. Il convient de rappeler que le banquier peut se servir de cette technique en matière de cession de créances par bordereau Dailly, ayant un recours contre le cédant, et il pourra alors procéder à la contre-passation. En revanche, si le banquier se montre perplexe pour une quelconque raison quant au recours à cette technique, il gardera son droit d'agir en justice contre son client, tiré, ou tout autre endosseur.

Nous ne pouvons in fine qu'assurer l'efficacité de cette technique très ancienne en France, dont le régime juridique s'alimente de la jurisprudence et de la coutume, elle a connu cependant ces dernières années une forte expansion résultant du recours massif des banquiers à celle-ci, pour remédier à un problème si récurent et quotidien des banquiers, celui de l'impayé. On peut approuver par ailleurs le rapport entre ce procédé et le contentieux de l'impayé, celui-ci ayant une vocation de déjudiciariser le contentieux de l'impayé, et par la force des choses, les professionnels qui y recourent ont participé – tout en protégeant les intérêts de leurs banques – à la baisse du contentieux de l'impayé. Par ailleurs, d'autres techniques qui ne sont pas réservées exclusivement aux banquiers ont contribué à éviter le contentieux de l'impayé sans aucun recours à la justice.

B- Le prélèvement automatique

365. Le prélèvement automatique demeure de loin, la technique la plus appropriée pour éviter l'impayé[490], il s'agit d'une technique peu récente en France mais qui s'est développée au fil du temps jusqu'à devenir le mode de paiement le plus demandé par les créanciers pour le règlement des créances régulières ou périodiques.

En effet, ce mode de paiement s'est vu accroitre à l'aide du recours des banques à cette technique permettant de prélever sur le compte de leurs clients des sommes dues et issues essentiellement de remboursement des prêts octroyés par la banque elle-même, à la fois pour les particuliers et les professionnels. Car, l'automaticité de la transaction rend les choses plus simples pour l'établissement bancaire, eu égard aux fortes chances pour celui-ci de se faire recouvrer à l'échéance.

Par la suite, la technique s'est généralisée étant demandée par les créanciers tant dans les rapports entre professionnels, que ceux entre professionnels et consommateurs, même si le prélèvement automatique imposé dans les conditions générales comme mode exclusif de

---

[490]--« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.159

paiement est considéré comme abusif au regard de l'article L.132-1 du code de la consommation.

La commission des clauses abusives a également considéré que le prélèvement automatique, comme mode exclusif de paiement, pourrait nuire aux intérêts des consommateurs. La jurisprudence[491] précise que ce genre de clause crée un déséquilibre entre le professionnel et le consommateur en cas de survenance d'un litige. En dépit de ces réserves visant à protéger le consommateur de cette clause, cette technique demeure très répandue chez certains professionnels dans le cadre de leur relation avec les consommateurs, particulièrement dans le secteur de la téléphonie, de la fourniture d'abonnements internet, d'assurances, et chez d'autres prestataires de services. Dans la circonstance, et compte tenu des avantages que procure ce procédé, le prélèvement automatique a fait l'objet d'une systématisation.

366. Quant aux modalités de dénouement du prélèvement automatique, le débiteur doit remettre à son créancier un ordre de virement régulier que ce dernier remet à sa banque. Le débiteur peut aussi remettre au créancier une autorisation de prélèvement datée et signée, à laquelle est joint à un Relevé d'Identité Bancaire (RIB) devant être remis à la banque détentrice du compte du débiteur pour que celle-ci mette en œuvre le prélèvement à l'échéance.

De cette manière, le débiteur est dépossédé de la maitrise de son paiement, et le risque de non-paiement est moins évident, étant donné que la banque procède aux paiements même au cas où le compte est débiteur ou insuffisamment approvisionné… Cela constitue d'ailleurs un avantage qui, en termes d'intérêts, peut se révéler intéressant concernant les opérations de crédit consenties sous la forme d'une autorisation de découvert, remboursable dans un délai supérieur à un mois et inférieur ou égal à trois mois[492].

Cependant, la banque peut refuser le paiement s'il s'avère que les fonds de son client sont insuffisants, et que celle-ci ne lui consente pas une autorisation de découvert, ou qu'elle ne tolère pas un dépassement de découvert au profit de son client. Par conséquent le prélèvement fera l'objet d'un rejet. Le cas échéant, cet incident n'entraine malheureusement aucun effet juridique ni de mesure de nature à dissuader le débiteur pour prévenir les conséquences qui pourraient en résulter, comme c'est le cas en matière des chèques, où l'émetteur veille à n'émettre des chèques que quand son compte courant est suffisamment approvisionné, étant sous la menace de faire l'objet d'un fichage au fichier central des chèques[493].

[491]-TGI Paris, 1ère ch. Section sociale, 21 fév. 2006, JurisData n° 2006-295356.

[492]-c'est au sens de l'article L311-42 du code de la consommation que ces opération sont réglementées.

[493]-un fichier tenu par la banque de France créé en 1955 ayant pour objet de recenser les personnes qui ont eu un usage abusif de leurs cartes bancaires, ou ayant émis des chèques sans provision menant à une interdiction conventionnelle ou judiciaire d'émettre des chèques. Il a un rôle préventif et répressif en matière d'infraction

En outre, le débiteur peut à tout moment procéder à une opposition de prélèvement automatique faite au profit de n'importe quel créancier ayant choisi ce mode de paiement, conformément à l'article 133-8 du nouveau code monétaire et financier[494].

Compte tenu de la révocabilité de ce procédé, le débiteur n'a le choix que de s'adresser à l'agence bancaire détentrice de son compte pour lui demander l'arrêt momentané ou définitif du prélèvement régulier. Il y procède par la rédaction d'une courte demande sur laquelle le motif de l'opposition peut figurer, mais peut ne pas en invoquer le motif. Cette demande peut être recevable, au plus tard à la fin du jour ouvrable précédant le jour convenu pour le débit des fonds.

367. On trouve regrettable que le législateur Français n'ait pas mis en place des mesures ayant pour objet de dissuader le débiteur ayant une insuffisance de fonds d'user du prélèvement automatique, ou encore d'interdire l'opposition au prélèvement, même si elle est très exceptionnelle[495], ou de n'être recevable que dans des conditions bien précises, à l'instar de l'opposition relative aux chèques,[496] car cela aurait permis que ce mode de paiement garantisse au créancier plus de sécurité dans leur paiement. Par conséquent, cela aurait aidé à réduire encore plus le contentieux de l'impayé et à faire baisser les affaires d'impayé devant les tribunaux du pays, or, la corrélation peut être faite entre la baisse du contentieux de l'impayé en France, et le recours massif à ce mode de paiement.

Néanmoins, l'impact de ce mode de paiement de nature à entrainer une baisse des contentieux de l'impayé est incontestable[497], dans la mesure où les créanciers obtiennent leurs paiements dans la majorité des cas sans aucun recours à la justice. Toutefois, les créanciers qui voient leurs paiements rejetés par la banque constatent aussitôt une possible anomalie de paiement, et prennent contact avec le débiteur pour connaitre la raison du rejet. Le créancier peut avertir le débiteur qu'il met fin à leur relation contractuelle et peut en l'occurrence arrêter tout service ou prestation fournie dans le cadre de leur rapport commercial jusqu'à l'intervention du paiement, Cela constitue donc un moyen de pression qui joue toujours en faveur du créancier.

---

sur les paiements par chèque. Il faut noter que les banques sont obligées légalement de consulter ce fichier avant la délivrance d'un chéquier.

[494]-principe apporté par la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 sur les services de paiement, elle a été transposée en droit en France par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 (JO 16 juill. 2009), complétée par le Décret n° 2009-934 du 29 juillet 2009 et un arrêté de la même date (JO 31 juill. 2009).

[495]- « La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.160.

[496]-les motifs licites d'une opposition de paiement de chèque en France sont : la perte du chéquier ou d'un chèque, le vol, la procédure collective du porteur ou l'utilisation frauduleuse du chèque).

[497]-P.ANCEL, op. cit.,, p.89.

368. Force est de constater que cette technique permet au créancier d'anticiper les risques d'un nouvel impayé[498], une fois le premier impayé constaté. Ce dernier peut alors suspendre toute fourniture de bien, ou prestation de service. Si le débiteur s'abstient ou n'honore pas son engagement, le créancier grâce à son anticipation, peut ne se retrouver que face à une créance dont la valeur est peu importante ou très faible, ne suscitant pas l'intérêt d'agir en justice, attendu que l'enjeu pécuniaire est mineur.

Par ailleurs, le développement de ce procédé a accru des demandes en justice d'un autre type : celles relatives au paiement de l'indu, car, les débiteurs protestent souvent contre les montants excessivement prélevés, ou qui dépassent les sommes convenues avec le créancier ; Même si le code monétaire et financier en prévoit le remboursement dans des cas spécifiques[499], ceci n'a pas empêché d'en remarquer l'augmentation[500].

[498]- Les impayés, la prévention des risques/gestion, *CCIL*., mai 2005.

[499]-l'article 133-25 précise que ce dernier a le droit au remboursement des sommes prélevées si l'autorisation donnée n'indiquait pas le montant exact de l'opération de paiement et si le montant de l'opération dépassait le montant auquel le payeur pouvait raisonnablement s'attendre, il a également le droit de se faire rembourser même si ces conditions ne sont pas satisfaites au sens de l'article 133-25-1.

[500]-devant le TGI le nombre de ces demandes au fond est passé de 146 à 603 de 1988 à 2003, quant au référé il est passé de 42 à 224, devant le tribunal d'instance le chiffre est passé de 635 à 1817 durant les mêmes dates, voir dans ce sens, P.ANCEL, « L'évolution du contentieux de l'impayé : éviction ou déplacement du rôle du juge ? », juin 2009, Centre de recherches critiques sur le droit (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE, Recherche réalisée avec le soutien de la maison de recherche droit et justice, p.90.

Chapitre 2 : L'externalisation du traitement de l'impayé

369. Malgré l'initiative prise par le législateur Marocain pour promouvoir la cession des créances professionnelles à l'exemple de la cession des créances par bordereau Dailly en France, à travers le code de commerce[501], celle-ci reste peu utilisée étant considéré que le cessionnaire doit obligatoirement être un banquier. Cependant, si au Maroc la pratique de l'externalisation de l'impayé en général est encore peu répandue, en France, le législateur et les acteurs économiques étaient en quête d'un moyen de protection efficace contre la défaillance de paiement[502].

370. En effet, le développement des techniques d'externalisation du traitement de l'impayé a coïncidé avec la baisse du contentieux de l'impayé en France, qui n'était point le fruit du hasard. Bien au contraire, la défaillance des débiteurs en constante progression était un effet incitatif pour chercher un moyen de prévention permettant d'intervenir préalablement à cette défaillance. Les banques, confrontées à une explosion du contentieux de l'impayé, ont mis en place des stratégies tendant à limiter le recours à la justice étatique et aux mesures exécutoires pour le recouvrement de leurs impayés[503]. Ayant la certitude que la voie judiciaire ne protège pas assez leurs intérêts : inefficacité, favoritisme et décisions défavorables aux banques, mais aussi un temps judiciaire estimé long et qui se concilie très mal avec les nouvelles exigences comptables des banques en France[504], ont suscité du point de vue des banques une diminution des chances de succès judiciaire, et par voie de conséquence, un sentiment de méfiance vis-à-vis de l'institution judicaire[505]. Ce sentiment s'est aussi développé chez d'autres créanciers qui luttent en permanence contre le fléau de l'impayé, et qui n'ont tendance aujourd'hui à emprunter la voie judiciaire qu'en dernier recours.

En outre, l'intervention du législateur Français à l'avantage du débiteur, toujours en vue de réaliser une justice sociale avec sa nouvelle conception, a excité vraisemblablement à l'apparition et au développement des techniques d'externalisation de l'impayé, conduisant à un renversement de tendance vers une externalisation de l'impayé[506].

---

[501]-la cession de créances professionnelles est régie par les articles 529 à 536 du code de commerce.

[502]- A. CHATILLON, « La prévention de l'impayé », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994. p.9.

[503]- P.ANCEL, op. cit., p.91.

[504]- la comptabilité des banques Françaises (3 mois).

[505]- P.ANCEL, op.cit., p92.

[506]-A. DRIF « Recouvrement : l'externalisation complète gagne du terrain », Les Echos, n° 19909, 30 Avril 2007, p.29.

A cet égard, l'inspiration de la pratique anglo-saxonne en la matière s'est révélée être une démarche importante et fructueuse pour lutter contre l'impayé durant ces deux dernières décennies, puisque sa baisse a coïncidé avec le développement de l'externalisation en France, par ailleurs, on s'intéressera aux techniques qui ont à notre sens le plus contribué à la baisse du contentieux de l'impayé en France, à savoir l'affacturage **(section 1)** et l'assurance-crédit **(section2).**

Section 1 : Le recours à un affacturage structuré

371. Connu dans les pays anglo-saxons, l'apparition de l'affacturage en France est assez récente, car ce mécanisme a été méconnu jusqu'au début des années 60. S'en inspirer était une démarche constructive pour offrir aux entreprises Françaises un moyen efficace de se couvrir contre l'insolvabilité de leurs débiteurs. Etrangement, ce mécanisme n'est pas jusqu'à présent réglementé[507]. Affecté par la bancarisation du droit des obligations[508], il obéit à l'autonomie de la volonté des contractants et aux principes généraux des obligations, mais l'absence d'une réglementation spécifique de ce procédé n'est pas allée à l'encontre du développement spectaculaire qu'a connu celui-ci, avec la constitution de sociétés importantes qui se sont spécialisées dans ce secteur d'activité[509], et qui ont su mettre en place des mécanismes juridiques qui s'harmonisent avec l'aboutissement de cette technique. Une croissance qui traduit certes le besoin des entreprises en France de s'adapter aux impératifs d'un marché très concurrentiel et qui requiert une liquidité constante.

A cet égard, la banque de France dans une note d'information a défini l'affacturage comme « *l'opération qui consiste en un transfert de créances commerciales de leur titulaire à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Le factor peut régler par anticipation tout ou une partie du montant des créances transférées* ».

[507]-hormis l'arrêté du 29 novembre 1973 (JO du 3 janvier 1974) relatif à la terminologie économique et financière qui a traduit en français le terme de factoring par affacturage, et l'article R313-16 du code monétaire et financier qui en fixe les mentions obligatoires devant figurer sur la facture envoyée par l'affactureur, aucun autre texte ou disposition ne régit la matière.

[508]-D. LEGEAIS, « Cession de créances, subrogation : comment déjouer les pièges ? », in conférence, *Remboursement des créances : nouveaux enjeux et évolution des techniques bancaires*, 29 mars 1995, p.23.

[509]-les principales sociétés sont regroupées en France au sein de l'association Française des sociétés financières appelée ASF.

372. Au Maroc, ce type de contrat n'est plus innomé, après avoir pratiqué cette technique au seul plan international[510], le législateur a procédé à travers la loi n° 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés à qualifier ce procédé comme étant une opération de crédit sans oublier de lui attribuer une définition : « *est la convention par laquelle un établissement de crédit s'engage à recouvrer et à mobiliser des créances commerciales, soit en acquérant lesdites créances, soit en se portant mandataire du créancier avec, dans ce dernier cas, une garantie de bonne fin* ».

En revanche, cette technique au Maroc demeure embryonnaire[511], et n'a pas satisfait les attentes et perspectives du législateur ni tous les acteurs économiques qui pourraient y recourir. Car, la majorité des entreprises estime que ce service reste excessivement onéreux[512] et impropre à la culture des entreprises marocaines.

En dépit de l'absence d'une réglementation propre à cette pratique en France, cette technique, grâce aux règles d'usage et à la jurisprudence, s'est constituée. Il s'agit d'un mécanisme qui adhère à un régime juridique propre et qui le caractérise (p.1), avec aussi l'incorporation d'autres mécanismes juridiques, et a servi vraisemblablement à influer sur le contentieux de l'impayé en France.

Néanmoins, cette technique de mobilisation de créances se heurte à quelques difficultés juridiques quant à son exécution (p.2) tandis qu'au Maroc rien ne s'oppose à cette pratique sur laquelle la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée, ce qu'il convient d'explorer.

Paragraphe 1 : Le régime juridique de l'affacturage

373. Après que des supports juridiques comme la cession de créance, ou cession de créance par bordereau « Dailly », ou encore la délégation se sont avérés inefficaces et inappropriés à ce mécanisme, eu égard à la lourdeur du formalisme qui en découle, la technique de l'affacturage a emprunté en France ainsi qu'au Maroc la voie de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris,* conformément aux articles 1250 et 212 du code civil et du dahir des obligations et contrats respectivement, et dont la validité de l'utilisation relative à ce support a été consolidée en France par la jurisprudence[513].

---

[510]-c'est en vertu de la circulaire n°1613 que les exportateurs peuvent conclure des contrats avec des affactureurs.

[511]-en 2010, seulement deux sociétés au Maroc opéraient dans l'affacturage, avec des chiffres dérisoires réalisés tout au long de leur présence sur le marché. Voir dans ce sens, le rapport annuel de Bank almaghrib sur le contrôle, l'activité et les résultats des établissements de crédit, 2010, p36, 110, 114, et 117.

[512]- M.MOUNADI, « Factoring: Le Maroc encore à la traîne », l'économiste, édition n° 3056 du 29 juin 2009.

[513]-Cass.com., 21 novembre 1972, n° 71-13.170, Bull. des arrêts cour de cassation, chambre commerciale, n°296, p.277.

374. Quant à la nature juridique du contrat d'affacturage, outre son caractère innomé en France du fait qu'il n'existe aucune définition légale de ce procédé, ce contrat se conclut à titre onéreux. Il est synallagmatique étant donné qu'il crée des obligations réciproques à l'égard des parties. Il repose également sur l'intuitu personae, toutefois, les auteurs s'opposent quant à la qualification de ce contrat comme d'adhésion ou de gré à gré[514].

En effet, des auteurs[515] considèrent que ce contrat est d'adhésion dans la mesure ou l'affactureur peut imposer à l'entreprise adhérente des clauses restrictives comme par exemple la clause d'exclusivité par laquelle l'affactureur contraint l'adhérent à lui transmettre l'ensemble de ses créances et à ne pas recourir à un autre affactureur. D'autres auteurs[516] considèrent que ce contrat peut être qualifié comme étant de gré à gré, du fait que les conditions générales du contrat d'affacturage diffèrent d'un affactureur à l'autre, et les parties peuvent négocier les différentes clauses du contrat.

Par ailleurs, l'usage courant de l'affacturage et quelques dispositions légales ont permis en France d'établir des conditions auxquelles il faut répondre pour que ce contrat soit valable, afin d'examiner ensuite les principales caractéristiques qui permettent de distinguer ce contrat (A). Il conviendrait alors de mettre l'accent sur les effets engendrés par le contrat de l'affacturage à l'égard de tous les protagonistes, son véritable impact sur le contentieux de l'impayé en France (B).

A- Les conditions et les caractéristiques du contrat d'affacturage

375. Outre les conditions prévues par l'article 1250 du code civil relatif à la subrogation conventionnelle, l'affactureur comme l'entreprise adhérente doit se conformer aux conditions légales et d'usage pour que l'opération soit qualifiée d'affacturage(1), cette qualification est déterminée par des caractéristiques assez particulières (2).

1- Les conditions de validité de l'affacturage

376. L'article 1250 du code civil stipule que la subrogation est conventionnelle : « *lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite au même temps que le paiement*. »

---

[515]- E.PERROU, *op.cit*., p.387, note n° 37.

[516]-A.MUSSO., *Les difficultés d'exécution des mobilisations de créances*, thèse Nice, décembre 2000, p.10.

Subséquemment, pour que la subrogation soit valable et opposable aux tiers, il faut que celle-ci remplisse deux conditions, à savoir, présenter un caractère expresse, ainsi que devoir être effectuée au moment même du paiement.

Autrement dit, la « subrogation » doit être mentionnée formellement dans le contrat, avec une date certaine[517]. C'est la volonté de la subrogation qui se traduit dans la quittance subrogative remise par l'adhérent (l'entreprise) à l'affactureur, mais cette condition ne fait pas obstacle vu que les contrats préparés par les sociétés d'affacturage mentionnent une promesse de subrogation.

377. En outre, la subrogation doit intervenir concomitamment au paiement, étant considéré que la quittance subrogative ne constate pas seulement le paiement, mais un véritable transfert de la créance.

Pour ce faire, les sociétés d'affacturage optent, généralement dans le cadre de la convention d'affacturage signée entre elles et l'entreprise adhérente, pour la réservation d'un compte courant destiné à toutes les opérations dans ce contexte, c'est-à-dire le paiement sur ce compte de l'ensemble de leurs créances réciproques résultant de la convention d'affacturage pour être conforme à cette condition exigée par le code civil. L'inscription sur ce compte courant vaut paiement[518], ce qui permet d'ailleurs aux affactureur de recourir à la contrepassation par le biais de ce compte courant[519]. Conséquemment le caractère concomitant de la subrogation se manifeste à partir du moment où l'affactureur réalise une inscription sur le compte courant, postérieurement à la réception de la quittance subrogative.

Telles sont les conditions de l'affacturage qui s'incarnent dans le support de la subrogation conventionnelle. Une fois remplies ces conditions, ladite subrogation devient de plein droit opposable aux tiers, cependant, d'autres modalités pratiques et légales doivent être respectées préalablement à la réalisation de la subrogation.

378. En effet, l'affacturage est une opération de mobilisation de créance réservée uniquement aux créances commerciales à court terme[520], corollairement, l'affactureur a

[517]-la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait rejeté une quittance subrogative qui ne portait aucune date, de même, la concomitance de la subrogation et du paiement n'était pas établie, CA Aix-en-Provence, 7 mai 2002, *DMF*., 2002, p.830.

[518]-Cass. Com., 20 janvier 1998, n°96-13.584.

[519]-*supra* 36 et s.

[520]-en général la mobilisation de la créance est de 30 à 90 jours, cela peut aller jusqu'à 180 jours, V., S.STANKIEWICH, *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage*, mémoire, Université de droit et santé de Lille, p.17.

affaire à des entreprises de toute taille, ce qui exige de ce dernier une constante vigilance à l'égard de ces contractants relativement aux informations fournies par ceux-ci, pour lui permettre d'évaluer méticuleusement les risques de l'opération et les conséquences qui en découleront. De cette manière, le choix du partenaire par la société d'affacturage est une condition déterminante pour l'établissement de ce contrat, ce qui attribue à ce contrat le caractère d'*intuitu personae*.

A vrai dire, ces informations doivent porter essentiellement sur la forme juridique de l'entreprise, son secteur d'activité, son chiffre d'affaires, le type de facilités accordées à ses clients, les pertes résultant des défaillances de ses clients antérieurement, ainsi que des informations sur ses débiteurs. En revanche, une mauvaise appréciation du risque par l'affactureur ou la communication d'informations erronées par l'entreprise adhérente peuvent occasionner des difficultés considérables. L'affactureur devra alors faire face à des créances litigieuses ou fictives qu'il ne pourra pas recouvrer. Dans ce cas de figure, l'affactureur ne disposera que d'une action en répétition de l'indu contre l'entreprise adhérente pour la restitution des fonds avancés, et l'adhérent peut voir sa responsabilité pénale engagée pour manœuvres frauduleuses[521].

En l'occurrence, si le partenaire (l'entreprise adhérente) remplit les conditions requises en pratique par les sociétés d'affacturage, et si les conditions exigées par le code civil relatives à la subrogation conventionnelle sont respectées, l'affactureur est appelé à se conformer aux dispositions du code monétaire et financier pour que l'opération n'entraine pas d'oppositions d'une partie ou d'une autre.

À ce titre, le code monétaire et financier cite explicitement l'affacturage dans l'article R 313-16, en vertu duquel il exige de la société d'affacturage − dans le cadre de la notification au débiteur cédé par la cession de créance − de faire apparaitre certaines mentions obligatoires sur la facture afférente à la créance qui lui a été cédée[522].

Cependant, cet article ne sanctionne pas la transgression de cette disposition par la société d'affacturage qui ne procède pas à l'information du débiteur cédé par les moyens édictés par ledit article, ou par n'importe quel autre procédé. Nonobstant, le paiement du débiteur cédé demeure valable et libératoire tant que ce dernier n'en est pas informé par

[521]-le responsable de cette appropriation frauduleuse peut être poursuivi pour faux et usage de faux, et escroquerie, mais la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE n'a pas retenu la responsabilité d'une personne qui a produit de fausses factures à une société d'affacturage en vue de l'escroquer, et qui a invoqué en instance la faute de la société d'affacturage, qui avait eu une attitude négligente dans la vérification de l'authenticité des certificats et factures, C.A., Aix-En-Provence., 5ème ch.,16 novembre 2005, jurisdata n°297-691.

[522]-la facture envoyée au débiteur cédé doit mentionner : 1- Le nom de la société d'affacturage, comme suit : La créance relative à la présente facture a été cédée à... dans le cadre des articles L. 313-23 à L. 313-35 du code monétaire et financier,
2- Le mode de règlement, comme suit : Le paiement doit être effectué par chèque, traite, billets, etc., établis à l'ordre de (nom de la société d'affacturage ou de son mandataire)... et adressés à... ou par virement au compte n° ... chez ...

l'affactureur[523], s'il est informé à travers les mentions figurant sur les factures envoyées par l'affactureur, son paiement effectué entre les mains de son créancier initial n'est pas libératoire, et devra payer une seconde fois l'affactureur[524].

2- Les caractéristiques du contrat d'affacturage

379. Certes, les usages et les coutumes de cette pratique en France ont servi à particulariser ce mécanisme, qui désormais dispose de caractéristiques qui lui sont propres[525], développées à travers les conditions générales de l'affacturage et les contrats signés entre les parties. L'absence de l'une de ces caractéristiques essentielles peut donner au contrat d'affacturage une autre qualification.

Tout d'abord, le contrat d'affacturage doit porter sur la globalité, si l'une des missions principales de l'affactureur consiste à protéger l'adhérent contre l'insolvabilité des débiteurs[526], le factor doit se procurer l'ensemble des créances de l'adhérent. Aussi, toutes ses créances doivent être considérées par le contrat d'affacturage, ou une catégorie prédéfinie de créances, en fonction de l'une des branches d'activité de l'adhérent par exemple, ou alors il peut s'agir de créances nées dans un rayon géographique déterminé, comme une ville ou une agglomération car la globalité demeure un élément déterminant pour tenir l'équilibre des opérations d'affacturage et afin que l'affactureur ne se risque pas uniquement dans les créances douteuses ou litigieuses, afin de pouvoir compenser les risques et fixer le taux de commission sur cette base. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les affactureurs insèrent généralement une clause d'exclusivité dans le contrat, soumettant l'adhérent à présenter l'ensemble des créances à un seul affactureur, le cas échéant, l'entreprise peut obtenir une autorisation du factor pour en négocier certaines avec une autre société d'affacturage.

En revanche, on peut affirmer qu'en l'absence d'une telle caractéristique dans le contrat d'affacturage, l'opération perdra sa qualification, et l'adhérent ne sera que face à un service ponctuel de recouvrement ou de crédit à court terme.

---

[523]-le débiteur peut s'appuyer sur la théorie de l'apparence qui prend son fondement de l'article 1240 du code civil.

[524]-Cass. Com., 14 mars 2006, n°04-17.594.

[525]- M. GREGOIRE, « L'affacturage », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000, p.296.

[526]-article premier de la convention d'Unidroit sur l'affacturage international, 28 mai 1988, ratifiée en France le 23/09/1991.

380. Deuxièmement, ce contrat repose sur la sélectivité, un principe selon lequel l'affactureur est libre de choisir certaines créances, et d'en rejeter d'autres, c'est un pouvoir dont dispose le factor en vertu du contrat d'affacturage signé avec l'adhérent, et à travers lequel il peut sélectionner les créances qu'il estime être en adéquation avec sa prise de risque, et ce en fonction du degré d'incertitude de la créance[527].

C'est ce pouvoir en question qui permet de distinguer le contrat d'affacturage d'autres contrats qui sont similaires ou ont des caractéristiques communes[528]. Cela permet également au factor de donner son approbation ou non pour payer les factures transmises par l'adhérent selon les modalités convenues avec lui, soit facture par facture, soit par client.

Pour ce faire, l'adhérent est obligé contractuellement de transmettre avec les factures toutes les pièces justificatives de nature administrative, comptable ou commerciale, d'une manière à lui permettre d'évaluer les risques et pouvoir approuver les factures qui lui correspondent et désapprouver les autres. Cependant, si le factor manifeste son approbation, il doit garantir la bonne fin de l'opération et ne pourra réclamer aucunement à l'adhérent le défaut de paiement du débiteur et assure alors seul le risque de défaillance de ce dernier.

381. Toutefois, le factor peut procéder à tout moment à la suppression de l'approbation sans que sa responsabilité soit engagée, ou que cela puisse causer un préjudice à son adhèrent, même si le contrat d'affacturage est à durée indéterminée, il peut le résilier moyennant un préavis qui est généralement de 3 mois.

Il convient de souligner que ces caractéristiques relèvent des règles d'usage en matière d'affacturage, or la modification de ces caractéristiques en diminuant par exemple les pouvoirs de l'affactureur ou toute autre modification qui porte sur la substance de l'opération peut entrainer indubitablement une dénaturation du contrat d'affacturage.

Subséquemment, si la convention d'affacturage répond aux caractéristiques et aux conditions légales susmentionnées, elle produit des effets à l'égard des parties comme à l'égard des tiers.

---

[527]-en pratique, il existe quatre types de créances classées en fonction du degré d'incertitude lié à la créance cédée : les créances sures, cédées entre 90 et 95% de leur valeur nominale, les créances dont le remboursement ne semble pas compromis, cédées entre 70 et 90% de leur valeur nominale, les créances dont les chances de remboursement sont atteintes, cédées entre 25 et 70% de leur valeur nominale, et enfin les créances envers des entités en difficultés, cédées inférieurement à 25%. Voir dans ce sens, « La prévention de la défaillance de paiement »., Actes du 2ème congrès SANGUINETTI 1998, sous la direction de J.Bastin, éd.Larcier,2000, p.299.

[528]- à titre d'exemple l'assurance-crédit ou encore la cession de créances par bordereau Dailly

B- Les effets de l'affacturage et son impact sur le contentieux de l'impayé

382. Comme tous les contrats synallagmatiques, ce contrat produit des effets à l'égard des parties contractantes, mais aussi à l'égard du débiteur cédé et des tiers par l'effet de la subrogation conventionnelle(1).

Par ailleurs, l'incidence de ce mécanisme a été d'une importance capitale vis-à-vis du contentieux de l'impayé, qu'il conviendrait d'examiner(2).

1- Les effets de l'affacturage

383. La subrogation conventionnelle confère le droit à l'affactureur subrogé d'exercer tous les droits et actions dont l'adhérent bénéficiait[529], à partir de la réception de la quittance subrogative et la réalisation de l'inscription sur le compte courant si c'est le mode de paiement convenu entre les parties. Dès lors la subrogation est opposable au débiteur cédé (a), pour qui, en cas de défaillance, le factor se substitue au créancier afin d'intenter une action en recouvrement à son encontre. Cette opposabilité joue également par rapport aux tiers(b), et sans qu'aucune formalité ne soit accomplie à leur égard.

a- Les effets de l'affacturage à l'égard du débiteur cédé

389. Le débiteur n'est pas partie au contrat d'affacturage, néanmoins ses obligations vis-à-vis du factor résultent de la subrogation, or on peut s'interroger pour se demander si le paiement opéré entre les mains de son créancier initial est libératoire.

En l'occurrence, on peut distinguer deux cas de figure selon lesquels le débiteur n'était par aucun moyen informé de la subrogation, et un deuxième cas de figure où le débiteur en a été informé.

-Le débiteur non informé de la subrogation

390. Le factor ayant négligé d'informer le débiteur cédé à travers les factures et conformément aux dispositions du code monétaire et financier, ou par tout autre moyen, −avant la mise en œuvre de cette disposition −pouvait apporter toutes preuves qu'il avait informé le débiteur cédé. En l'espèce le paiement du débiteur effectué entre les mains de son créancier initial est libératoire[530]. C'est sur le fondement de l'article 1240 du code civil

[529]-H.GUYADER, « Le subrogé est seul titulaire du droit d'agir, le subrogeant en étant dépossédé », *RLDA*, mars 2010, p.21.

[530]- en revanche la cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par une société d'affacturage, et a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui a considéré qu'un paiement effectué par débiteur cédé entre les mains de son créancier d'origine a été libératoire même s'il en était informé, attendu que l'avis n'était pas apposé d'une

qui protège les débiteurs de bonne foi. Car le débiteur ne connait qu'un seul créancier, et on ne peut pas lui reprocher de ne pas s'être acquitté auprès d'un nouveau créancier qu'il méconnait, dans ce cas il appartient à l'adhèrent de remettre au factor les sommes payées par le débiteur cédé.

-le débiteur informé de la subrogation

391. Si le factor se conforme aux dispositions du code monétaire et financier et en informe le débiteur cédé, le paiement ne peut être valable que s'il est opéré entre ses mains[531], et le débiteur cédé pourrait être contraint de payer une seconde fois, mais cette fois-ci entre les mains du factor, en application de la célèbre maxime : « qui paie mal, paie deux fois ». Néanmoins, le débiteur cédé pourrait recourir contre son créancier d'origine par une action en répétition de l'indu au sens de l'article 1377 du code civil Français.

Il convient de souligner que seul le factor subrogé pourra recourir en justice contre le débiteur cédé, en cas de sa défaillance, à moins qu'il se fasse assurer lui-même contre l'insolvabilité de ce dernier par le biais d'une assurance-crédit. En l'occurrence c'est l'assureur-crédit qui se substitue au factor dans ses droits et privilèges au moyen d'une subrogation légale.

b- Les effets de l'affacturage à l'égard des tiers

392. En principe, la subrogation conventionnelle une fois réalisée entre le factor subrogé et le créancier subrogeant devient opposable aux tiers, sans que l'une des parties soit obligée de procéder à une quelconque formalité préalable, néanmoins, l'affacturage peut poser en pratique des difficultés entre le factor, et d'autres personnes qui peuvent disposer elles-mêmes d'un droit sur la créance affacturée. L'ensemble des difficultés rencontrées n'est abordé par aucune réglementation ou texte, et seule la jurisprudence et la pratique ont pu y répondre[532].

2- L'impact de l'affacturage sur le contentieux de l'impayé

393. L'utilisation à bon escient et l'efficacité de ce procédé ont donné naissance en quelque sorte à une nouvelle approche du recouvrement consistant à se couvrir contre l'insolvabilité de son client et qui devient désormais une nécessité impérieuse dans un climat

---

façon suffisamment apparente dans les factures pour attirer l'attention du débiteur cédé., Cass. Com., 14 octobre 1975, n°74-13.938, Bulletin des arrêts Cour de Cassation, Chambre commerciale, n°232, p.190.

[531]-CA Paris, 17 novembre 1995, *D*. 1996, jur., p.339, note Dagorne-Labbe, note in *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage* , *op. cit*., p.38. Note n°82.

[532]-*infra* 397 et s.

où règne la méfiance, compte tenu des circonstances économiques actuelles. À cet égard, plusieurs facteurs ont vraisemblablement contribué à l'expansion de cette pratique, car l'évolution était remarquablement concomitante de la baisse du contentieux de l'impayé en France.[533]

En effet, si cette technique est conçue uniquement pour les entreprises, le contentieux de l'impayé à caractère commercial représente un volume très élevé devant les juridictions commerciales en France, relativement à l'ensemble du contentieux de l'impayé sujet de cette recherche. Cependant, pour se prémunir contre le problème pratiquement insoluble de la défaillance et du recouvrement, dont une société n' est jamais à l'abri, les entreprises préfèrent externaliser leur traitement de l'impayé, toujours dans l'objectif de recouvrer le plus rapidement possible une créance, et sans avoir recours à la justice dans ce contexte, qui ne répond pas en termes de célérité aux intérêts commerciaux et économiques en jeu.

394. Par ailleurs, ces entreprises cherchent le plus souvent à céder leurs créances à des sociétés d'affacturage pour avoir une trésorerie en vue de faire face à leurs charges, moyennant une commission versée au factor. Cependant, celle-ci a considérablement diminué du fait de la concurrence entre les sociétés d'affacturage[534] et la demande importante des entreprises qui veulent à travers cette opération se défaire du risque d'insolvabilité des clients et se décharger du recouvrement des créances qui restera une tâche laborieuse, requérant à la fois du temps et le déploiement d'efforts importants par l'entreprise créancière. Cette diminution des commissions d'affacturage[535] a rendu cette opération de plus en plus accessible et a incité les entreprises à y recourir massivement[536] en réalisant des chiffres en constante hausse ces deux dernières décennies, particulièrement ces trois dernières années[537], contrairement au Maroc où cela demeure une prestation trop onéreuse, et qui ne s'adapte pas aux besoins et attentes des PME.

Dans le même ordre d'idées, les banques occupent une place centrale parmi les entités qui recourent fréquemment à ce procédé, ce qui peut s'expliquer par la politique des établissements bancaires consistant à anticiper le risque, et à recouvrer une créance sans

[533]-*supra* 189 et s., et 262 et s.

[534]- le marché Français de l'affacturage se situe au deuxième rang mondial, derrière le Royaume-Uni, avec 15% du marché européen, et 10% du marché mondial. Rapport ASF, 2010, p38.

[535]- P.ANCEL, op. cit., p.217.

[536]-en 2008, les clients des sociétés adhérentes à l'ASF est d'environ 30.000 entreprises, soit environ 10% des entreprises Françaises, voir, « La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.129.

[537]-avec un nombre de clients qui s'élève à 35200 entreprises qui y ont eu recours, avec une hausse de 9,6% sur l'année précédente, 2010 a été l'année la plus importante en termes de chiffre, avec près de 32.900.000 créances prises en charge avec un chiffre de 153,3 milliards d'euros, soit une hausse de 19,4% sur l'année 2009, voir dans ce sens le rapport de l'ASF 2010, p 27 et 28.

faire appel à la justice étatique, eu égard aux exigences comptables qu'elles sont tenues de respecter. En outre, les établissements bancaires préfèrent externaliser le traitement de leur impayé, en cédant leurs créances ou en ayant recours à d'autres techniques similaires plutôt que d'engager des actions en justice pour le recouvrement, particulièrement en ce qui concerne les créances difficiles, ou celles dont le recouvrement est compromis. En effet, recourir systématiquement à des décisions de justice pourrait avoir des répercussions négatives sur l'image et la réputation d'une banque. Car, dans un marché bancaire très concurrentiel, les banques veillent à leur image auprès de la clientèle, afin de préserver leur part de marché, et pour ne pas avoir la réputation d'une banque qui a vision contentieuse du recouvrement, en privilégiant la voie judiciaire et en recourant systématiquement aux tribunaux.

Cette approche s'applique également aux négociations et aux procédures amiables de recouvrement au sein des banques[538].

395. Outre ces éléments de nature technique et matérielle, qui ont servi au succès colossal de cette technique, le législateur Français de son côté a incité le recours aux techniques de transmission de créances, en mettant en place une disposition dans le code de commerce qui proscrit à tout professionnel d'interdire au contractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui[539]. En ce qui concerne une éventuelle interdiction par un contrat ou une clause contractuelle visant à interdire à un contractant de céder une quelconque créance qu'il détient sur lui, le législateur estime que ces clauses et contrats de nature restrictive seront frappés de la nullité. Sans aucun doute, la protection législative de ce procédé a concouru à son expansion, encourageant² les entreprises à y recourir davantage

A fortiori, cette relation de cause à effet entre l'essor de ce mécanisme et la baisse du contentieux de l'impayé en France est très plausible, compte tenu des facteurs qui ont servi à son développement et la concordance chronologique entre les deux phénomènes. On peut néanmoins s'interroger sur la portée globale de cette technique qui consiste en un changement pur et simple de créancier. Comment celle-ci a-t-elle pu diminuer le contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales ?

396. Il faut considérer que ces entités sont dotées d'outils développés pour recouvrer la créance sans avoir besoin de recourir à la justice, qui demeure une dernière alternative, quoique toujours envisageable, car, elles privilégient la voie amiable et les relances systématisées de leurs débiteurs. D'ailleurs ces sociétés se sont spécialisées également dans le recouvrement amiable, et proposent un autre contrat à leurs adhérents, par lequel le factor s'engage à assurer le recouvrement de la créance, en l'occurrence sa commission dépend du résultat obtenu.

[538]- P.ANCEL, op. cit., p.213.

[539]-c'est l'article 442-6-2-c modifié par la LME et qui stipule : « -Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

En revanche, l'absence de législation spécifique applicable en matière d'affacturage a laissé apparaitre des situations de fait auxquelles le droit n'apporte pas de réponse, telles des difficultés juridiques d'exécution qui peuvent s'opposer à un affactureur et restreindre d'une manière ou d'une autre son droit sur la créance cédée.

Paragraphe 2 : les difficultés juridiques d'exécution de l'affacturage

397. Des difficultés d'ordre juridique peuvent naitre à l'issue d'un contrat d'affacturage, l'affactureur qui acquiert la créance d'un créancier subrogeant fait valoir son droit pour se procurer le paiement de la créance auprès du débiteur cédé. Créance née au terme d'un contrat ou d'une obligation quelconque entre le créancier subrogeant et le débiteur cédé. Néanmoins l'affactureur peut être confronté à une insolvabilité du débiteur qui peut se traduire en une procédure collective de celui-ci, en l'occurrence, l'affactureur ne pourra que voir si sa créance est assortie ou non d'une sûreté pour déterminer son rang. Il se contentera de déclarer sa créance au passif et il subira en l'espèce la concurrence d'autres créanciers, et ne pourra pas dans cette situation ouvrir de recours contre son client étant donné que ce dernier garantit la bonne fin de l'opération et l'insolvabilité du débiteur. C'est une situation assez fréquente qui trouve réponse dans le droit des procédures collectives tant en France qu'au Maroc.

En revanche, il existe des cas de figure auxquels un affactureur pourrait être confronté qui résultent essentiellement du dénouement du contrat d'affacturage, et que seule la jurisprudence Française a pu trancher, eu égard au vide juridique qui demeure en la matière. Toutefois, et compte tenu de la récence de l'affacturage au Maroc[540], ces situations ne se sont pas encore opposées, tout au moins, la jurisprudence n'a pas émis des décisions constantes et abondantes permettant de s'y référer.

En effet, l'affactureur peut se retrouver devant une opposabilité du débiteur cédé (A) qui invoque lui-même des situations de fait ou de droit qui peuvent jouer en sa faveur, et lui permettre de sursoir au paiement de ce qui est dû au créancier, ou encore se libérer totalement.

Au demeurant, l'affactureur peut voir son paiement compromis s'il se trouve face à des tiers ayant eux-mêmes un droit sur la créance affacturée(B). Le législateur Français n'a pas déterminé de primauté entre l'affactureur et les tiers qui disposent d'un droit sur la créance, toutefois des règles jurisprudentielles et de droit commun s'appliquent pour départager ces types de conflits.

[540]-l'affacturage est apparu au Maroc bien après son apparition en France, la première société d'affacturage a été créée en 1988.

A- L'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé

398. L'affactureur peut subir les effets de toutes les oppositions qu'un débiteur aurait pu formuler contre son créancier initial, de cette manière le débiteur cédé peut s'abstenir de régler entre les mains du factor au motif d'un défaut ou d'une mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance (1). Par ailleurs, ce dernier peut invoquer une compensation, si celle-ci remplit les conditions requises(2), en l'occurrence c'est la jurisprudence qui a dit son dernier mot.

1- Les exceptions relatives à la mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance

399. L'affacturage quant à lui se distingue d'autres modes de mobilisation de créances. Ses caractéristiques diffèrent d'autres types de mobilisation de créance, à l'exemple de la cession de créance par bordereau Dailly ou toute autre mobilisation qui requiert l'acceptation du débiteur cédé, le banquier mobilisateur peut se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions qui un principe fondamental en matière de cession de créance avec bordereau Dailly, et notamment en matière cambiaire, plus particulièrement par rapport à la lettre de change[541].

En effet le débiteur cédé doit régler à l'affactureur une créance qui était née d'un contrat au terme duquel les parties s'engagent dans un cadre professionnel ou mixte, étant précisé que l'une des parties de ce lien contractuel doit être un professionnel pour que le contrat d'affacturage soit conforme aux conditions de fond. Dans le contexte de la réciprocité contractuelle, l'une des parties doit payer le prix d'un bien vendu ou d'une prestation fournie. Toutefois, ce bien fourni par le créancier peut présenter des vices de nature à altérer l'usage du bien ou de la marchandise, ou d'en déprécier la valeur, ou encore d'autres hypothèses comme la non-conformité de la marchandise ou sa non-livraison. Il peut encore s'agir d'une prestation de service qui n'a pas été exécutée par le créancier initial ou n'ayant que partiellement été exécutée. Dès lors, le débiteur cédé pourrait opposer l'exception de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance. En l'espèce, le débiteur cédé ne peut que partiellement s'acquitter entre les mains du factor si le contrat n'a été exécuté que partiellement, il peut aussi ne pas régler si le contrat n'a pas été exécuté par le créancier d'origine… Il faut par ailleurs que, même si l'exception est apparue postérieurement à la réception de la quittance subrogative par le factor et à la réalisation de l'inscription sur le compte courant, celle-ci puisse être soulevée par le débiteur cédé.

[541]-l'article L511-12 du code de commerce français et l'article 171 du code de commerce marocain stipulent : « Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

400. Cette situation peut donc entrainer de sérieuses difficultés au factor, et constitue un véritable inconvénient de ce mode de mobilisation de créances, qui en pratique incite son client à exécuter le contrat à l'origine de la créance, pour pouvoir être payé de son débiteur, le cas échéant, le factor peut engager une action en responsabilité contractuelle contre son adhérent pour une mauvaise exécution du contrat, ou encore se prévaloir des dispositions du code pénal si son client a agi sciemment à son détriment.

Dans le même ordre d'idée, on peut en déduire que le factor est inefficacement protégé, vis-à-vis d'une mauvaise exécution de son client à l'égard du débiteur, inversement au banquier mobilisateur de lettres de change qui peut toujours se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions, selon lequel le tiré est interdit d'opposer au porteur les exceptions soulevées d'une mauvaise exécution de l'obligation initiale, même si ce contrat avait déjà pris fin.

Au demeurant, le factor peut être confronté à un autre type d'exception invoqué par le débiteur cédé et qui peut compromettre sérieusement son droit sur la créance acquise.

2- Les exceptions relatives à la compensation

401. Dans une relation d'affaires, le débiteur peut lui-même détenir une créance sur son propre créancier, ce qui lui permet de se libérer auprès de lui par le biais de la compensation si celle-ci remplit les conditions requises par la loi[542]. Reste à savoir si le débiteur cédé dans le cadre d'une convention d'affacturage pourrait se prévaloir de la compensation et refuser de se libérer entre les mains du factor…

En effet, à la différence de la cession de créance par bordereau Dailly pour lequel la loi interdit explicitement au débiteur qui a accepté la cession de créance faite par son créancier à un tiers d'opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant (son créancier)[543], cette exception a été conditionnellement retenue par la jurisprudence Française, qui exige la réunion des conditions de la compensation avant la date de la subrogation[544]. Ce fameux arrêt avait confirmé ce principe qui a été posé précédemment par les juridictions de fond, selon lequel le débiteur ne pouvait se prévaloir de la compensation légale à l'égard d'une société d'affacturage en exécution d'un contrat d'affacturage que si la compensation s'est produite antérieurement à la subrogation. Par conséquent, cette exception peut être invoquée par le débiteur cédé du moment que les

[542]-le code civil Français et le dahir des obligations et contrats édictent la réunion des mêmes conditions pour la compensation, à savoir : la réciprocité des créances, leur caractère fongible, certain, liquide, et exigible.

[543]- Entendu au sens de l'article 1295 du code civil Français, ces dispositions ont été appuyées par l'article L 313-29 du code monétaire et financier sont les mêmes dispositions sont prévues par l'article 359 du DOC.

[544]-cass. Com, 29 mai 1979, n° 77-15.740.

conditions sont remplies, et que celles-ci interviennent avant la date de la quittance subrogative.

402. Cependant, une jurisprudence constante avait admis l'exception de la compensation qui se produit postérieurement à la subrogation[545] à condition que les créances à compenser soient revêtues d'un caractère de connexité et que la preuve du caractère connexe des créances soit apportée[546]. On doit comprendre que ce lien de connexité doit seulement exister entre les créances résultant d'une relation d'affaires en exécution d'un contrat ou convention ayant défini préalablement le cadre du développement desdites relations. Dans la circonstance, le débiteur pourrait se prévaloir de la compensation, même postérieurement à la date de la quittance subrogative.

Il convient de signaler toutefois qu'en cas de conflit, cette exception doit être invoquée expressément par le débiteur pour qu'elle soit prise en compte, à moins que le débiteur renonce à s'en prévaloir.
Outre ces oppositions pouvant être invoquées par le débiteur cédé, le factor peut faire face à d'autres oppositions formées par tiers qui peuvent avoir un droit sur la créance affacturée.

B- L'opposabilité de la transmission de la créance par les tiers

403. La notion des tiers en matière de cession de créances dont l'affacturage retrouve la source n'était pas clarifiée[547] et ne faisait pas objet d'unanimité. Une des définitions qui a pu clarifier cette notion est celle qui définit les tiers comme étant : « ceux qui auraient intérêt à écarter la cession pour faire maintenir des droits et avantages acquis depuis sa passation[548] », si la subrogation conventionnelle en matière d'affacturage est opposable aux tiers sans aucune formalité préalable ou postérieure à la formation du contrat, cette définition sous-entend que des personnes qui ne font pas partie de cette convention disposent également d'un droit sur la créance cédée et peuvent opposer leurs droits à l'affactureur. Car la loi prévoit les modalités de l'exercice de ces droits, sans pour autant en prévoir leur concurrence avec un affactureur, autrement dit, le droit Français n'a pas consacré de suprématie en matière de mobilisation de créances dont l'affacturage fait partie.

---

[545]-Cass.com, 10 octobre 2000, n°96-22.412, Bull. 2000, IV, n°153, p.138 ; Cass.com, 23janvier 2001, n°98-14.421.

[546]-J. MESTRE et B. FAGES, « Des conditions de la subrogation personnelle et de l'éventuelle influence des relations entre subrogeant et subrogé sur le sort du débiteur », *RTD. CIV.,* septembre 2001, p. 592.

[547]-la notion des tiers se limitait parfois à toute personne qui a acquis des droits sur la créance cédée, donc celle qui revendique la créance en l'occurrence. V., F.J Credot et Y. Gerard, *RD banc*., 1993, n°427.

[548]-C.AUBRY ET C.RAU, *Droit civil Français*, Tome 5, 6ème éd. P.Esmein, Lib.tech. 1961, p.144.

En l'espèce, ces conflits en matière d'affacturage[549] peuvent résulter essentiellement d'une double mobilisation de créance(1), comme ils peuvent résulter d'un créancier de l'adhèrent qui revendique lui-même son droit sur la créance cédée(2).

1- Les confits résultants d'une double mobilisation de créance

404. Aujourd'hui, le factor, dans le cadre d'une convention d'affacturage qui l'unit avec un adhérent, peut par ignorance mobiliser une créance qui a été mobilisée auparavant par l'adhérent lui-même, qui par déloyauté ou mauvaise foi pourrait chercher parfois à alimenter sa trésorerie qui peut traverser des périodes difficiles, en optant pour la mobilisation double d'une créance, en méconnaissant les conséquences juridiques et judiciaires qui en découleront. Abstraction faite de la qualification juridique de cet acte, l'affactureur peut se retrouver face à un cessionnaire de créance par bordereau Dailly (a), et peut aussi faire face à un porteur d'une lettre de change (b). Le factor pourrait également être confronté à un autre factor (c).

a- Le factor face à un cessionnaire Dailly

405. Faute d'une intervention du législateur pour trancher ce genre de litige, la jurisprudence Française a dû s'investir davantage en la matière et prendre des décisions abondantes et constantes pour pouvoir constituer une règle d'usage à laquelle on puisse se référer.

En effet, ce type de conflit est assez récurrent en matière de mobilisation de créance : chaque mobilisateur de créance présume que son rang prime sur l'autre, et que c'est lui qui doit prioritairement être payé par le débiteur cédé. En fait, ce sont deux opérations de mobilisation de créances qui se ressemblent, ayant la même étendue et finalité, à la seule différence seulement des modalités qui sont propres à chacun de ces modes, et au fait que la cession de créance par bordereau Dailly a déjà fait l'objet d'une réglementation[550].

A cet égard, la jurisprudence a eu recours à l'application du principe « *Prior tempore, potior jure »*, cela consiste à comparer les dates respectives de l'affacturage et de la cession de créances par bordereau Dailly pour pouvoir en relever l'antériorité, néanmoins la difficulté était rencontrée en termes de dates à prendre en considération, à savoir celle de la notification de la cession au débiteur, ou celle qui figure sur le bordereau en matière de cession de créances par bordereau Dailly, ou encore la date portée sur la quittance subrogative ou celle de l'inscription au compte courant par rapport à l'affacturage.

[549]-B. EL MOKHTAR, « Les tiers dans la complexion de l'affacturage », *RJDA*., n°3, 1994, p.207.

[550]-la cession de créances professionnelle est réglementée par la loi du 2 janvier 1981 dite loi Dailly, modifiée en 1984, elle est régie par le code monétaire et financier.

Il n'y a pas longtemps, la chambre commerciale de la cour de cassation a tranché en faveur du cessionnaire Dailly dont la date portée sur le bordereau était antérieure à celle qui figurait sur la quittance subrogative[551], principe selon lequel elle admet que la cession qui opère le transfert au cessionnaire Dailly la propriété de la créance cédée commence à prendre effet et se rend opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau, et ce même si le cessionnaire Dailly était tenu informé de l'existence d'une convention d'affacturage qui comporte une clause d'exclusivité unissant son client avec une société d'affacturage[552], à moins qu'il n'y ait eu fraude[553].

406. Cependant, l'affactureur prime dans cette course de vitesse pour le paiement si la date figurant sur la quittance subrogative devance celle portée sur le bordereau de cession Dailly[554]Le débiteur qui a été notifié par le cessionnaire Dailly et qui a payé entre ses mains, doit alors payer une seconde fois entre les mains du factor, étant donné que son paiement n'est pas libératoire et sachant qu'il a été précédemment tenu informé de la subrogation par le factor conformément aux dispositions en vigueur. Il convient de signaler en outre que le cessionnaire Dailly peut être dépourvu de son droit de paiement dans l'hypothèse où le factor agit en tant que mandataire de son client pour lui recouvrer sa créance, même si la date qui figure sur le bordereau précédait son mandat de recouvrement, en l'occurrence, il ne doit pas lui restituer les fonds recouvrés.

b- Le factor face à un porteur de lettre de change

407. La créance peut se trouver transmise tant dans le cadre de l'affacturage que par le biais du tirage d'une lettre de change au profit d'un porteur ; il s'agit en général du banquier mobilisateur. La distinction entre ces deux cas de figure est un problème assez courant en la matière et qui repose sur le fait que la lettre de change a été acceptée ou non :

- Dans le cas où la lettre de change n'a pas été acceptée, le banquier mobilisateur n'acquiert son droit en principe sur la lettre de change qu'à l'échéance de celle-ci, en l'occurrence, on recourt au principe de l'antériorité pour voir si la date figurant sur la quittance subrogative est bien antérieure à l'échéance de la lettre de change, si c'est le cas, c'est le factor qui prime. Par ailleurs, l'échéance de la lettre de change peut être antérieure à la date portée sur la quittance subrogative, c'est alors le porteur de la lettre de change qui s'impose.

---

[551]- Cass. Com., 19 mai 1992, n° 90-15.342, Bulletin 1992 IV N° 190, p.133.

[552]-B. TEYSSIE et M. CABRILLAC, « Banque, affacturage, cession de créances professionnelles », *RTD. Com.*, septembre 1992, p.655.

[553]- Cass.com., 3 janvier 1996, n° 93-21.675 94-10.513, Bulletin 1996 IV N° 2 p.1 ; J. MESTRE, « Cession de créances et responsabilité civile », *RTD. CIV.,* mars 1997, p.130.

[554]-Cass. Com., 3 juin 1998, V., S.Stankiewich, *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage* , mémoire, Université de droit et santé de Lille, 2003-2004, note n°108, p.43.

- Dans le cas où la lettre de change a été acceptée, le banquier mobilisateur acquiert en pratique son droit sur la lettre à compter de la date d'acceptation et non pas à compter de son échéance. En l'occurrence, si la manifestation de l'acceptation intervient antérieurement à la subrogation, c'est le porteur de la lettre de change qui prime. Cependant, si cette acceptation intervient postérieurement à la subrogation, il faut distinguer les hypothèses selon lesquelles le débiteur est au courant de la subrogation ou non. Dans le premier cas, s'il n'est pas avisé de la subrogation, c'est le porteur de la lettre de change qui l'emportera à condition qu'il soit de bonne foi[555]. Par la suite, s'il accepte la lettre de change en ayant connaissance de la subrogation, il ne pourra en l'espèce opposer aucune exception au porteur de la lettre de change, et son paiement auprès de celui-ci ne sera pas libératoire, il sera ipso facto tenu de s'acquitter de la créance entre les mains du factor.

-

b- Le factor face à un autre factor

408. C'est une situation moins fréquente que les précédentes : au moment où l'adhèrent, en raison d'un quelconque différend avec son affactureur recourt à un deuxième factor sans résilier son contrat avec le premier, et transmet au nouveau factor une créance qui a été déjà transmise à l'ancien factor. Dans ce cas, le paiement effectué par le débiteur cédé est libératoire et opposable au deuxième factor[556].

2- Les conflits résultant des créanciers de l'adhérent

409. Outre les créanciers de l'adhérent qui disposent d'une quelconque sûreté ou privilège, et qui peuvent procéder à une saisie-attribution du compte courant affecté aux opérations d'affacturage entre le factor et l'adhérent sur la créance, le factor peut être confronté à d'autres créanciers de son adhérent ou à des tiers qui disposent d'un droit sur la créance affacturée, il s'agit du rétenteur(a) et du vendeur avec clause de réserve de propriété(b).

[555]-Cass.com.,19 décembre 2000, n°97-15011, Bull. 2000, IV, n°200, p.175, il faut toutefois noter que c'est un arrêt qui oppose le porteur de la lettre de change à un cessionnaire Dailly, mais les solutions dégagées en matière de cession Dailly sont aussi applicables en matière d'affacturage. M. CABRILLAC, « Effet de commerce. Cession de créances professionnelles », *RTD. Com.,* septembre 2001, p.737 ; P. CROCQ, « conflit entre le porteur de lettre de change acceptée et le bénéficiaire d'une cession Dailly », *RTD. Civ.,* juin 2001, p.393.

[556]-Cass.com.,. 17 juillet 2001, n°98-17.633.

a- Le factor face à un rétenteur

410. C'est un cas de figure très fréquent, lorsqu'on est devant une procédure collective, dès lors qu'une procédure collective à l'encontre de l'adhérent est ouverte, la chose vendue par celui-ci peut se trouver entre les mains d'un tiers, qui revendiquera inéluctablement son droit de rétention.

En effet, le droit de rétention est opposable à tous, y compris au factor ou même à ceux qui ne sont pas débiteurs de la créance, et le factor peut voir sa situation se compliquer et il ne pourra aucunement contester le droit de rétention exercé par un transporteur par exemple et lui imposer de livrer l'acheteur (c'est le débiteur en l'occurrence) pour que ce dernier puisse régler entre ses mains. Dans la circonstance, la loi confère au créancier détenteur le droit de garder la chose-objet jusqu'à paiement intégral de celle-ci, or la créance du factor ne nait qu'à la livraison du bien à l'acheteur, conséquemment, le factor se trouvera dépourvu de son droit d'être payé par le débiteur cédé, et ne pourra faire autrement que payer le coût du transport ou la créance restant à la charge de l'adhérent si celui-ci est en procédure collective en vue d'être payé par le débiteur cédé.

b- Le factor face à un vendeur sous réserve de propriété

411. Une autre situation complexe qui peut entraver les droits du factor sur la créance transmise, et à propos de laquelle il doit être extrêmement prudent, est celle qui l'oppose à un vendeur sous réserve de propriété dans l'hypothèse d'une vente opérée entre un vendeur initial et un adhèrent si celui-ci revend le bien dont la propriété est encore réservée avant même de régler intégralement le prix de vente à un sous-acquéreur et qui transmet parallèlement la créance à un factor. Dans le cas présent, le factor et le vendeur initial, sous réserve de propriété, se trouveront en concurrence sur les sommes restant dues par le sous-acquéreur, et ce en cas de déclenchement ou non d'une procédure collective de l'adhérent.

412. D'un point de vue juridique, la clause de réserve de propriété est opposable au créancier, et par voie de conséquence au subrogé qui acquiert la créance avec ses avantages et périls, par ailleurs, dans le cadre d'une procédure collective, le vendeur initial a le droit de revendiquer le prix du bien ou une partie du prix sur le fondement de l'article 624-18 du code de commerce[557]. Autrement dit, il existe en l'espèce une subrogation réelle étant donné que le droit portant sur le bien est reporté sur le prix de revente du bien, et le vendeur continuera à revendiquer sa créance résultant du prix de revente du moment que celle-ci n'a pas été payée. Cette solution a été d'ailleurs dégagée par le législateur Français à travers l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, qui au terme des dispositions de

[557]-article modifié par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 qui stipule : « Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure.

l'article 2372 précise que le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien.

A ce titre, la chambre commerciale de la cour de cassation[558] a considéré que le factor n'a pas plus de droits que son subrogeant (adhérent) au lieu et place duquel il agit. La cour avait décidé ainsi que la créance invoquée par le factor subrogé dans les droits de l'acquéreur ne pouvait faire échec à la revendication du vendeur initial, sous réserve de propriété, corollairement, le factor sera primé par le vendeur initial dans sa course au paiement tant que le sous-acquéreur, débiteur cédé en l'occurrence, ne s'est pas acquitté entre les mains de l'affactureur[559].

Mais, quid du sous-acquéreur qui s'est libéré de la créance entre les mains du factor ? Devra-t-il s'acquitter une seconde fois auprès du vendeur initial ? Ou bien est-ce ce dernier qui doit réclamer au factor les montants perçus du sous-acquéreur ? En effet, l'article précité du code de commerce n'autorise au vendeur sous réserve de propriété de revendiquer au sous-acquéreur le prix ou la partie du prix que s'il n'est pas payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure. Nonobstant, le vendeur initial peut revendiquer la créance au factor tout en respectant les modalités procédurales de la revendication et prouver que le prix a été payé par le sous-acquéreur postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

413. En somme, en dépit de quelques difficultés d'exécution en matière d'affacturage, ce mécanisme est plus que jamais devenu un mode de mobilisation de créance efficace, grâce à la jurisprudence qui a pu y remédier et constituer un ensemble de décisions qui servent de base, formant la pierre angulaire de la matière compte tenu de son défaut de réglementation, et permettant ainsi au factor de s'y référer chaque fois que le besoin s'impose. Concernant son impact sur le contentieux de l'impayé, ce procédé a concouru vraisemblablement à le faire diminuer devant les juridictions commerciales. A l'évidence, la baisse du contentieux de l'impayé a été concomitante avec l'accroissement constant de cette pratique, mais il faut aborder les chiffres avec prudence, car cela reste en matière juridique et judiciaire un postulat difficilement démontrable, et on ne peut point tirer de conclusions en droit ni mesurer juridiquement l'étendue de ces chiffres pour dresser un tel constat. Nonobstant, les différentes raisons qu'on a pu invoquer et examiner dans notre développement nous mènent à penser que ce procédé est une voie privilégiée dans le monde des affaires ainsi que pour toute personne qui désire se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur et éviter la voie judiciaire pour le recouvrement de créance.

Au demeurant, il convient de rajouter que le factor peut recourir au service d'un assureur-crédit pour assurer ses créances acquises et se couvrir contre l'insolvabilité des débiteurs cédés, un mécanisme en plein essor qui mérite d'être exploré.

---

[558]- Cass.com.,.26 avril 2000, n°97-21.486, Bull. 2000, IV, n°89, p.78.

[559]-P. PISONI, « Conflit entre le vendeur de biens sous réserve de propriété et le factor de l'acquéreur-vendeur en redressement judiciaire », *D.*, juin 2000, p.278.

Section 2 : Vers une réglementation de l'assurance-crédit

414. Certes, l'assurance-crédit n'a pas eu une forte incidence sur le contentieux de l'impayé en France, mais le développement de ce mécanisme durant ces dernières années n'est pas resté sans effet sur le phénomène de l'impayé, et en constitue peut-être un remède[560].

En effet l'assurance-crédit est en plein essor en France[561], le besoin accru de sécurité du créancier dans le cadre de ses transactions commerciales est un facteur parmi d'autres[562] qui a suscité la naissance de cette technique, ce mécanisme demeure parmi les modes d'externalisation de l'impayé l'un des plus efficaces, mais aussi le plus couteux[563]. Cela se traduit par le chiffre d'affaires − qui suit une tendance ascendante − réalisé par les compagnies spécialisées[564], qui se trouvent face à une concurrence de plus en plus rude pour s'adapter aux besoins de ce secteur d'activité si exigeant.

415. Dans le même ordre d'idée, et toujours dans l'optique d'une déjudiciarisation de traitement du contentieux de l'impayé, on ne peut pas contester que la lenteur de la justice et la méfiance des justiciables envers la justice étatique n'ont pas eu un impact sur le développement de l'assurance-crédit en France. Désormais, une entreprise peut opter pour l'externalisation d'une partie importante de ses créances par le biais d'une assurance-crédit et dont le coût peut être considérable, plutôt que d'encourir les risques d'insolvabilité de son débiteur et de s'aventurer dans une action judiciaire en recouvrement dont elle ignore l'issue, pour finalement se trouver reléguée à un rang moins privilégié que d'autres créanciers dans le cadre d'une procédure collective ou d'une quelconque procédure d'exécution, du seul fait que sa créance ne soit pas assortie d'une sureté ou que le législateur ait prévue la primauté d'une autre créance, ou encore en raison d'une loi à caractère social qui va à l'encontre de ses intérêts.

---

[560]-M.FLAMEE, « La défaillance de paiement et les remèdes dans une économie de marché : vision d'un juriste rêveur sur le développement de l'assurance-crédit », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000, p. 309 à 317.

[561]- J.-P. DESCHANNEL ET L. LEMOINE, *L'assurance-crédit*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1996

[562]-J.CHAHOUD., « l'assurance-crédit interne », thèse soutenue le 6 novembre 2010 à l'université Montpellier I., p10 et s.

[563]- G.CONTANT, « l'assurance de l'impayé en droit interne », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994. p.30 et s.

[564]-après deux années de recul en 2008 et 2009, le secteur a connu une forte progression en 2010, le montant des encours bruts relatifs aux encours de crédit clients s'élève à 254 milliards d'euros au 4ème trimestre 2010, soit une hausse annuelle de plus de 8%, selon l'autorité de contrôle prudentielle. Voirhttp://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/fiche_224-BDF-Societes-assurance-credit.pdf.

A ce facteur de développement du procédé peuvent s'en ajouter d'autres, attribuables à l'augmentation importante des défaillances des entreprises[565] dues à une crise importante que connait l'économie mondiale et qui a révélé l'importance grandissante de l'assurance-crédit dans le domaine des affaires. Or celle-ci couvre une partie importante du crédit interentreprises[566].

416. En revanche, ce mécanisme au Maroc ne connait pas le même essor qu'en France, bien au contraire[567], hormis l'assurance-crédit à l'exportation qui est d'ailleurs réglementée par un dahir[568], et pratiquée par la société Marocaine d'assurance à l'exportation[569], l'assurance-crédit domestique en est à un stade encore embryonnaire, et reste pratiquée par une seule [570]société. Cette absence de développement du procédé peut être imputable à plusieurs causes qui entravent le recours à cette technique.

Tout d'abord, une réglementation spéciale en la matière fait défaut, attendu que le Dahir n° 1-02-238 du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 17-99 portant sur le code des assurances exclut expressément dans son deuxième article de son champ d'application les opérations relatives à l'assurance-crédit. Néanmoins, le législateur a autorisé les établissements de crédit − dans le cadre de la loi bancaire de 2006 − sous réserve du respect des dispositions législatives et réglementaires applicables en matière d'opérations liées à leur activité, à la pratique de l'assurance-crédit, sans pour autant mettre en place un dispositif propre à la matière., Ce vide juridique constitue un véritable frein face au développement de l'assurance-crédit au Maroc, ce même vide n'a cependant pas ralenti son évolution en France.

---

[565]- J.CHAHOUD, *l'assurance-crédit interne*, thèse Montpellier, 6 novembre 2010, p.97.

[566]-Rapport d'activité de la médiation du crédit aux entreprises, 2008/2009, le rapport évoque le fait que l'assurance-crédit joue un rôle important dans l'économie nationale en couvrant les entreprises contre le risque de défaillance de leurs clients, auxquels elles accordent des délais de paiement. De cette manière elle sécurise près du quart du crédit interentreprises en France., p.84.

[567]-A. JOUAHIRI, « L'assurance-crédit dans les pays arabes », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles,2000, p.274 et s.

[568]-il s'agit du dahir portant loi n°1-73-366 du 23 avril 1974 relatif à l'assurance à l'exportation, modifié et complété par le dahir portant loi n°1-92-282 du 29 décembre 1992, également par le dahir n°1-04-09 du 21 avril 2004 portant promulgation de la loi n°55-03.

[569]-la société a été créée en 1988 ayant pour objet la gestion du système d'assurance à l'exportation, son capital social est réparti entre l'Etat, les banques et les compagnies d'assurance.

[570]-l'article 2 du code des assurances stipule : ' « Le présent livre ne concerne que les assurances terrestres. Il n'est applicable ni aux assurances maritimes, ni aux assurances fluviales, ni aux assurances de crédit, ni aux conventions de réassurances conclues entre assureurs et réassureurs ».

417. Par ailleurs, la position du droit coranique est assez restrictive à l'égard des contrats d'assurance, et notamment de l'assurance-crédit, ce qui constitue vraisemblablement un véritable barrage face à l'évolution de ce procédé, car au vu du droit islamique les contrats d'assurance sont dominés par l'incertitude au moment de leur conclusion ce qui entraine un déséquilibre flagrant dans les prestations des parties et crée un aléa en droit islamique[571]. Cependant, ces contrats sont admis dans la doctrine islamique s'ils sont conclus à titre gratuit, de là, on peut déduire qu'un nombre assez important d'entreprises se montrent réticentes vis-à-vis de l'assurance-crédit, et ne souscrivent que des contrats légalement obligatoires.

En outre, à ces causes s'ajoute la méconnaissance absolue par la majorité écrasante des entreprises et des acteurs économiques du Maroc de ce procédé. Car le développement d'un tel mécanisme nécessite des campagnes de sensibilisation et d'information importantes visant à informer les personnes pouvant y recourir. L'enjeu est de mettre en lumière l'importance de l'assurance-crédit et notamment son éventuelle incidence sur le contentieux de l'impayé eu égard à son efficacité et à son concours probable sur le contentieux lié à l'impayé devant les juridictions commerciales, de surcroît, la matière vient achopper sur la pauvreté en matière d'écrits[572] et de décisions jurisprudentielles de nature à constituer une référence.

Par ailleurs, il conviendrait dans notre analyse de mettre l'accent sur le régime juridique et réglementaire relatif à l'assurance-crédit, qui suscite d'importantes divergences doctrinales (p.1). Puis on étudiera les avantages de ce mécanisme qui ont concouru plausiblement à la baisse du contentieux de l'impayé en France, et l'on s'intéressera également aux inconvénients de ce procédé (p.2).

Paragraphe 1 : Le régime juridique de l'assurance-crédit et les obligations des parties dans un contrat d'assurance-crédit.

418. Si le terme « assurance-crédit » est employé unanimement par tous les pays, la définition de l'assurance-crédit n'est pas suffisamment précise pour qu'elle fasse l'unanimité des auteurs.

De la sorte, un auteur l'a définie comme étant : « *la prise en charge par une société techniquement organisée à cet effet de la grosse majorité des risques de non-paiement*

[571]-l'aléa en droit islamique c'est le ***GHRAR***, à savoir, une transaction qui comprend un élément d'incertitude relatif soit à l'objet du contrat, soit au prix, soit au délai dans lequel il s'exécute. C'est le risque, l'incertitude, la spéculation, V. O. El sherif., « quelques aspects juridiques de la caution et l'assurance-crédit dans la doctrine de l'Islam », *in La prévention de la défaillance de paiement* , Actes du 2ème congrès SANGUINETTI 1998, (sous la direction de J.Bastin), p.68.

[572]-mis à part quelques articles qui traitent de loin l'assurance-crédit, celle- ci n'a pas fait l'objet à notre connaissance d'un manuel ou d'un ouvrage.

inhérents à toute opération civile, commerciale, industrielle ou bancaire qui ne se règle pas au comptant[573] », tandis qu'un autre auteur a qualifié l'assurance-crédit de : « *une assurance souscrite par un créancier pour couvrir le risque d'insolvabilité de son débiteur*». Des définitions qui restent assez restrictives compte tenu de l'évolution de ce mécanisme.

A ce titre, deux définitions ont permis d'osciller entre l'aspects technique et juridique en assurance-crédit. La première est celle de Joseph HEMARD qui l'a définie comme : « *l'opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique* ».[574] La seconde est une définition plus récente qui l'a définie comme :« *un système d'assurance, qui permet à des créanciers, moyennant le paiement d'une prime, de se couvrir sur le non-paiement des créances dues par des personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement* »[575].

Toutefois, le régime juridique n'est pas épargné d'incertitude quant à sa qualification(A), en revanche les droits et obligations des parties dans un contrat d'assurance-crédit sont établis par les règles d'usage et les dispositions auxquelles obéit l'assurance-crédit en France.

A- Le régime juridique de l'assurance-crédit

419. Si l'assurance insolvabilité demeure la branche mère de l'assurance-crédit, permettant au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur, et d'être indemnisé à la constatation judiciaire de cette insolvabilité, ou à l'expiration d'un délai de carence du débiteur, son cadre réglementaire révèle encore des lacunes(1) nous incitant à clarifier la nature juridique du contrat d'assurance-crédit.

1-Le cadre réglementaire de l'assurance-crédit

420. Pareillement en France, les opérations d'assurance-crédit ont été expressément exclues par l'article premier de la loi du 13 juillet 1930 relatif au contrat d'assurance, ce qui suscite des interrogations quant à la nature juridique de l'assurance-crédit et son rapprochement avec les opérations d'assurance ou de banque[576].

[573]- M.D DE BERNIS, *L'assurance des crédits*, Thèse, Toulouse 1926, p. 12.

[574]- J. HEMARD,*Théorie et pratique des assurances terrestres*, T. 1, 1924, Sirey, n°42.

[575]-J.BASTIN, *L'assurance-crédit dans le monde contemporain*, éd. Jupiter 1978, p.50.

[576]-P.CASSON, « Assurance-crédit », Rép. Com. Dalloz, octobre 2010, p. 2.

C'est pourquoi le législateur Français a essayé d'y répondre, en consacrant des dispositions particulières relatives à l'assurance-crédit dans la partie réglementaire du code des assurances[577], mais ces dispositions n'abordent que les provisions techniques qui doivent être appliquées, dans cette branche d'activité, comme décrit par l'article R331-33, sans pour autant définir les dispositions applicables dans les contrats d'assurance-crédit.

421. En ce qui concerne l'exclusion du contrat d'assurance-crédit du champ d'application des dispositions du code des assurances en France, celle-ci a connu en quelque sorte une dérogation. Celle-ci est prescrite par l'article L111-1 du code des assurances, et vise essentiellement quatre articles qui ont été introduits par la n°94-5 du 4 janvier 1994 et qui se rapportent à :

- l'appartenance de l'assurance-crédit, qui en effet était incorporée au regard de l'article L. 111-6 à la catégorie des grands risques, conformément aux dispositions de la directive Européenne[578].

- la formation du contrat, visée par l'article L112-2, et plus précisément l'alinéa 3, en vertu duquel : « la proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur ; seule la police ou la note de couverture constate leur engagement réciproque ». Toutefois, la proposition en assurance-crédit est faite par l'assureur et constitue un engagement effectif par celui-ci, à moins qu'elle soit retirée après l'écoulement d'un délai.

-le respect des mentions obligatoires qui doivent figurer sur un contrat d'assurance. L'article L112-4 précise en outre que les « clauses des polices édictant des nullités, des déchéances, ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents ».

-enfin, l'obligation posée par l'article L112-7 qui oblige l'assureur à indiquer au souscripteur préalablement à la signature du contrat d'assurance « le nom de l'Etat membre des Communautés Européennes où est situé l'établissement avec lequel le contrat pourrait être conclu », et ce lorsque le contrat est conclu en libre prestation de services.

A ce propos, on ne peut guère se prononcer sur la qualification du contrat d'assurance-crédit comme étant un contrat d'assurance par le seul fait qu'il revêt les caractéristiques et les éléments constitutifs du contrat d'assurance, étant donné que les opérations d'assurance-crédit ne sont pas intégralement réglementées eu égard à l'exclusion édictée par l'article susmentionné du code des assurances. Ces opérations sont régies en grande partie par le

[577]-il s'agit des articles R331-33 et R331-34 Créé par le décret n°91-398 du 25 avril 1991, ainsi que l'article R331-35.

[578]-c'est la directive n°73/239/CEE du 24 juillet 1973 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice, J.O n° L228 du 16 aout 1973.

droit commun, cependant, le législateur Français a procédé à l'admission de l'assurance-crédit comme contrat d'assurance en vertu de l'article R321-1 du code des assurances[579] en vertu duquel l'assurance-crédit a été classée explicitement au rang des activités qui peuvent être pratiquées par une compagnie d'assurance. Cependant, les assureurs pratiquant l'assurance-crédit doivent se conformer aux mêmes exigences que n'importe quelle autre branche d'assurance, et doivent obtenir préalablement un agrément du Ministère de l'Economie et des finances.

422. Par analogie, on peut affirmer que les règles de contrôle et exigences imposées par le code des assurances sont applicables aux sociétés pratiquant l'assurance-crédit, ainsi que les obligations d'information qui incombent aux assureurs des autres branches d'assurance. Cela nous donne à penser que l'assurance-crédit est considérée comme une véritable opération d'assurance. Pour autant, celle-ci demeure une exception au regard du code des assurances qui continue à être en vigueur, or le contrat d'assurance-crédit trouve sa source dans le droit commun des obligations et l'autonomie de la volonté des parties. Cela dit, les parties peuvent fixer librement le contenu des polices, il est possible toutefois que les parties soumettent conventionnellement leur police au code des assurances[580] .

Subséquemment, cette situation suscite une ambiguïté législative, étant donné que le contrat d'assurance-crédit demeure régi par le principe de l'autonomie de volonté des parties et non pas par le code des assurances, tandis que les assureurs-crédits sont soumis aux règles du contrôle des autorités publiques en vigueur pour les assureurs pratiquant d'autres branches d'assurances. Pour autant, le développement de l'assurance-crédit n'avait pas été freiné par cet écueil, et cela n'a pas suscité de doute quant à la nature juridique du contrat d'assurance-crédit.

En revanche, relativement à la subrogation en matière d'assurance-crédit, celle-ci obéit aux règles de droit commun, dès lors que l'assureur-crédit indemnise l'assuré de la défaillance de son débiteur, celui-ci est subrogé dans les droits du créancier, en l'espèce il pourra intenter une action en justice contre le débiteur pour récupérer les créances recouvrées par application de l'article L121-12 du code des assurances.

2- La nature juridique du contrat d'assurance-crédit

423. Les parties en matière du contrat d'assurance-crédit sont tenues d'établir un écrit en vertu de l'article L112-3 du code des assurances, et doivent faire figurer dans la police d'assurance les mentions obligatoires soulignées par l'article L112-4. Mais en principe, ce contrat requiert seulement l'échange de volonté des parties. Le contrat devient parfait dès la

[579]-cet article a été récemment modifié par l'ordonnance Ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010.

[580]-J.CHAHOUD, *l'assurance-crédit interne*, thèse Montpellier, 6 novembre 2010, p.125 et s.

rencontre des volontés des parties, même en cas d'absence d'un document signé[581], en l'occurrence le contrat d'assurance n'étant pas un moyen de validité, il n'est qu'un moyen de preuve ou de présomption de l'assurance[582], ce qui ne laisse pas de doute sur le caractère consensuel du contrat d'assurance-crédit[583], laissant entendre que ce contrat repose essentiellement sur les règles du droit commun des obligations. Cependant, des règles d'ordre public ont été mises en place par le législateur auxquelles il ne peut absolument pas être dérogé, ayant pour objectif de protéger le consommateur dans le contrat d'assurance eu égard à l'intérêt social que l'institution d'assurance présente, ce qui confère également un caractère d'ordre public à ce type de contrat.

Certes, le contrat d'assurance-crédit présente la même nature juridique qu'un contrat d'assurance ordinaire ou appartenant à d'autres branches d'assurances plus courantes, néanmoins, il dégage quelques spécificités qu'il convient d'élucider.

424. Tout d'abord, le contrat d'assurance-crédit est caractérisé par la bonne foi qui doit être présente préalablement à l'établissement du contrat, et tout au long de sa vie. En effet, le caractère de bonne foi se traduit à l'égard de l'assureur par son devoir de loyauté vis-à-vis de l'assuré, qui consiste généralement à lui proposer les garanties les plus adaptées à ses besoins, et à lui porter conseil chaque fois que le besoin s'impose. De même, l'assureur doit diligenter les dossiers d'indemnisation des assurés en cas de défaillance de leurs débiteurs, et non pas recourir à des manœuvres dilatoires de nature à retarder ou à faire refuser le règlement desdites défaillances.

Par rapport à l'assuré, celui-ci est tenu de répondre avec exactitude sur la déclaration du risque assurable lors de la conclusion du contrat, et déclarer en cours de contrat les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux, en l'occurrence l'assuré doit déclarer le chiffre d'affaires total réalisé avec sa clientèle assurable, il doit en outre faire preuve de bonne foi quant à la déclaration de la défaillance de son débiteur.

425. Deuxièmement, en ce qui concerne le caractère d'adhésion du contrat d'assurance-crédit, il faut souligner qu'en dépit de la protection du législateur Français relative à ce type de contrat, l'assurance-crédit constitue un contrat d'adhésion par excellence, du fait que c'est l'assureur qui s'occupe de la proposition du contrat à l'assuré, même si l'interprétation du contrat en l'espèce est en faveur de l'assuré, au sens de l'article 1162 du code civil[584]. Ces

[581]- à moins qu'il s'agisse d'une vente à distance, V. Cass. civ. 2ème ch, 14 juin 2007, pourvoi n° 06-15.955, Bull. 2007, II, n°153.

[582]-Cass., 13 octobre 2005, n° 04-16.139, Bull. 2005, II, n°247, p.221.

[583]- S. BEAUGENDRE, « Du consensualisme du contrat d'assurance », *AJDI.,* mars 2008, p.195.

[584]-cet article dispose : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. »

contrats demeurent difficilement négociables, particulièrement par les particuliers, et notamment les clauses comme celle de désengagement ou encore celles imposées par des compagnies selon lesquelles l'indemnisation de l'assureur n'intervient que postérieurement à l'échec de toutes les voies de recours ordinaires de l'assuré dans le cadre d'un recouvrement judiciaire. D'ailleurs, ce caractère d'adhésion constitue l'un des inconvénients majeurs de l'assurance-crédit[585]. Nonobstant, les entreprises de grande taille, et qui ont souvent recours à cette technique, ont la possibilité de négocier quelques stipulations contractuelles, notamment la franchise, les conditions de garantie, ou encore le taux de prime.

426. Troisièmement, comme pour tout contrat d'assurance, le contrat d'assurance-crédit est aléatoire, étant considéré qu'aucun des contractants ne peut mesurer ses chances de gain ou de perte en amont au moment de la conclusion du contrat. Ceux-ci visent à se prémunir contre une perte éventuelle consécutive à un évènement incertain, la défaillance du débiteur de l'assuré en l'occurrence, car l'application du contrat d'assurance-crédit exige en premier lieu l'insolvabilité du débiteur de l'assuré, et que cette insolvabilité soit constatée et que cette insolvabilité représente un préjudice pour l'assuré. Enfin, il faut établir un lien de causalité entre l'insolvabilité et le préjudice, par voie de conséquence, les parties ignorent la survenance de cette insolvabilité, ce qui attribue à ce contrat son caractère aléatoire.

Outre ces caractéristiques du contrat d'assurance-crédit, ce contrat présente un caractère synallagmatique, qu'on essayera d'aborder en s'intéressant aux droits et obligations de chacune des parties au contrat d'assurance-crédit.

B- Les obligations des parties dans un contrat d'assurance-crédit

427. A l'instar d'un contrat d'assurance ordinaire, le contrat d'assurance-crédit répond aux mêmes principes, et met à la charge des parties des obligations réciproques, vis-à-vis de l'assuré(1) ce dernier est tenu de payer la prime d'assurance, de déclarer avec exactitude les risques assurables, et de déclarer le sinistre dans les délais fixés légalement ou par la police d'assurance. Quant aux obligations de l'assureur(2), celui-ci a comme obligation principale d'indemniser l'assuré en cas de défaillance de son débiteur.

1- Les obligations à l'égard de l'assuré

428. L'assuré doit avant toute chose déclarer à l'assureur le risque à garantir, sa nature et son importance. Il est à noter que dans ce type de contrat l'assuré est tenu de mettre à la disposition de l'assureur l'ensemble de son portefeuille client ou de s'assurer pour l'ensemble de son chiffre d'affaires et non pour les encours élevés seulement, ou pour les

[585] -*infra* 440 et s.

seuls débiteurs dont le risque d'insolvabilité est important. L'assurance-crédit est également régie par le principe de globalité tout comme la technique d'affacturage car à travers ce principe l'assureur-crédit pourra compenser l'ensemble des risques garantis. Cependant les entreprises d'assurances, disposent d'un pouvoir d'appréciation qui leur permet, après examen de la solvabilité du client de l'assuré d'accepter ou de rejeter le risque en question, ce qui constitue d'ailleurs l'un des rôles les plus importants que joue un assureur-crédit, à savoir, celui de la prévention. C'est la raison pour laquelle l'assuré doit fournir des renseignements exacts sur le risque à assurer et notamment, les informations relatives à son débiteur. Dans le cas inverse, l'assuré court le risque de voir son contrat frappé de nullité si sa mauvaise foi est établie. Si ce n'est pas le cas, il peut encourir une réduction proportionnelle de taux de prime en vertu de l'article 113-9 du code des assurances.

De surcroit, l'assuré est tenu de payer la prime[586] selon le mode convenu entre les parties[587] conformément à la loi en vigueur[588], et le taux de prime est subordonné à l'importance du risque assurable déclaré par l'assuré lors de la conclusion du contrat. Par ailleurs, les compagnies s'appuient sur plusieurs paramètres déterminants pour la fixation du taux de prime applicable sur le risque assuré, le plus important relève de l'expérience propre de la compagnie, qui lui permet de recueillir un nombre non négligeable de statistiques sur tel ou tel risque, voire sur les débiteurs eux-mêmes et sur leur risque d'insolvabilité. Il convient de souligner que plus la compagnie est anciennement implantée sur le marché, plus elle dispose d'amples renseignements statistiques. C'est à partir de ces données conjuguées avec l'assiette du chiffre d'affaires traité que l'assureur-crédit fixe le taux de prime. Nonobstant, le mode de calcul peut être différent selon la police ou le type du risque[589].

429. En revanche, cette obligation de payer la prime d'assurance par l'assuré demeure l'obligation principale, et en cas d'absence de paiement de prime ou d'une fraction de prime, l'assureur peut procéder à la mise en demeure de l'assuré, qui dispose quant à lui d'un délai de 15 jours à partir de la réception de la mise en demeure pour s'acquitter. En cas d'abstention, l'assureur a la possibilité de résilier de plein droit le contrat d'assurance après écoulement d'un délai de dix jours[590].

L'assuré doit en outre déclarer le sinistre de nature à entrainer la garantie de l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance, et ce au plus tard dans le délai fixé par le contrat. En l'occurrence,

[586]-pour calculer la prime, les compagnies d'assurance-crédit procèdent à la formule suivante : Prime Pure = Taux de Prime X Capitaux Assurés.

[587]-l'assuré peut effectuer un paiement comptant, échelonné, ou encore par compensation dans le cas où l'assureur doit à l'assuré une indemnité résultant de la constatation de défaillance d'un débiteur de ce dernier.

[588]-l'article L113-2 prévoit : « l'assuré est obligé de payer la prime ou cotisation aux époques convenues. ».

[589]-il faut voir par exemple si 'il s'agit d'une police à court, moyen ou à long terme, ou s'il s'agit encore d'une police individuelle où la prime est calculée d'une manière forfaitaire et payable à la souscription de la police d'assurance.

[590]-J.CHAHOUD, *l'assurance-crédit interne*, thèse Montpellier, 6 novembre 2010, p.244.

la déclaration de la défaillance du débiteur doit intervenir après constatation de cette défaillance, et selon les modalités convenues avec son propre assureur, à savoir, si la constatation de la défaillance doit être judiciaire ou ne consister qu'en l'écoulement d'un délai de carence. L'absence de déclaration de sinistre dans les délais raisonnables ou fixés contractuellement entraine la déchéance de la garantie sur la créance en question, et non sur l'ensemble du contrat d'assurance-crédit qui demeure valable et continue à produire ses effets à l'égard des deux parties.

2- Les obligations à l'égard de l'assureur

430. Lors de la constatation de la défaillance du débiteur dans le cadre d'un contrat d'assurance-crédit, l'assureur ne peut aucunement se décharger de son obligation d'indemniser son assuré, étant considéré que cette opération d'assurance de dommages repose fondamentalement sur le principe indemnitaire selon lequel l'assureur indemnise l'assuré jusqu'à concurrence du dommage subi et confère le pouvoir à l'assureur d'exercer un recours subrogatoire en remboursement contre le débiteur défaillant, responsable du dommage occasionné, à moins que cette défaillance découle d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré, ou dans l'hypothèse précitée qui concerne une déclaration tardive du sinistre par l'assuré, ou encore d'une quelconque exclusion de garantie issue du contrat d'assurance-crédit.

En revanche, cette obligation d'indemnisation qui incombe à l'assureur, doit être exécutée dans le délai convenu contractuellement, conformément à l'article 113-5 du code des assurances qui prévoit que : « l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat, et ne peut être tenu au-delà».

431. En pratique, c'est l'assuré qui apporte la preuve du sinistre qui consiste en l'espèce à démontrer la défaillance de son débiteur, selon les modalités convenues avec son propre assureur. Autrement dit, la constatation de la défaillance est établie judiciairement ou après un délai de carence écoulé, et qui doit être raisonnable. En cas de difficultés relatives à cette constatation ou portant sur l'objet de garantie ou de sinistre, ou encore sur le montant de l'indemnité, les parties peuvent recourir à un expert dans un contexte amiable pour répondre à l'une de ces questions. Le cas échéant, les parties mécontentes du rapport de l'expertise amiable peuvent recourir à une expertise judiciaire.

Au moment où la défaillance du débiteur a été établie de gré à gré entre l'assureur et l'assuré, ou par n'importe quel autre moyen, l'assureur doit indemniser l'assuré dans les délais fixés contractuellement. Dès lors, ce dernier peut exercer son recours subrogatoire pour remboursement à l'encontre du débiteur défaillant.

Paragraphe 2 : Les avantages et inconvénients de l'assurance-crédit

432. l'assurance-crédit en France, comme d'autre mécanismes, s'inscrit dans l'optique de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales en recourant à des techniques préventives ayant comme vocation de déjudiciariser ce type de contentieux, et elle a connu un grand essor, particulièrement ces deux dernières décennies, compte tenu des intérêts qu'elle présente pour les créanciers leur permettant moyennant le paiement d'une prime périodique d'éviter les contrariétés relatives au recouvrement, tant amiable que judiciaire, et éviter ainsi une procédure de recouvrement en justice qui peut perdurer, sans pour autant aboutir au résultat escompté, ce qui ne correspond pas aux exigences de la vie des affaires qui demeure tributaire d'une grande célérité.

Cependant, l'incidence de l'assurance-crédit sur le contentieux de l'impayé en France n'est guère contestable, car on ne peut point corréler uniquement la concomitance de la baisse du contentieux de l'impayé et les résultats spectaculaires en constante hausse réalisés par les compagnies d'assurance-crédit pour faire ce constat. A notre sens, cela reste un postulat aussi difficilement démontrable, en dépit des positions de quelques auteurs qui ont soutenu la thèse selon laquelle l'assurance-crédit faisait partie des causes directes de la baisse du contentieux de l'impayé en France. En effet, un auteur spécialiste estime que le couplage des services d'assurance-crédit avec d'autres services préventifs et notamment les services d'information sur la solvabilité des entreprises a pu concourir à faire baisser le contentieux de l'impayé[591], tandis qu'un autre auteur désapprouve cette conclusion, et doute que ce mécanisme ait eu un impact positif sur le contentieux de l'impayé, et rajoute que ce mécanisme est moins attractif qu'il n'y semble, et les entreprises préfèrent choisir un autre moyen de se prémunir contre l'insolvabilité de leurs débiteurs, compte tenu des contrariétés que peuvent rencontrer les assurés en choisissant de recourir à ce procédé[592].

Dans le même ordre d'idée, il nous semble que ce rapprochement si important dans notre approche, ne peut être établi qu'après la mise en lumière des avantages (A) et inconvénients (B) de l'assurance-crédit à l'égard du contentieux de l'impayé.

A- Les avantages de l'assurance-crédit

433. Les avantages de l'assurance-crédit à l'égard de l'approche d'une baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions en France résultent essentiellement du rôle préventif que joue constamment l'assureur-crédit (1) et de la protection efficace de l'assurance-crédit aux créanciers (2) qui ne veulent pas se heurter à la défaillance de leurs débiteurs.

[591]-P.ANCEL, op. cit., p.119.

[592]-« La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », op.cit., p.280 et s.

1- Le rôle préventif de l'assureur-crédit

434. La prévention est l'un des principaux rôles de l'assureur-crédit, celui-ci est appelé à rester vigilant. L'intervention en amont de celui-ci par le biais d'un examen minutieux de la situation du débiteur de son assuré et de son degré de solvabilité lui permet d'avoir une perception plus au moins anticipée de la situation de chacun des débiteurs de l'assuré, en vue de donner son agrément à l'assuré ou pas. En l'occurrence, le créancier ou l'assuré connaîtra grâce à son assureur qui peut disposer de plus amples renseignements sur le débiteur, le risque encouru par la transaction entre le créancier et le débiteur.

En effet, l'assureur-crédit offre une meilleure gestion de risque grâce au système de risque consolidé et à la gestion de bases de données visant à recueillir tous les éléments possibles sur les débiteurs. Ces bases s'alimentent par des renseignements collectés au fur et à mesure de l'activité de l'assureur-crédit et de son expérience. Plus il a d'expérience, plus il dispose de renseignements de ce type. On constate par ailleurs que les compagnies d'assurance-crédit sont de plus en plus méticuleuses sur cette question eu égard à la baisse de moralité commerciale constatée dernièrement[593], ce qui incite celles-ci à se prémunir dans leur activité.

De cette manière, l'assureur-crédit et le créancier pourront éviter le risque de défaillance du débiteur s'il présente un degré d'insolvabilité élevé, grâce à cette mesure purement préventive. Le créancier fera confiance à l'expérience de son assureur pour éviter en amont les problèmes qui l'opposeront à son débiteur en matière de recouvrement. Par conséquent, il évitera de se trouver face à une situation compromise chez son débiteur, et notamment une procédure collective à son encontre. Il évitera ainsi d'être éventuellement devancé par d'autres créanciers, ou d'aller en justice pour une action de recouvrement forcé. Certes, cette prévention peut avoir des retombées économiques négatives sur le créancier, qui peut perdre un client, car celui qui ne paie pas une fois parce que sa trésorerie connait des caps n'est pas forcément défaillant ou insolvable. Il se peut que le débiteur ait été fiché auparavant par l'assureur-crédit qui refuse de prendre le risque, et déconseille également son assuré, mais dans cette situation, le créancier peut se référer à l'adage : « mieux vaut prévenir que guérir ».

435. Toutefois, ces données et renseignements demeurent intéressants, mais incomplets, pour pouvoir tirer des conclusions définitives sur un débiteur, étant donné que l'assureur-crédit peut se retrouver face à un débiteur dont il estime que la situation financière est sereine, et se trouver confronté à de graves défaillances de la part de celui-ci.

Par ailleurs, on estime que cet atout de l'assurance-crédit ne pouvait pas être sans incidence sur le contentieux de l'impayé en France durant ces dernières décennies, compte tenu du nombre considérable d'actions en justice liées à l'impayé qui auraient pu être déclenchées sans ce rôle préventif de l'assureur-crédit qu'il est appelé à jouer, et qui constitue l'une des

[593]-J.BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, 2ème édition, LGDJ, 1993, p.160.

principales missions des compagnies d'assurances spécialisées en assurance-crédit. De la sorte, on pouvait rattacher les causes de la diminution du contentieux lié à l'impayé devant les juridictions commerciales aux efforts de prévention et de renseignement déployés par les assureurs-crédit et les agences de renseignement qui sont parfois des filiales des assureurs-crédit.

2- La protection effective du créancier contre l'insolvabilité du débiteur

436. De nos jours, le créancier est de plus en plus exposé à des problèmes de défaillance de son débiteur. Celui-ci, en choisissant de recourir à ce mécanisme n'est plus influencé par une quelconque situation difficile de son débiteur de nature à compromettre sa trésorerie ou de susciter un impayé ou une défaillance, eu égard à l'importance du crédit interentreprises en France. Un nombre important d'entreprises subissent les conséquences néfastes de la défaillance de leurs débiteurs, qui peuvent les amener à déposer leurs bilans. En l'espèce, le créancier sera épargné de tous les aléas résultant de cette situation, et ne craindra plus les surprises désagréables provoquées par la mauvaise gestion de son débiteur ou un incident imputable à une cause inconnue.

437. En termes d'efficacité, ce procédé s'est avéré aussi efficace que d'autres modes d'externalisation du traitement de l'impayé pour tous les créanciers qui aspirent à se protéger contre l'insolvabilité de leur débiteur, et constitue un véritable moyen pour équilibrer les résultats des entreprises, et même les sauvegarder. Autrement dit, si le créancier souscrit un contrat d'assurance-crédit sur l'ensemble de son portefeuille, il peut, en cas de défaillance de l'un de ses débiteurs, être indemnisé à proportion de la franchise fixée contractuellement avec son assureur, et éviter de la sorte l'impact qui pourrait être immédiat de cet incident sur sa trésorerie, et s'épargner indubitablement les effets judiciaires que cette situation pourrait entrainer, car le créancier devrait éventuellement déclarer sa créance si une procédure collective venait à être déclenchée à l'encontre de son débiteur. Il devrait alors attendre le sort de la procédure pour voir si son rang prime sur celui d'autres créanciers, ou si l'entreprise se trouvait en situation d'apurer son passif dans le cadre d'une déclaration de liquidation judiciaire. Dans d'autres cas, le créancier peut se trouver devant un débiteur qui s'abstient pour une raison ou pour une autre de s'acquitter de son plein gré, en l'occurrence, le créancier serait contraint d'emprunter la voie judiciaire pour obtenir gain de cause, mais cette voie pourrait lui couter cher à différents égards, et notamment en termes de lenteur et de coût, abstraction faite des manœuvres dilatoires que pourrait entreprendre le débiteur de mauvaise foi pour échapper à une mesure exécutoire. Aussi, le créancier pourrait éviter tous ces désagréments en ayant recours à l'assurance-crédit.

438. Au demeurant, l'assureur-crédit en tant que spécialiste en la matière, et en étant subrogé dans les droits du créancier subrogeant, se charge de recouvrer les créances sinistrées et dispose de plus de possibilités pour aboutir à un recouvrement hors la voie judiciaire. En effet, ces entités sont dotées de services de précontentieux et contentieux qui

s'occupent prioritairement de recouvrer amiablement les créances sinistrées, en cherchant toujours un terrain d'entente avec le débiteur. Ils peuvent par exemple lui proposer des facilités ou un nouvel échéancier, pour alléger la charge du crédit., L'assureur-crédit peut supprimer une partie, voire la totalité des intérêts s'il estime que le débiteur est de bonne foi, et que les chances de paiement demeurent réelles, l'assureur-crédit peut mettre à la disposition de son assuré, si la police le prévoit, un service précontentieux ou contentieux qui assure une intervention rapide et efficace dès la constatation de l'impayé, faisant appel à son expérience en la matière pour essayer de recouvrer promptement du débiteur les sommes qui lui sont dues. En cas de recouvrement, ces sommes sont réservées à l'assuré qui évite le sinistre d'insolvabilité de son débiteur. Il convient de souligner que les assureurs-crédit ne recourent à la voie judiciaire qu'après épuisement de toutes les voies amiables, celle-ci reste un dernier recours, car leur spécialisation dans le recouvrement leur permet dans la plupart des cas d'éviter la voie judiciaire.

439. On déduira donc de cette analyse que l'avantage de l'assurance-crédit à l'égard de la baisse du contentieux de l'impayé est bien réel. Si l'on tient compte du nombre considérable d'actions en justice liées à l'impayé qui ont pu être évitées – grâce à ce mécanisme d'externalisation de l'impayé – l'incidence de l'assurance-crédit sur la baisse du contentieux de l'impayé est très vraisemblable en France.

Néanmoins, ce procédé présente des inconvénients dont l'évitement pourrait avoir une incidence plus évidente sur le contentieux de l'impayé.

B- Les inconvénients de l'assurance-crédit

440. Outre les inconvénients de l'assurance-crédit qui résident dans les imperfections juridiques et réglementaires, sans négliger le coût assez élevé de la prime d'assurance-crédit, et qui sont de nature à freiner incontestablement le développement de cette technique il faut faire état de clauses contractuelles imposées par quelques assureurs qui constituent une véritable entrave pour les créanciers qui souhaitent se protéger contre les éventuels risques d'insolvabilité de leurs débiteurs. Ces clauses s'opposent à l'approche suivie tout au long de nos recherches, qui vise à explorer les principales causes de la baisse du contentieux de l'impayé en France. Ces clauses sont dites de désengagement (1) qui conditionnent l'intervention de l'assureur pour indemniser l'assuré après l'échec de toute procédure judiciaire à l'encontre de son débiteur.

1- Les clauses de désengagement

441. La police d'assurance-crédit repose sur une approche globale, car elle couvre l'ensemble du portefeuille des clients de l'assuré, ce qui permet à l'assureur-crédit

d'équilibrer les bons et les mauvais risques moyennant leur mutualisation[594]. Il s'agit d'une condition lourdement supportée par l'assuré qui ne compte pas seulement que des mauvais payeurs dans son portefeuille, mais il est tenu de s'assurer même contre le risque d'insolvabilité des présumés bons payeurs. Et les contrariétés de l'assuré ne s'arrêtent pas là…

En effet, l'assureur-crédit dispose d'un pouvoir qualifié d'exorbitant en la matière, qui lui permet de réduire, voire de dénoncer la garantie acquise par l'assuré sur un client déjà agréé dès lors que le risque assuré s'est aggravé, une disposition légalement prévue[595] qui s'est vu étendre par l'usage de l'assurance-crédit.

442. Il appert, que les assureurs-crédit ont élargi l'application de cette disposition pour insérer des clauses qui vont au-delà de leur pouvoir légal, qui contiennent expressément des motifs de désengagement[596] qui offre à l'assureur-crédit la faculté de réduire ou dénoncer sa garantie sur un client agréé auparavant. Un pouvoir unilatéral dont dispose l'assureur-crédit et qui entraine un déséquilibre flagrant dans le contrat d'assurance-crédit au détriment de l'assuré eu égard au caractère d'adhésion de ce type de contrat[597].

Ce pouvoir a été par ailleurs conforté par la jurisprudence[598], qui a affirmé la licéité de la clause par laquelle l'assureur se réserve le droit de se désengager d'une police en cours d'exécution, sous condition que l'application de cette clause ne ressorte pas seulement de la volonté de l'assureur-crédit, mais de circonstances objectives pouvant faire objet d'un contrôle judiciaire, ainsi, cette clause ne doit pas avoir un caractère potestatif. Cela signifie que le contrat d'assurance-crédit perd en quelque sorte son caractère aléatoire en donnant à l'assureur cette faculté de dénoncer un contrat en cours d'exécution. Peut-on à cet égard remettre en question le caractère aléatoire du contrat d'assurance-crédit ?

---

[594]-*DPA*, n°9, 2001, p. 462.

[595]-l'article 113-4 du code des assurances prévoit : « En cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime ».

[596]-la police d'assurance-crédit doit souligner expressément cette faculté de l'assureur-crédit, et prévoir une liste détaillée des causes de dénonciation ou de réduction de la garantie sur un client pour le contrat en cours d'exécution,. Voir dans ce sens guide d'utilisation du contrat d'assurance-crédit COFACE, article B06.03.F, éd 2006.

[597]-J. MESTRE, « Des engagements habilement retenus par l'un à ceux abusivement imposés par l'autre », *RTD. CIV.,* juin 1991, p.333 et s.

[598]-Cass. Civ 1ère, 22 novembre 1989, bull. 1989, I, n°355, p.239.

A ce titre, la cour de cassation[599] avait estimé que la clause offrant la faculté à l'assureur-crédit de réduire ou dénoncer la garantie accordée auparavant à un client ne privait pas la police d'assurance-crédit de caractère aléatoire[600].

443. Force est de constater, que cette clause de désengagement accordée par la loi est confirmée par la jurisprudence Française, très utilisée par les compagnies spécialisées en assurance-crédit, fait perdre de toute évidence à ce mécanisme beaucoup de son attractivité[601], étant donné que l'assuré qui choisit de se protéger contre le risque d'insolvabilité de son débiteur reste tributaire de la rigidité de l'assureur-crédit, et se trouve parfois dépourvu de cette couverture pour un motif ou un autre, à l'opposé du but recherché.

Somme toute, il faudrait que les assureurs-crédit abandonnent ces clauses de désengagement, ou plutôt limitent au maximum les motifs de désengagement possibles, afin de rendre ce procédé plus attractif et pour qu'il devienne le mode d'externalisation de l'impayé par excellence, et puisse concourir davantage par son rôle préventif et avec la protection effective qu'il apporte au créancier contre l'insolvabilité du débiteur, à faire baisser le contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales.

2- Les clauses visant une intervention de l'assureur-crédit postérieurement à l'échec de la procédure judiciaire

444. Dans le même contexte, l'assuré en matière d'assurance-crédit peut se retrouver face à des clauses qui ne correspondent pas au but escompté, à savoir se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur, et être indemnisé dans les meilleurs délais. Or, l'assureur-crédit peut insérer des clauses qui visent à faire intervenir ce dernier dès lors que toutes les tentatives et démarches de recouvrement entreprises par le créancier lui-même auront échoué[602], et notamment judiciaires. Autrement dit, l'assureur-crédit n'intervient pas en cas de survenance d'une défaillance du débiteur de l'assuré, et ne prend pas en charge la créance sinistrée, en l'espèce il attend que l'assuré ait épuisé toutes les voies de recouvrement possibles, en commençant par la voie amiable, jusqu'à l'échec de la voie judiciaire, pour prendre en charge la créance sinistrée. Celui-ci peut encore limiter son risque à la seule ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du débiteur.

---

[599]-Cass. Civ., 1ère ch, 3 mai 1995, n°93-11.575, Bull. 1995, I, n°184, p.132.

[600]-J. MESTRE, « l'aléa à la lumière….des clauses de prix », *RTD. Civ*., juin 1996, p.394.

[601]- G. SAMPER, « Le rempart de l'assurance-crédit : un mécanisme attractif contre l'inexécution contractuelle ? », *Inprévenir et traiter l'inexécution contractuelle*, Colloque Université Paris X_ Nanterre, 1er juin 2007.

[602]-P.ANCEL, *op.cit.* p.118.

Subséquemment, ce type de clause contraint l'assuré à agir le plus tôt possible en justice afin de recouvrer sa créance, ou pour que l'assureur-crédit intervienne dans le but de l'indemniser, ce qui n'implique aucune déviation de la voie judiciaire. Bien au contraire, cette clause peut aller à l'encontre de l'approche visée d'une baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions, étant donné que l'assureur-crédit conditionne son intervention pour indemniser l'assuré à l'échec de toute procédure de recouvrement engagée par le créancier. Il convient de signaler que cette clause peut donc avoir pour effet d'accroitre les actions liées à l'impayé devant les juridictions Françaises.

445. En somme, l'assurance-crédit a franchi un pas remarquable, et constitue désormais l'un des modes les plus efficaces d'externalisation de l'impayé et de protection contre l'insolvabilité du débiteur, son impact sur la baisse du contentieux de l'impayé en France est très vraisemblable, nonobstant, les inconvénients évoqués précédemment peuvent freiner le développement de ce mécanisme, et décourager les entreprises d'y recourir pour se protéger contre un risque d'insolvabilité qui demeurera toujours présent.

Conclusion titre

446. On a pu constater comment le législateur, tout comme les acteurs de la vie des affaires ont compris l'ampleur d'un impayé qui ne cesse d'encombrer les juridictions, générant une lenteur excessive dans le traitement de ces dossiers. De ce fait, ils se sont efforcés de mettre en place des mécanismes visant à déjudiciariser le contentieux de l'impayé, pour offrir des solutions de substitution à un créancier lassé de recourir à un recouvrement forcé, qui se révèle parfois inefficace.

Une panoplie de lois, et de techniques développés par la pratique, ont offert au créancier une véritable stratégie de recouvrement, qui s'appuie moins sur la justice étatique, mais dont l'efficacité a d'ores et déjà fait ses preuves.

447. Tous ces éléments législatifs et pratiques, constitue vraisemblablement une synergie, ayant très possiblement contribué à la baisse du contentieux de l'impayé en France devant les juridictions civiles et commerciales ces dernières années, et affirment la véritable intention de ces acteurs à remédier au problème de l'impayé.

On ne peut qu'être frappé par l'action du législateur Français, qui a compris qu'il fallait alternait entre la justice étatique e d'autres alternatives pour assurer un recouvrement de créances efficace et rapide.

Le développement des mécanismes visant à externaliser le traitement de l'impayé était le résultat d'une quête permanente d'un créancier prétendant à prévenir les risques de

l’impayé, et se protéger contre ce risque, et une confortation d’une stratégie de recouvrement qui s’appuie sur la déjudiciarisation.

Titre 2 : L'impact positif d'un droit des sûretés rénové sur le contentieux de l'impayé

448. On peut se demander si les sûretés en France ont eu une incidence sur la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, ou encore, est-ce que la réforme structurelle engagée par le législateur Français a pu contribuer à une baisse du contentieux de l'impayé ?

Considérées comme le support de développement du crédit[603], les sûretés en France ont connu une réforme substantielle qui a comme objectif de les rendre plus lisibles et efficaces, à la fois pour les acteurs économiques et pour les citoyens, tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence[604]. Pour l'assurance d'une meilleure lisibilité, l'ordonnance du 23 mars 2006[605] a inséré pour la première fois en droit Français l'ensemble des textes relatifs aux sûretés dans le quatrième livre du code civil, et a introduit un ensemble de règles innovantes ayant pour but de simplifier la constitution de celles-ci, et de faciliter leur mode de réalisation. C'est dans ce cadre que s'inscrit cette réforme tant attendue.

En effet, l'intervention du législateur en la matière a été jugée essentielle étant donné la solidité des sûretés qui a été ébranlée par la force de développement du crédit ainsi que les nouvelles techniques bancaires[606], notamment celles qui se ressourcent des règles d'usage. Sans négliger leur mode de constitution et de réalisation qui ne s'adapte point à un marché économique si exigent et dont la célérité fait ses preuves. Autant d'éléments qui ont vulnérabilisé les sûretés en France et suscité la remise en question de leur finalité. Cela a conduit le législateur à introduire une réforme profonde qui se veut répondre à des problématiques liées à l'efficacité du régime des sûretés.

449. Il est difficile de mesurer si le nombre de prise de suretés a augmenté depuis la mise en place de cette nouvelle loi, étant donné que les sûretés ne font pas toutes l'objet d'une publicité, il est plus difficile encore de connaitre le nombre exact de réalisations des sûretés, avant et après l'ordonnance de 2006, qui permettra de faire la corrélation entre le nouveau droit des sûretés et le contentieux de l'impayé, et de savoir si ce changement substantiel a

---

[603]- M. BENNIS, *L'effectivité des sûretés garantissant les crédits bancaires en jurisprudence Française et Marocaine*, thèse Paris V, 2003.

[604]-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés**,** JO du 24 Mars 2006.

[605]-l'ordonnance n°2006-346 du 23 Mars 2006 relatives aux sûretés, JO 24 mars 2006, p 4475, entrée en vigueur le 25 mars 2006.

[606]-B. FOEX, « Quelques remarques sur le rôle de la banque et sur les propositions d'harmonisation internationale des sûretés réelles », in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000, p.283 et s.

eu un impact sur les demandes liées à l'impayé formulées devant les juridictions civiles et commerciales, chose qui n'était pas exclue par d'autres recherches[607].

Néanmoins, on peut faire un examen méticuleux sur les nouveaux apports de cette réforme, de manière à ce qu'on puisse établir un rapprochement entre les dits apports de la réforme et le phénomène étudié, celui de la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions compétentes.

450. D'emblée, on fait abstraction des suretés personnelles[608] de notre champ de recherche, compte-tenu de l'intérêt minime qu'elles représentent pour le rapprochement en question, d'autant plus qu'elles ne soutiennent pas notre thèse de diminution du contentieux de l'impayé, étant considéré que le créancier emprunte la voie judiciaire contre la personne qui s'est portée garante pour recouvrer sa créance en cas de défaillance de son débiteur principal, ces sûretés peuvent au contraire provoquer des effets opposés à la baisse du contentieux de l'impayé.

En effet, la demande en paiement formulée par le créancier peut être engagée soit contre le débiteur principal, soit contre son garant, mais le plus souvent, ces demandes sont formées à la fois contre le débiteur principal et contre le garant[609], ce qui peut apparaitre comme deux actions en paiement, mais pour une seule créance, ce qui entraine inévitablement une hausse et pas une baisse du contentieux de l'impayé devant les tribunaux.

Inévitablement, la caution qui paie à la place du débiteur principal exerce son action récursoire contre ce dernier, par voie de conséquence, on pourra assister à plusieurs actions en paiement pour le recouvrement d'une seule créance. Les sûretés personnelles n'ont donc pas de conséquences sur la diminution du contentieux de l'impayé, même de façon indirecte, comme une étude l'avait souligné[610].

De la sorte, si on veut conforter le rapport entre la diminution du contentieux de l'impayé et la nouvelle réforme de sûretés, on doit être conduit à mettre la lumière uniquement sur les sûretés dont la réalisation n'exige pas forcément un recours devant la justice par le créancier contre son débiteur ou le constituant d'une sûreté, donc, en ayant recours, le créancier pourrait être désintéressé seulement par la force de la sûreté constituée, et il n'aura pas à faire valoir son droit de suite ou de préférence, droits qui sont reconnus généralement aux sûretés réelles devant le tribunal.

---

[607]- P.ANCEL, *op. cit.,* p.69.

[608]-les sûretés personnelles ont été elles aussi réformées (article 2288 à 2322 du code civil), ce titre comprend la réglementation du cautionnement, et l'introduction de la garantie autonome, et la lettre d'intention.

[609]- P.ANCEL, *op. cit.,* p.70.

[610]- P.ANCEL, *op. cit.,* p.72.

451. A vrai dire, les sûretés sujettes de cette corrélation sont anciennes, et remontent à une époque bien antérieure à l'ordonnance de 2006, mais ladite ordonnance a certainement levé l'ambiguïté qui les entourait et est venue combler les lacunes réglementaires qui apparaissaient, et qui qui rendait quelques sûretés fragiles, particulièrement dans le mode de réalisation de celles-ci.

Ces sûretés fortifiées par la nouvelle loi, ont sans aucun doute servi comme une mesure préventive contre l'éventuelle problématique de l'impayé. Celles-ci ont d'ores et déjà fait preuve de leur force et efficacité devant les procédures collectives, qui constituent sans nul doute une véritable unité de mesure de l'efficacité d'une sûreté, en plaçant les créanciers qui y ont recours dans une position beaucoup plus confortable que d'autres créanciers, notamment ceux ayant inscrit des suretés qui se sont révélées peu efficaces devant les procédures collectives.

452. Toujours, dans le but d'éclairer les causes de la baisse du contentieux de l'impayé devant les tribunaux en France, nous tenterons d'examiner les sûretés ayant vraisemblablement contribué à la baisse de ce contentieux durant cette dernière décennie, particulièrement après l'ordonnance de 2006 et autres textes législatifs qui ont été adoptés dans la même philosophie que ordonnance : renforcer et rendre plus lisible les sûretés.

Pour ce faire, nous nous arrêterons sur les mécanismes de propriété-sûreté **(chapitre 1),** qui ne faisaient pas l'objet d'unanimité de la doctrine, et qui seraient contraire aux principes fondamentaux du droit Français[611]. Mais l'ordonnance de 2006 a prévu le retour de la propriété garantie, qui acquiert une véritable nature de sûreté réelle, ainsi que la reconnaissance légale du droit de rétention, qui lui aussi demeure un moyen très efficace pour le créancier afin de prévenir le risque d'impayé de son débiteur, et pour se faire justice soi-même sans avoir recours à la justice étatique, ou encore pour éviter d'être confronté aux risques des procédures collectives qui peuvent mettre en péril la sûreté.

L'un des principaux apports de l'ordonnance, était le fameux pacte commissoire qui autorise les créanciers à s'attribuer le bien faisant objet d'un ensemble de sûretés, en cas de défaillance de leur débiteur, sans avoir aucun recours à la justice à cet effet. Cette sûreté a participé très possiblement à la baisse du contentieux de l'impayé. Nous traiterons par ailleurs les sûretés pouvant faire intervenir ce pacte commissoire **(chapitre2).**

[611]-D. LEGEAIS, *sûretés et garanties du crédit*, éd. 8, LGDJ., janvier 2011. p.551.

Chapitre 1 : Le recours aux mécanismes de propriété-sûreté

453. L'usage du droit de propriété à des fins de garanties était répandu sous l'empire du droit romain sous l'appellation de Fiducie, il consistait à transférer la propriété d'un ou plusieurs biens par un constituant à son créancier, qui s'engageait à lui restituer la propriété[612]. Cette sûreté n'était pas régie par le code civil de 1804.

Le législateur Français, avec l'évolution du droit des entreprises en difficultés, devait répondre à la problématique des créanciers titulaires de sûretés classiques, qui voyaient comment leur droit se fragilisait par l'ouverture d'une procédure collective. Sous l'influence du droit anglo-saxon, Il avait mis en place une loi relative à la clause de réserve de propriété[613], qui avait reconnu une certaine efficacité aux clauses de réserve de propriété devant les procédures collectives, mais pas en tant que sûreté.

Cependant, l'évolution importante de cette clause n'est pas passée inaperçue aux yeux du législateur[614], qui, pour la première fois en droit Français a inséré la clause de réserve de propriété dans le code civil en tant que sûreté réelle[615], sous le régime de la propriété retenue à titre de garantie **(section 1).**

454. Au demeurant, et dans le même ordre d'idées, le législateur Français s'est inspiré du « Trust », usité en Common Law, pour réglementer le régime de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, dont le domaine fût élargi par la loi n° 2008-776 du 4 août2008 de modernisation de l'économie avant que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 qui a réglementé la fiducie-sûreté, pour l'insérer dans le code civil sous le régime de la propriété cédée à titre de garantie **(section2).**

Conscient de l'enjeu qui découle de la réforme des sûretés, notamment pour la garantie des créanciers et des marchés financiers[616], le législateur Français a souhaité renforcer la sécurité juridique par l'introduction dans le code civil de sûretés efficaces reposant sur la

[612]-la fiducie est définie par le vocabulaire juridique de CORNU comme : « acte juridique par lequel une personne, nommée fiduciant, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une autre personne nommée fiduciaire, soit à titre de garantie d'une créance, sous l'obligation de rétrocéder le bien au constituant de la sûreté lorsque celle-ci n'a plus lieu de jouer, soit en vue de réaliser une libéralité, sous l'obligation de transférer le bien à un tiers bénéficiaire après l'avoir géré dans l'intérêt de celui-ci ou d'une autre personne pendant un certain temps, soit afin de gérer le bien dans l'intérêt du fiduciant, sous l'obligation de le rétrocéder à ce dernier, à une certaine date. éd. PUF, DELTA. Janvier 1996, p.356

[613]-La Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative à la clause de réserve de propriété.

[614]-P. CROCQ, « Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties », Mélanges M. Gobert, *Economica*, 2004, p.357 et s.

[615]-elle est prévue par chapitre IV du deuxième livre relatif aux sûretés réelles, sous le régime de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie**.**

[616]- A.GAUVIN, *La nouvelle gestion du risque financier,* LGDJ, 2000.

garantie-propriété, procurant aux créanciers une obtention effective de leur dû, dans les meilleurs délais, et avec le moindre coût[617], et surtout sans recourir à la voie judiciaire à ces fins. Ces sûretés ont très possiblement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales.

Section 1 : La propriété retenue à titre de garantie

455. En droit Marocain, la clause de réserve de propriété est reconnue par le code de commerce dans le cadre des procédures collectives[618], une disposition isolée qui ne peut guère répondre aux difficultés y afférentes, et les solutions dégagées par la jurisprudence constituent la référence en la matière. Celle-ci n'est toutefois pas reconnue comme une sûreté, et demeure peu répandue dans la pratique commerciale.

De ce fait, il convient de dresser un panorama exhaustif du régime juridique de la clause de réserve de propriété après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2006 (p.1).

Ensuite, nous mettrons le point sur l'efficacité de cette clause et son utilité par rapport aux contentieux de l'impayé (p.2).

Paragraphe 1 : Le régime juridique de la clause de réserve de propriété après l'ordonnance de 2006

456. L'article 2367 du code civil prévoit que : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ». Une disposition qui continue à susciter des controverses dans le milieu doctrinal sur la nature juridique de cette clause[619], car elle emploie une analyse suspensive et non résolutoire de cette stipulation, et ne prend pas toutefois parti sur la nature certaine ou incertaine de l'évènement envisagé.

---

[617]- J-P. BRANLARD, *L'essentiel du droit des garanties de paiement : le droit des sûretés*, Gualino éditeur, 2007

[618]- l'Article 672 du code de commerce prévoit : Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison.

[619]-A.GHOZI, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D*.1986, chr.317 ; D.LEGEAIS , *Sûretés et garanties du crédit* , éd. 3, LGDJ, 2002, p.658.

Les conditions de constitution de cette sûreté doivent être analysées (A) ainsi que ses effets (B) pour mieux appréhender sa nature juridique.

A- Les conditions de constitution de la clause de réserve de propriété

457. S'agissant des conditions de forme de la clause de réserve de propriété, un écrit doit être établit entre les parties pour la validité de cette sûreté[620], cet écrit doit être établi au plus tard au jour de la livraison. Toutefois, le défaut de ce formalisme entraine-t-il la nullité du contrat, et de la sûreté par voie de conséquence ?

L'article 2381 de l'avant-projet de loi prévoyait que la réserve de propriété est convenue par écrit, à peine de nullité, une disposition qui sanctionnait le défaut du formalisme de la constitution d'une clause de réserve de propriété, étrangement cette sanction a été écartée de l'ordonnance, et le défaut d'écrit semble être considéré comme une sanction entrainant l'inopposabilité à la procédure collective comme avant l'ordonnance de 2006[621], autrement dit, l'écrit était une condition d'opposabilité à la procédure collective.

458. Quant à la publicité du contrat, elle reste une condition facultative[622], et l'intérêt de cette publicité réside dans les procédures collectives, où le propriétaire sera exempté de l'obligation de revendiquer le bien dans le délai légal[623], il se contentera en l'occurrence de faire une demande en restitution de son bien. Ce dernier fera partie des créanciers titulaires d'une sûreté publiée avertis personnellement pour la déclaration de leur créance comme le prévoit l'article L622-24 du code de commerce.

Désormais, le vendeur ne peut plus insérer unilatéralement la clause de réserve de propriété sans que l'acheteur ne puisse s'y opposer[624], comme l'article 19 de la loi du 1er juillet 1996 le prévoyait[625], qui rendait le consentement de l'acheteur tacite. En effet la cour de cassation qui avait fait prévaloir la clause d'exclusion de réserve de propriété stipulée par

[620]-l'article 2368 du code civil prévoit que : « La réserve de propriété est convenue par écrit ».

[621]- l'ancien article L. 624-16 du Code de commerce prévoyait également que : « doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit ».

[622]-le propriétaire procède à la publicité de son contrat au greffe du tribunal de commerce.

[623]-le délai est de 3 mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure.

[625]-«nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier ».

l'acheteur sur la clause de réserve de propriété stipulée par le vendeur[626], a précisé que cet article n'avait pas un caractère rétroactif[627].

459. Relativement à la nature juridique du contrat pouvant faire l'objet d'une clause de réserve de propriété, le texte fait référence à l'effet translatif « d'un contrat » sans en déterminer la nature, ce qui pourra nous conduire à entendre que ladite clause pourra être stipulée quel que soit le contrat, et peu importe sa nature juridique[628]. La cour de cassation avait d'ailleurs confirmé cette solution, en soulignant dans un arrêt[629] que l'action en revendication d'un bien dont la propriété est réservée en vertu d'une clause de réserve de propriété peut être exercée quelle que soit la nature du contrat dans lequel cette clause figure, y compris dans les contrats d'entreprise[630].

460. A l'égard des biens pouvant être retenu en garantie en application d'une clause de réserve de propriété, l'article 2367 du code civil souligne : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété… », Ce qui peut laisser une vaste interprétation de ce texte. En effet, tout bien peut faire l'objet d'une clause qui suspend le transfert de la propriété, même les biens fongibles[631], la cour de cassation avait rendu des arrêts auxquels elle avait admis par exemple de retenir la propriété du matériel d'équipement en garantie[632], également sur un véhicule automobile[633], ou encore sur un fonds de commerce[634], précisant en l'espèce que : « l'obligation de revendiquer dans le délai de 3 mois, imposée par l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 à celui qui doit faire reconnaître son droit de propriété contre une personne soumise à une procédure de

[626]-Cass. Com, 11 mai 1993, n° 90-19.283, Bull. 1993, IV, n°183, p.130 ; F. PEROCHON, « Inopposabilité de la clause de réserve de propriété expressément refusée par l'acheteur dans le bon de commande », *D.*, septembre 1993, p.287.

[627]-Cass. Com, 2 octobre 2001, n°98-19.681, Bull. 2001, IV, n°156, p.148 ; N. MOLFESSIS, « La notion de loi interprétative », *RTD. Civ*., septembre 2002, p. 599.

[628]-A. LIENHARD, « Tout contrat peut stipuler une réserve de propriété », *D*., décembre 2003, p.3049.

[629]-Cass. Com, 19 Novembre 2003, n°01-01.137, Bull. 2003, IV, n°174, p.391.

[630]-Cass. Com, 29 mai 2001, n°98-21.126 ; P. CROCQ, « Réserve de propriété, contrat d'entreprise, subrogation réelle et débiteur in bonis : un étrange cocktail aboutissant à une solution étonnante », *RTD. Civ*., décembre 2001, p.930.

[631]-l'article 2369 du code civil prévoit que : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ».

[632]-Cass.Com, 13 mars 1985, n°83-17.112, Bull. 1985, IV, n°99, p.87.

[633]-Cass. Com, 5 octobre 1993, n°91-14.194, Bull. 1993, IV, n°314, p.226.

[634]-Cass. Com, 21 novembre 1995, n°93-20.531, Bull. 1995, IV, n°266, p.245.

redressement judiciaire, n'est pas limitée aux meubles corporels , d'où il suit que le moyen est sans fondement ».

Il convient de souligner, que l'une des innovations majeures de l'ordonnance de 2006 était la reconnaissance de la clause de réserve de propriété immobilière. En effet, d'une manière explicite, le code civil affirme dans son article 2373 que : « La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie ». Cette consécration s'inscrit dans la volonté du législateur Français d'insertion de la clause de réserve de propriété immobilière aux coté des autres sûretés immobilières.

461. Pareillement à la clause de réserve de propriété en matière mobilière, la clause de réserve de propriété immobilière consiste à retenir en garantie la propriété de l'immeuble vendu par l'effet de cette clause qui suspendra l'effet translatif du contrat de vente jusqu'au complet paiement de l'obligation de l'acheteur, sous réserve que la clause soit publiée à la conservation des hypothèques[635], ce qui implique à l'évidence le recours à un acte notarié pour ce faire, cette inscription doit impérativement précéder l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acquéreur, afin que le vendeur réservataire de propriété puisse se prévaloir de ladite clause.

Par ailleurs, le non-paiement du bien par le débiteur, au créancier réservataire de propriété, comme en matière de réserve de propriété mobilière, pourrait lui procurer le droit de demander la restitution de l'immeuble sur le fondement de l'article 2371 du code civil.

462. Toutefois, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur, ce contrat de vente serait réputé en cours dès lors qu'une partie du prix de vente reste à payer[636], étant considéré que l'effet principal du contrat, celui du transfert de la propriété de l'immeuble ne s'est pas opéré. En l'espèce, seul L'administrateur a la faculté d'exiger l'exécution de ce contrat[637], et cette créance sera considérée comme étant antérieure, et doit faire l'objet d'une déclaration de créance par le créancier.

En revanche, cette solution semble s'opposer à celle retenue en matière de réserve de propriété mobilière, la cour a précisé que : « Un contrat de vente de biens mobiliers dont la

---

[635]-cette publicité n'est pas exigée par le code civil, mais sur le fondement de l'article 28 du décret du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, modifié par l'ordonnance Ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010 art. 14, qui prévoit que : « Sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles :

- Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs……. »

[636]-Cass. Com, 1 février 2000. n°97-15.263, Bull. 2000, IV, n°23, p.19 ; S. ALARY-HOUIN, « Notion de contrat en cours », *RDI*., juin 2000, p.192.

[637]-article L622-13 du code de commerce.

propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé lors de l'ouverture de la procédure collective de l'acquéreur n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce de sorte que le point de départ du délai de revendication est la publication du jugement d'ouverture »[638].

B- Les effets de la clause de réserve de propriété

463. L'ordonnance de 2006 a éclairci le dénouement et les effets de la propriété retenue à titre de garantie dans le cadre d'une clause de réserve de propriété après que les décisions jurisprudentielles en constituent le fondement.

En effet, la portée translative suspendue par la clause disparait dès lors que le paiement intégral de la chose vendue s'effectue par le débiteur, toutefois, le défaut du paiement complet à l'échéance, confère le droit au propriétaire de demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer[639]. Ce droit reconnu au vendeur ne se qualifie pas comme étant une action résolutoire[640], mais un mode de réalisation qui particularise cette sûreté, et qui procure au vendeur le droit de récupérer son bien, et le revendre[641], la créance s'éteint en l'occurrence.

Le vendeur met en œuvre la réserve de propriété en exerçant une action en revendication ou en restitution selon si la clause a été publié ou pas. Si c'est le cas, le vendeur dispose d'un délai de 3 mois suivant la publication du jugement pour exercer son action en revendication. Si le contrat de vente est publié, le vendeur sera tenu informé lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur.

Par ailleurs, la revendication peut s'exercer sur le bien vendu, dans la circonstance, la valeur du bien repris représente le paiement sur le solde de la créance garantie, et le créancier ne pourra s'en enchérir car le vendeur va devoir payer la différence au débiteur si la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie.

En outre, le vendeur peut exercer son action en revendication sur le prix de revente du bien lorsque l'acheteur n'a pas réglé le montant déclaré. C'est une situation prévue par le code civil, qui accorde au vendeur réservataire de propriété d'exercer la revendication sur le prix de revente du bien par la voie de la subrogation réelle. Le droit de propriété est en effet

[638]-Cass. Com, 5mai 2004, n°01-17201 01-17590, Bull. 2004, IV, n°81, p.85.

[639]-article 2371 du code civil.

[640]-Cass. Com, 1octobre 1985, n°84-12.015, Bull. 1985, IV, n°222, p.184.

[641]-Cass. Com, 5mars 1996, n°93-12.818, Bull. 1996, IV, n°72, p.59.

reporté sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur, donc, le vendeur exerce son action contre le sous-acquéreur.

464. Le code civil ne s'est pas contenté de mettre en place des textes relatifs à la mise en œuvre de la clause de réserve de propriété en cas de défaillance de l'acquéreur, mais il a essayé de répondre à des situations aussi complexes que précises, telle que la réserve de propriété sur un bien fongible, où la mise en en œuvre de la clause sur un bien qui a été incorporé à un autre.

En effet, l'article 2369 du code civil affirme que : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ». Cette disposition est venue répondre à une problématique quasiment insoluble techniquement[642], pour permettre au vendeur réservataire de propriété d'exercer sa revendication même si les choses qui sont entre les mains de l'acquéreur ne sont pas celles dont le prix reste dû, celle affirme la décision de la cour de cassation qui avait rendu même la revendication des choses fongibles comme une règle de fond[643]. Ce qui consolide la nature juridique de cette sûreté réelle, et la laisse apparaitre comme un droit sur la valeur.

Toutefois, le vendeur peut être confronté à une situation ou plusieurs vendeurs de biens fongibles, réservataires de propriété, se rencontrent en concours sur les biens mélangés, il semble que le vendeur qui agit en premier sera favorisé. Une répartition proportionnelle est envisageable également[644].

465. Quant à la mise en œuvre du droits du créancier sur un bien qui a été incorporé à un autre dans le cadre d'une clause de réserve de propriété, le code civil a répondu explicitement à cette question, en disposant : « L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage »[645]. Cette règle a été confirmée par un article du code de commerce modifié par l'ordonnance de 2008[646], également par la jurisprudence[647] avant même l'ordonnance de 2006, qui confère le droit au

---

[642]-A-S. BAUDRAN, « Quelques développent sur les revendications des biens fongibles en droit des procédures collectives », *Rev. proc. Coll.*, mars 2004, p.5.

[643]-Cass. Com, 5 mars 2002, n°98-17.585, Bull. 2002, IV, n°48, p.48.

[644]- D. LEGEAIS, *sûretés et garanties du crédit*, éd. 8, LGDJ., janvier 2011, p.566.

[645]-article 2370 du code civil.

[646]-l'article L624-16 du code de commerce dispose : « La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage ».

[647]-Cass. Com, 12 février 1991, n°89-19.314, Bull. 1991, IV, n°69, p.47 ; Cass. Com, 15 mars 1994, n°91-14.375, Bull.1994, IV, n°110 , p.85.

vendeur de récupérer le bien incorporé à un autre en vertu d'une clause de réserve de propriété.

Il convient de souligner enfin qu'en cas de survenance d'un cas fortuit ayant entrainé la détérioration ou la défectuosité du bien vendu par une clause de réserve de propriété, l'action en revendication s'exerce sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien[648].

Paragraphe 2 : L'impact de la clause de réserve de propriété sur le contentieux de l'impayé

466. Après s'être arrêté sur les conditions de constitution de la clause de réserve de propriété, et ses principaux effets, il semble que le lien corrélatif entre cette sûreté et le contentieux de l'impayé peut être établi, afin de savoir si le recours à cette sûreté a contribué à la baisse du contentieux de l'impayé, et s'il a été utile (B), préalablement, on devra mesurer l'efficacité de cette sûreté, pour savoir si l'ordonnance de 2006 et la réglementation de la clause a rendu cette clause plus attrayante, et a encouragé les vendeurs à y recourir(A).

A- L'efficacité de la clause de réserve de propriété

467. Mesurer l'efficacité de la clause de réserve de propriété est tributaire des différentes situations auxquelles un vendeur réservataire de propriété pourrait être confronté lors de la mise en œuvre ou la réalisation de sa sûreté, particulièrement lorsqu'il doit faire face à la concurrence d'autres créanciers ayant une autre sûreté, notamment lors des procédures collectives.

En effet, le vendeur réservataire de propriété peut se retrouver hors du cadre des procédures collectives face à un créancier gagiste sans dépossession qui a agi en méconnaissance de cause, sans savoir que le bien n'appartenait pas à l'acquéreur avec réserve de propriété, mas il est de bonne foi, en l'occurrence, c'est le vendeur avec réserve de propriété qui l'emportera étant donné que c'est le véritable propriétaire du bien, et la créancier gagiste ne pourra que se prévaloir de l'article 2335 du code civil[649] dans la circonstance, la nullité du gage de la chose d'autrui peut être provoquée, et ceci peut donner lieu à des dommages et intérêts du moment que le créancier gagiste a ignoré que la chose appartenait à autrui.

---

[648]-article 2372 du code civil.

[649]-il dispose : « Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui ».

Cette solution s'applique également en matière de gage sur stock, qui est un gage sans dépossession, le réservataire de propriété emportera ce conflit, à moins que le créancier gagiste ait eu recours à un entiercement, qui lui confère le droit de rétention effectif de la chose, sur le fondement de l'article 2276 du code civil[650].

468. Sous le même angle, la concurrence du vendeur réservataire de propriété à un créancier de son acquéreur ayant la possession du bien s'avère délicate, spécifiquement après la reconnaissance explicite de ce droit par l'ordonnance de 2006, qui en a fixé les conditions, après que ce droit ait été régi par les solutions dégagées par la jurisprudence, et quelques textes spécifiques[651]. Ce droit est opposable à tous, c'est ce qu'a affirmé la cour de cassation dans un arrêt après l'entrée en vigueur de l'ordonnance[652], qui précise que :

« Le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette et peut être exercé pour toute créance qui a pris naissance à l'occasion de la chose retenue. Il en résulte qu'un garagiste est en droit de réclamer à l'encontre du propriétaire d'un véhicule les frais de gardiennage nés à l'occasion de sa rétention, peu important que ce véhicule ait été confié au garagiste par un tiers auquel le propriétaire l'avait donné en location ».

Antérieurement, la cour avait reconnu au titulaire du droit de rétention effectif, de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de sa créance même en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur[653]. Ce texte consacré par le code civil au droit de rétention ne vient que consolider ce droit et le rendre comme un rempart contre toutes les sûretés, y compris la réserve de propriété.

Il en ressort, que le vendeur réservataire de propriété peut voir ses droits se fragiliser devant un titulaire de droit de rétention, qui peut retenir le bien jusqu'à complet paiement de sa créance[654], ce droit de rétention peut être le maillon faible de cette sûreté[655], c'est ce que la jurisprudence avait soutenu[656].

---

[650]-il dispose : « En fait de meubles, la possession vaut titre.»

[651]-par exemple l'article 1948 qui prévoit l'existence d'un droit de rétention en matière de dépôt.

[652]-Cass. Com, 3 mai 2006, n°04-15.262. Bulletin 2006 IV n°106, p.107.

[653]-Cass. Com, 25 Novembre 1997, n°95-16.091, Bull. 1997, IV, n°301, p.258.

[654]-F. ZENATI, « Droit de rétention et clause de réserve de propriété », *RTD. Civ*., juin 1990, p.306.

[655]-M. BOURASSIN ; V. BREMOND ET M-N. JOBRARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey. 2010. P. 332.

[656]-Cass. Com, 3 octobre 1989, n°87-15-725. Bulletin 1989 IV, n°244, p.163,

Il convient de rappeler que le conflit opposant le vendeur réservataire de propriété à un sous-acquéreur, situe le vendeur dans une position assez confortable, dans la mesure où son droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur, comme le prévoit l'article 2372 du code civil.

Il faut rappeler également la situation du vendeur réservataire de propriété des biens fongibles qui se trouve en concours avec d'autres vendeurs après que les biens aient été mélangés, la jurisprudence n'a pas tranché jusqu'à l'heure actuelle, mais la pratique favorise le vendeur qui agit en premier.

469. Toutefois, cette sûreté s'est avérée plus efficace lors de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, puisque la clause est opposable aux tiers, et le vendeur a l'obligation d'exercer une action en revendication dans un délai de 3 mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure collective[657], en cas ou son contrat n'a pas été publié. Mais il doit impérativement déclarer sa créance, en mentionnant qu'il est réservataire de propriété.

Dans le cas contraire, la publicité du contrat lui procure le droit de faire simplement une demande en restitution, c'est le principe du retrait contre paiement, qui constitue les rares exceptions du paiement des créances antérieures après le jugement d'ouverture. Préalablement, il sera averti personnellement pour la déclaration de sa créance.

Pour conclure, on ne peut qu'attester de l'efficacité de cette sûreté, qui a été plus renforcée sous l'empire de l'ordonnance de 2006, qui est venue consolider les solutions dégagées par la jurisprudence avant son entrée en vigueur. Il semble qu'avec cette réforme, plus de contractant y recourent, compte tenu de la sécurité juridique qui peut leur être garantit, sans négliger les avantages qui en découlent pour tous, et enfin son éventuelle incidence sur le contentieux de l'impayé.

B- L'utilité de la clause de réserve de propriété à l'égard du contentieux de l'impayé

470. D'emblée, on peut affirmer que cette clause a contribué efficacement à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, eu égard à son mode de réalisation, qui relève fréquemment des procédures collectives, et même si le débiteur ne fait pas objet d'une procédure collective, la réalisation de cette sûreté n'est pas répertoriée dans le cadre du contentieux de l'impayé, contrairement au crédit-bail, qui présente des caractéristiques semblables à la clause de réserve de propriété, et porte également sur la

[657]-article L624-9 du code de commerce dispose : « La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure.

retenue de la propriété à titre de garantie, mais la réalisation relève du contentieux de l'impayé[658].

Cependant, il nous est difficile de chiffrer le nombre de contractants qui recourent à cette sûreté dans un contexte contractuel, pour l'unique raison, que le contrat de vente dans lequel figure la clause de réserve de propriété n'est pas obligatoirement publié. Or les autres sûretés font pratiquement toutes l'objet d'une publicité, et le défaut de publicité peut entrainer la nullité de la sûreté.

En pratique, cette garantie devenue sûreté, est de plus en plus utilisée, et constitue désormais l'une des sûretés les plus sûres pour le vendeur[659], bien qu'elle soit concurrencée par la fameuse et nouvelle sûreté : la fiducie-sûreté[660].

471. Par ailleurs, le recours des vendeurs à cette clause constitue évidemment un gage de non recours à la voie judiciaire hors cadre des procédures collectives pour contraindre leurs débiteurs à s'acquitter, car on le rappelle, les conflits entre le vendeur réservataire de propriété et son débiteur ne font pas partie du contentieux de l'impayé traité devant les juridictions civiles ou commerciales.

La réalisation hors cadre des procédures collectives s'opère généralement par la voie amiable[661], car un débiteur *in bonis* sait pertinemment que le défaut de paiement du bien ou sa restitution peut le conduire à l'ouverture d'une procédure collective, par assignation du vendeur, ou encore une action en revendication devant un juge de référé, ou une saisie revendication.

472. Conséquemment, cette voie constitue un moyen efficace de pression pour le vendeur, qui peut obtenir la restitution de son bien par tous les moyens, et éviter la voie judiciaire.

Corollairement, cette clause a très probablement contribué à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, les vendeurs qui y recourent gardent la propriété de leur bien jusqu'à ce que l'acquéreur s'acquitte de sa dette, et ne recourent que rarement à la voie judiciaire pour faire valoir leur droit.

---

[658]-voir à ce propos la nature des contrats faisant l'objet du contentieux de l'impayé, dans les annuaires statistiques de la justice, édition 2011/2012. P.95.

[659]-Y. PICOD, *Droit des sûretés*, éd.2, collection Thémis, édition PUF, septembre 2011, p.461.

[660]-F. PEROCHON, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, *Cah. dr. Entr.,* n°4, juillet 2009, dossier 22.

[661]-la restitution amiable du bien fait généralement l'objet d'une stipulation contractuelle qui permet au vendeur de récupérer son bien sans recourir à la voie judiciaire, ses modalités figurent également dans le contrat.

En somme, l'utilité de cette sûreté à l'égard du contentieux de l'impayé ne peut être contestée, elle constitue en effet une assurance contre le risque d'impayé et d'insolvabilité du débiteur, particulièrement lors de sa mise en œuvre.

Section 2 : La propriété cédée à titre de garantie

473. Le transfert de propriété à titre de garantie constitue l'une des innovations majeures introduites dans le dispositif des sûretés durant cette vague de réforme, méconnu jusqu'à lors dans la législation Française[662], l'ordonnance de 2006 avait seulement reconnu que la propriété pouvait être transférée à titre de garantie, sans pour autant prévoir un autre mécanisme que celui de la réserve de propriété.

Confronté à des obstacles juridiques de nature à déroger aux principes d'unicité et d'indivisibilité du patrimoine, le législateur Français a progressivement réglementé la matière. C'est en s'appuyant sur des considérations basées sur l'attractivité et la compétitivité économique dont celui-ci a motivé la démarche.

474. En effet, deux institutions ont été mises en place, destinées au transfert de la propriété à titre de garantie, elles ont pour particularité de déroger au caractère perpétuel du droit de propriété, il s'agit de :

- La vente avec faculté de rachat : mise en place par la loi du 12 mai 2009[663], elle est définie par l'article 1659 du code civil comme étant : « La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 ». Il s'agit des frais de vente ou les réparations effectuées par l'acheteur dans le cas où celles-ci sont nécessaires. Ce pacte a un effet de garantie ou un effet de sûreté dès lors que le prix d'achat constitue un prêt[664], le vendeur profite de la faculté de rachat du moment qu'il rembourse le prix-prêt dans le délai convenu qui ne doit pas dépasser cinq ans[665], la vente se trouve résolue en l'occurrence. A défaut de quoi, l'acheteur devient propriétaire irrévocable. Cependant, ce pacte est rarement utilisé dans la pratique en tant que garantie du fait que le montant du prêt doit être égal au prix du bien.

[662]-le droit Français connaissait quelques applications partielles de cette institution comme par exemple la cession de créances professionnelles connu par le nom de « Dailly ».

[663]-c'est la loi dede simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

[664]-dans cette situation, le vendeur du bien est présenté comme un emprunteur, et l'acheteur comme un prêteur.

[665]-article 1660 du code civil.

- La fiducie-sûreté : la consécration de ce mécanisme par le législateur Français était progressive, outre l'atteinte que la fiducie-sûreté portait au principe d'unicité et d'invisibilité du patrimoine, celle-ci pouvait porter atteinte aux droits des autres créanciers du constituant[666], toutefois, ces obstacles juridiques n'ont pas empêché le législateur de reconnaitre la fiducie par la loi du 19 février 2007, instituant le régime général de la fiducie, et élargissant son domaine par la loi de modernisation de l'économie, pour que l'ordonnance du 30 janvier 2009 reconnaisse enfin la fiducie-sûreté et l'insère dans le code civil.

En effet, cette consécration est venue répondre aux questions des créanciers qui désiraient disposer d'une sûreté plus efficiente que les sûretés traditionnelles[667], pouvant les prémunir contre tout risque d'insolvabilité de leur débiteur, ou aléa pouvant mettre en péril leur action en recouvrement, notamment l'ouverture d'une procédure collective.

Cette sûreté utilisée à des fins de garantie, est présentée aujourd'hui comme un outil efficace pour les dispensateurs de crédit compte tenu de son régime juridique qui consacre une place importante à la liberté contractuelle, sans négliger l'assiette des biens pouvant faire l'objet de cette opération. Ce mécanisme est également utilisé dans le cadre des opérations de montage financier[668]. Désormais, ce mécanisme ne cesse de gagner du terrain, son attractivité est devenue indiscutable pour tous les acteurs économiques. Son avenir est prometteur[669].

475. Par rapport au contentieux de l'impayé, l'étude de cette sûreté pourra nous conduire à nous interroger sur sa véritable incidence sur le contentieux de l'impayé. Certes, la récence de la loi ne nous permettra pas de tirer des conclusions exhaustives, elle nous permettra nonobstant de mesurer le degré de son influence sur le phénomène étudié, celui de la baisse du contentieux devant les juridictions civiles et commerciales.

Autrement dit, si l'efficacité d'une sûreté se mesure à l'assurance qu'elle procure au créancier lors de l'ouverture d'une procédure collective, et à la rapidité de sa réalisation ainsi que son coût, cette sûreté présente alors des caractéristiques qui peuvent nous laisser croire en son efficacité, particulièrement son mode de réalisation qui n'exige aucun recours à la voie judiciaire.

En effet, le pacte commissoire introduit par l'ordonnance de 2006, constituait l'un des modes de réalisation qui caractérisait cette sûreté, le créancier ayant eu recours à cette

---

[666]-M. BOURASSIN ; V. BREMOND ET M-N. JOBRARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey. 2010, p. 343.

[667]- J-J.ANSAULT,. « Fiducie-sûretés et sûreté réelles traditionnelles : que choisir ? », », *Dr. et patr***.,** dossier, n°192., mai 2010, p.52.

[668]-M. COLLET ET M. DUBERTRET. « Du recours à la fiducie-sûreté dans cadre des opérations de LBO, pour une plus grande sécurité juridique et fiscale », *RTD.fin*., n°2, 1juin 2012, p.74 et s.

[669]-« quel avenir pour la fiducie », dossier, n°192,*Dr. et patr***.,** mai 2010, p.51.

sûreté, peut, recouvrer sa créance, par la vente du bien ou son auto-attribution sans avoir aucun recours à la voie judiciaire.

476. Conséquemment, ce mode de réalisation, pourrait très possiblement contribuer à la baisse du contentieux de l'impayé, du fait que les créanciers ont la possibilité de convenir contractuellement de ce mode de réalisation, ce qui leur permettra d'évincer la voie judiciaire pour une action en recouvrement.

Dans un premier lieu, et compte tenu de l'absence d'un tel mécanisme dans le droit Marocain, et sa récence dans le droit Français, il convient de se pencher sur le régime juridique de la fiducie-sûreté (p.1), dans le but de mieux appréhender ce mécanisme, et connaitre ses avantages.

Toujours dans le but de mettre la lumière sur les possibles causes de la baisse du contentieux de l'impayé en France, on s'efforcera dans un deuxième lieu de faire un rapprochement entre cette sûreté et la baisse du contentieux de l'impayé, en démontrant d'abord l'efficacité de ce mécanisme, et son utilité par rapport au contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales (p.2).

Paragraphe 1 : Le régime juridique de la fiducie-sûreté

477. Le code civil définit la fiducie par l'article 2011 comme : « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

478. Le législateur s'est contenté à travers cette définition d'indiquer que le fiduciaire agit dans un but déterminé[670], ce qui laisse entendre que celle-ci peut être utilisée à des fins de garantie, précisément en tant que sûreté pour assurer l'exécution d'une quelconque obligation, en l'occurrence, le débiteur transfère la propriété d'un bien à son créancier ayant la qualité de fiduciaire, qui est lui-même bénéficiaire du patrimoine fiduciaire en cas de défaillance de son débiteur, et acquiert la pleine propriété du bien, si le débiteur s'acquitte de son obligation, le créancier a l'obligation de rétrocéder la propriété du bien transféré au débiteur. C'est ce qui a été éclairé par après par l'article 2372-1 du même code, qui dispose que : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 ». Cette disposition a été introduite sous le régime des sûretés réelles dans le code civil, ce qui implique la reconnaissance formelle de la fiducie-sûreté en tant que sûreté réelle.

[670]-le législateur a interdit l'utilisation de la fiducie-libéralité par l'article 2013, qui consiste à confier à un tiers la gestion d'un bien laissé dans un patrimoine fiduciaire, pour qu'il soit transféré à un bénéficiaire à titre gratuit à une date déterminée.

Nous allons nous intéresser aux conditions de formation propres à la fiducie-sûreté (A), ensuite, aux principaux effets qui en découlent (B), et notamment lors de la réalisation.

A- Les conditions de constitution d'une fiducie-sûreté

1- Les conditions de fond

479. Le législateur avait réservé le domaine de constitution de la fiducie uniquement aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, une restriction qui était levée par la loi du 12 mai 2009, pour que les personnes physiques puissent constituer une fiducie-sûreté. Cela va sans dire, à l'instar des sûretés traditionnelles, qu'un tiers à la dette garantie puisse céder la propriété d'un bien, ou un ensemble de ses biens, en couverture de celles-ci, les textes ne soulignent pas cette possibilité, ils parlent toutefois du « constituant » et non pas du débiteur. Il s'agit d'une fiducie-sûreté pour autrui. Le constituant de la fiducie-sûreté est appelé aussi fiduciant.

Celui-ci, peut en vertu de la réglementation en vigueur, conserver l'usage ou la jouissance des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire.

Le bénéficiaire fait aussi partie du contrat de la fiducie, généralement le bénéficiaire est le créancier, lorsque la fiducie est utilisée à des fins de garantie. Les créanciers peuvent êtres les bénéficiaires de la sûreté si leur débiteur est soumis à un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire[671].

480. Le bénéficiaire ne dispose pas en effet d'un droit réel sur le bien transféré au patrimoine fiduciaire, il peut toutefois bénéficier des fruits produits par le bien pendant la durée du contrat, il dispose d'un droit de créance sur le fiduciaire pour l'exécution du contrat de la fiducie, si ce n'est pas lui-même le fiduciaire. Ce droit est cessible et saisissable au même titre que d'autres droits de créance.

Il convient de souligner que l'acceptation du contrat de fiducie par le bénéficiaire entraine son irrévocabilité[672], et l'aliénation du bien par le fiduciaire après conclusion du contrat pourrait provoquer une action en responsabilité à son encontre par le bénéficiaire.

Le nom du bénéficiaire peut ne pas être indiqué dans le contrat de fiducie, mais il doit intervenir au plus tard à l'expiration du terme conventionnel ou du terme légal de la fiducie.

[671]-P-M. LE CORRE, « La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement ». *D*.2009, chr.862.

[672]-article 2028 du code civil.

Par ailleurs, la loi ne prévoit aucune limitation relatives au nombre des bénéficiaires de la fiducie, comme le souligne l'article 2016 du code civil[673].

Quant au fiduciaire, troisième partie au contrat, pour assurer la plus grande transparence aux opérations de fiducie, la loi a déterminé les personnes habilitées à remplir cette fonction[674], il s'agit : « Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L 310-1 du code des assurances ».

L'ordonnance de 2009 a autorisé les avocats à remplir la mission du fiduciaire, sous réserve qu'ils souscrivent préalablement une assurance particulière.

481. Le fiduciaire est chargé de prendre la possession du bien transféré par le constituant, pour une durée déterminée, ou pour l'accomplissement d'une obligation objet de la fiducie. Il a l'obligation de séparer le patrimoine fiduciaire de son propre patrimoine.

A l'égard de l'objet de la fiducie-sûreté, il ne diffère pas de la fiducie qui relève du régime général, l'article 2011 précise que celle-ci peut porter sur un bien ou un ensemble de biens, meubles, ou immeubles, corporels ou incorporels, présents ou futurs, sous réserve qu'ils soient déterminables. Une assiette assez ample qui donne à cette sûreté une véritable flexibilité.

Elle peut également porter sur des droits, comme par exemple les droits de créances (droit de propriété ou usufruit). Le texte rajoute, que celle-ci peut porter sur des sûretés, se sont en effet les sûretés classiques lorsqu'elles sont prises sur des biens dont le débiteur est propriétaire.

Pour accroitre l'attractivité de cette sûreté, le législateur Français a instauré une fiducie rechargeable tant en matière mobilière qu'immobilière depuis l'ordonnance de 2009, dans le but d'alléger le coût de constitution d'une seconde ou plusieurs autres fiducies, et le formalisme qui en découle. Elle consiste à l'affectation d'une fiducie à la garantie de créance autre que celle qui figure à l'acte constitutif.

[673]-il dispose que : « Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie ».

[674]-article 2015 du code civil.

2- Les conditions de forme

482. La fiducie-sûreté se démarque par son formalisme excessif, qui constitue indubitablement l'un des inconvénients majeurs[675] de cette sûreté, dont le caractère solennel a été plus renforcé par l'ordonnance de 2009 dans le but d'apporter une protection efficace au constituant.

En effet, la loi exige, à peine de nullité, un écrit pour le contrat de fiducie-sûreté, il importe peu que l'acte soit sous seing privé ou authentique[676]. Relativement aux mentions obligatoires qui doivent figurer dans le contrat, outre les mentions qui sont propres et exigées lors de l'établissement d'un contrat de fiducie en général, la loi exige d'autres mentions spécifiques au contrat de fiducie utilisée à des fins de garantie.

Tout d'abord, le contrat doit déterminer à peine de nullité, les biens, droits ou sûretés transférés, si les actifs transférés sont futurs, la loi exige qu'ils soient déterminables.

Deuxièmement, la durée de transfert : initialement, elle n'excédait pas trente-trois ans, désormais, elle ne doit pas dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans depuis la loi de modernisation de l'économie, ce qui déroge aux principes de la perpétuité de propriété.

Troisièmement, l'identité des parties : il convient de rappeler qu'un pourrait avoir la qualité du constituant s'il affecte un bien ou un ensemble de bien à un patrimoine fiduciaire pour garantir la dette du débiteur principal.

483. Quant au fiduciaire, il peut être un ou plusieurs, il peut lui-même être désigné bénéficiaire de la fiducie-sûreté.

Enfin, le contrat de fiducie-sûreté doit prévoir la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Toutes ces mentions sont obligatoires, et le défaut d'indiquer une de ces mentions entraine la nullité du contrat de fiducie-sûreté.

A l'égard d'autres mentions propres à la fiducie-sûreté, l'ordonnance de 2009 a exigé de préciser dans le contrat de fiducie-sûreté la dette garantie, une véritable mesure protectrice en faveur du débiteur et ses autres créanciers, contre d'éventuelles modifications postérieures à la conclusion du contrat. Toutefois, cette mention n'empêche pas le contrat de comprendre plusieurs dettes garanties.

---

[675]- D. LEGEAIS, *sûretés et garanties du crédit*, éd. 8, LGDJ., janvier 2011, p.566

[676]-cependant, la loi exige, à peine de nullité, un acte authentique lorsqu'il s'agit des biens ou des droits transférés dans un patrimoine fiduciaire et dépendent d'une communauté existant entre les époux ou d'une indivision. (Article 2012 du code civil).

En outre, le contrat doit indiquer, également à peine de nullité, la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire, cette estimation peut être convenue entre les parties amiablement ou par le biais d'une expertise. En effet, le rapport relatif à l'ordonnance du 30 janvier 2009[677] souligne que : « La fiducie peut avoir de graves conséquences sur le patrimoine du constituant lorsque celle-ci est constituée à titre de garantie ». Cette mention a été exigée à dessein de « garantir une parfaite connaissance par le constituant personne physique de la portée de son engagement » rajoute le rapport. Par ailleurs, il s'agit d'une mention qui peut faciliter la réalisation de la fiducie-sûreté par l'intervention du pacte commissoire.

484. Au surplus, le contrat de fiducie-sûreté ainsi que ses avenants, doivent, à peine de nullité, être enregistrés, dans un délai d'un mois à compter de la conclusion du contrat au service des impôts du siège du fiduciaire.

Toutefois, aucune publicité n'est prévue pour ce contrat, mais les parties sont tenues de respecter les mesures de publicité de droit commun relatives aux biens transférés. Cette exigence d'enregistrement existe également lorsqu'il y a désignation d'un autre bénéficiaire ou d'un changement de bénéficiaire.

Enfin, il faut préciser que la fiducie rechargeable doit faire l'objet d'une clause expresse figurant dans l'acte constitutif.

B- Les effets de la fiducie-sûreté

485. Nous nous focaliserons sur les effets de la fiducie-sûreté sur les parties, et sur le patrimoine fiduciaire (1), pour s'arrêter sur les modes de réalisation de cette sûreté de nature à contribuer à la baisse du contentieux de l'impayé(2).

1- Les effets de la fiducie-sûreté à l'égard des parties et du patrimoine fiduciaire

a- Les effets à l'égard des parties

486. La conclusion d'un contrat de fiducie-sûreté implique le transfert de la propriété du bien du constituant à un patrimoine fiduciaire, cela entraine des effets à l'égard des parties au contrat.

[677]-Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

En effet, le constituant a l'obligation de transférer au fiduciaire désigné la titularité de ses droits sur le, ou les biens transférés au patrimoine fiduciaire, si bien sûr les parties se sont mises d'accord sur la dépossession effective de la fiducie-sûreté.

Toutefois, le fiduciaire n'a pas autant de pouvoir que le véritable propriétaire (constituant), car son droit sur la propriété est limité par l'affectation à un but bien déterminé, on parle alors d'une propriété « altérée » ou « dégradée ».

Par ailleurs, La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition relèvent des stipulations contractuelles, cette liberté contractuelle qui constitue le moteur d'attractivité de ce mécanisme[678], toutefois, le fiduciaire peut voir sa responsabilité engagée par le constituant ou le bénéficiaire dès lors que ses actes vont à l'encontre des dispositions contractuelles, ou dépassent les pouvoirs qui lui ont été confiés au terme du contrat de fiducie-sûreté, c'est une responsabilité contractuelle[679].

Cependant, le fiduciaire est réputé d'avoir les pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire vis-à-vis des tiers, et aucune restriction contractuelle relative aux pouvoirs de celui-ci n'entraine une opposabilité aux tiers, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de leurs pouvoirs[680].

Il peut également voir ses pouvoirs se restreindre à la conclusion d'une convention de mise en disposition des actifs transférés, qui consiste à conférer au constituant le droit d'usage et de jouissance sur les biens mis en fiducie. En l'occurrence, le fiduciaire se trouvera privé de ses droits d'administrations. Mais les parties peuvent aussi convenir de conférer les fruits du bien au fiduciaire.

Il faut souligner, que le fiduciaire a une obligation d'information à l'égard du ou des bénéficiaires, à leur demande, ou conformément à la périodicité fixée par le contrat, celui-ci doit rendre compte de sa mission.

487. Enfin, la responsabilité du fiduciaire ne se limite pas uniquement à la violation de ces engagements contractuels prévus au contrat de fiducie-sûreté, mais il est tenu de réparer les dommages occasionnés aux biens mis à sa disposition. Il demeure également responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission[681]. En l'espèce, les parties au contrat peuvent demander le remplacement du fiduciaire, si aucune disposition contractuelle n'en

[678]-« La fiducie-sûreté : Le bilan d'une aventure législative de 3 ans », *Banque et droit*, n°128, novembre-décembre 2009. p.22.

[679]-PH. DELEBECQUE, « La responsabilité du fiduciaire », *Dr. et patr.*, Novembre 2009. P42.

[680]-article 2023 du code civil.

[681]-article 2026 du code civil.

fixe les modalités. Le remplacement du fiduciaire peut être sollicité dès lors que celui-ci fasse l'objet d'une procédure collective.

b- Les effets à l'égard du patrimoine fiduciaire

488. Le législateur a mis en place un mécanisme qui repose sur le transfert de propriété à titre de garantie, et a instauré tout un dispositif qui vise à protéger le patrimoine transféré.

En effet, la constitution d'un patrimoine d'affectation dans le cadre d'une fiducie-sûreté implique la distinction entre le patrimoine fiduciaire et celui du constituant, ainsi que celui du fiduciaire, celui-ci doit d'ailleurs s'efforcer de préserver la séparation entre son propre patrimoine et le patrimoine fiduciaire. De la sorte, ses créanciers personnels ne peuvent aucunement procéder à une quelconque mesure exécutoire à son encontre visant le patrimoine fiduciaire, notamment dans le cadre des procédures collectives[682].

De même, le patrimoine fiduciaire, restera à l'ombre de toute revendication des créanciers du constituant, même en cas de faute de gestion du fiduciaire, qui remettra en cause son patrimoine personnel. Certes, c'est une rare exception du principe d'unicité du patrimoine, mais la loi a voulu que ce mécanisme réponde aux attentes des créanciers qui recourent à cette sûreté, en l'espèce, seuls les créanciers titulaires d'une créance née de la gestion ou de la conservation du patrimoine fiduciaire dispose d'un droit de gage sur ce patrimoine, ces droits sur le patrimoine sont conservés même en cas de remplacement du fiduciaire lorsqu'il manque à ses obligations contractuelles ou légales.

489. Néanmoins, ce principe de protection de patrimoine fiduciaire connait une exception, lorsqu'il s'agit des créanciers titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie, ces créanciers peuvent saisir les actifs du patrimoine fiduciaire[683]. À priori, c'est une mesure très appropriée pour protéger les créancier des constituants de fiducie-sûreté qui prétendent constituer une insolvabilité temporaire, voire frauduleuse.

Ont également le pouvoir de saisir les éléments du patrimoine fiduciaire, les créanciers du constituant ayant été victimes d'une fraude, une autre mesure qui vise à éviter que la finalité de cette sûreté ne soit une simple échappatoire des constituants à ses créanciers, par voie de conséquence, il pourront exercer leur recours même contre le patrimoine fiduciaire s'ils arrivent à démonter la fraude du constituant.

Tels sont les effets que produit le contrat de fiducie-sûreté, à l'égard des parties au contrat et au patrimoine fiduciaire, par ailleurs, l'article 2029 du code civil prévoit les causes

[682]-article 2024 du code civil.

[683]-article 2025 du code civil.

d'extinction du contrat de fiducie, qui peuvent résulter du décès du constituant, toutefois, le décès dans le cadre de la fiducie-sûreté n'entraine pas l'extinction du contrat[684].

Le contrat peut s'éteindre également par la survenance du terme conventionnel ou légal, ou par la réalisation du but poursuivi, il s'agit de la circonstance du paiement de la créance par le constituant ou le débiteur principal si ce n'est pas lui le constituant, ou la réalisation de la fiducie-sûreté.

2- Les effets de la défaillance du débiteur dans le cadre de la fiducie-sûreté

490. C'est la question qui occupe le plus d'intérêt dans notre approche, dans un contexte qui situe le contentieux de l'impayé dans l'axe de cette recherche.

En effet, le régime initial de la fiducie gardait le silence quant à la mise en œuvre de la fiducie utilisée à titre de garantie, alors, le recours au droit commun de la réalisation des sûretés était une solution proposée pour la réalisation d'un contrat de fiducie-sûreté.

Particulièrement, l'entrée en vigueur du pacte commissoire par l'ordonnance du 23 mars, par lequel le législateur entendait évincer le juge et diminuer son rôle dans l'exécution des sûretés, semblait satisfaire parfaitement les attentes des créanciers qui avaient eu recours à cette sûreté pour ne subir le concours d'aucun autre créancier de leur débiteur, et compte tenu également de la rapidité de réalisation qui peut résulter d'une réalisation de fiducie-sûreté en faisant jouer le pacte commissoire.

C'est dans cet esprit que s'inscrit l'intervention législative du 30 janvier 2009, qui a mis en place des modes de réalisation propre à la fiducie-sûreté, visant à combler les lacunes relevées lors de la réglementation initiale, et compléter un mécanisme qui avait jusqu'à lors fait ses preuves[685].

La loi précise que le défaut de paiement de la dette garantie du contrat de fiducie-sûreté, le fiduciaire acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie du moment qu'il est lui-même le bénéficiaire[686], cette acquisition de la libre disposition des actifs fiduciaire est de plein droit si aucune stipulation contractuelle n'a prévu un autre mode de réalisation.

---

[684]-article 2372-1 du code civil

[685]- A. GOURIO, « La réalisation de la fiducie-sûreté », p. 92-93,. In dossier : L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique, *RTD.fin*., n°4, décembre 2010, p.92.

[686]-article 2372-3 du code civil.

Si le créancier est une autre personne que le fiduciaire, appelée bénéficiaire, celle-ci peut exiger du fiduciaire la remise du bien, dont il peut alors librement disposer.

491. Le contrat de fiducie-sûreté peut prévoir également la vente du bien ou les droits cédés à titre de garantie, en l'occurrence, la valeur du bien est fixée par une expertise amiable ou judiciaire[687]. En tout état de cause, le bénéficiaire de la libre disposition du bien, ou du prix de la vente doit verser au constituant une somme égale à la différence entre le montant de la dette et la valeur du bien si celle-ci excède le montant de la dette garantie.

492. Donc la seule défaillance du débiteur dans le contrat de fiducie-sûreté ou généralement la survenance de l'évènement prévu au contrat entraine l'acquisition de libre disposition du bien par le véritable créancier, et ce, quel que soit le bénéficiaire ou le constituant.

Cette nouvelle liberté de disposition, ne porte pas sur la propriété elle-même, mais sur les droits qui s'y attachent, la nouvelle propriété n'a plus un caractère temporaire, il a un caractère perpétuel et irrévocable.

Quel que soit le mode réalisation de la fiducie-sûreté, il présente des avantages certains pour les créanciers, et particulièrement pour le contentieux de l'impayé, compte tenu du non recours des créanciers au juge pour la réalisation de cette sûreté, elle échappe par ailleurs à toute contrainte imposée par le droit des voies d'exécution.

Paragraphe 2 : L'efficacité de la fiducie-sûreté devant les procédures collectives et son utilité par rapport au contentieux de l'impayé

493. Si les conditions de constitution et de mise en œuvre de la fiducie-sûreté constituent un élément d'attractivité pour les créanciers[688], ceux-ci doivent se demander si cette sûreté pourrait leur assurer la même quiétude lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant.

Réputées pour leur implacabilité, les procédures collectives déterminent l'efficacité d'une sûreté et en révèlent les lacunes. La fiducie-sûreté est en effet venue répondre à cette problématique, afin de donner le maximum d'assurance aux créanciers lors de l'ouverture d'une procédure collective, contrairement aux sûretés traditionnelles dont l'efficacité devant ces procédures était souvent critiquée. Il convient donc de déterminer l'efficacité de la fiducie-sûreté devant les procédures collectives à travers les différentes situations auxquelles le créancier pourrait être confronté (A).

[687]-la loi fait exception des cotations officielles sur un marché organisé au terme du code monétaire et financier ou encore si le bien est une somme d'argent.

[688]- L.LAUVERGNAT, « De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 aout 2008. Réflexions sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité et la généralisation du recours à la fiducie », *Dr. et procédures*, Mars 2009, p.68.

A fortiori, ce raisonnement nous conduira à juger l'utilité de cette sûreté vis-à-vis du contentieux de l'impayé, dans le but de connaitre sa véritable incidence sur la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales (B).

A- L 'efficacité de la fiducie-sûreté devant les procédures collectives

494. L'introduction de la fiducie en droit Français était marquée par une absence de texte visant à encadrer la mise en œuvre de ce mécanisme, on ignorait alors le sort des opérations relatives à la fiducie dans le cadre des procédures collectives, particulièrement la fiducie utilisée à des fins de garantie.
Il était difficile pour le législateur de penser au sauvetage des entreprises du moment que ses actifs peuvaient être récupérés par des créanciers devenus propriétaire en vertu d'une fiducie-sûreté, celui-ci a essayé d'y répondre à travers l'ordonnance du 18 décembre 2008, d'une manière à ce que ce procédé soit efficace, tout en préservant les intérêts de l'entreprise en difficulté. En fait, c'est une efficacité variable[689] que revêt la fiducie-sûreté dans le cadre des procédures collectives, dépendamment de la procédure ouverte à l'égard du constituant.

L'efficacité de la fiducie-sûreté[690] devant les procédures collectives se distingue selon que celle-ci est assortie d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires au profit du constituant (1), ou non assortie d'une telle convention (2).

1- La fiducie-sûreté assortie d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires

495. Si le contrat de fiducie sûreté n'est pas soumis aux dispositions de l'article L622-13 relatives aux contrats en cours, la convention de mise à disposition des éléments fiduciaires au profit du constituant est soumise au régime des contrats en cours, et ne peut être résolu ou résilié du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective.

On peut penser à l'utilité de cette convention de mise à disposition à l'égard de l'entreprise, si l'entreprise constituante de cette sûreté conserve l'usage ou la jouissance des biens mis en fiducie, c'est parce qu'ils sont utiles au fonctionnement de l'entreprise, comme par exemple un fonds de commerce mis en fiducie dont elle ne peut s'en déposséder.

[689]-« La fiducie-sûreté : Le bilan d'une aventure législative de 3 ans ». *Banque et droit*, n°128, novembre-décembre 2009. p.30.

[690]-M. COMBE, « L'efficacité de la fiducie sûreté ». *LPA*, 11 février 2011, n°30, p.8 et s.

496. Donc le législateur a choisi de paralyser la réalisation de la fiducie-sûreté[691] assortie d'une convention de mise à disposition au profit du constituant lors de l'ouverture d'une procédure collective. En effet, cette interdiction de réalisation ne concerne que les droits et biens présents dans le patrimoine fiduciaire qui font l'objet d'une convention en exécution pour laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance.

Le but étant d'empêcher que l'actif de l'entreprise ne disparaisse du jour au lendemain par la réalisation d'une fiducie-sûreté assortie d'une clause de mise à disposition, l'ordonnance du 18 décembre 2008 l'a précisé explicitement à travers son article 32[692] :

« Lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert ».

Par ailleurs, le créancier titulaire de cette sûreté se trouve privé de son droit de réalisation pendant la période d'observation, ou de l'arrêté d'un plan de sauvegarde ou de redressement[693], ou encore le défaut de paiement de la créance née de la fiducie-sûreté antérieure au jugement d'ouverture.

497. Néanmoins, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté pourrait retrouver son droit, si la convention de mise à disposition a été initialement conclue, mais elle a été résiliée postérieurement au jugement d'ouverture, ou encore lorsque les dispositions du plan de sauvegarde ou de redressement n'ont pas été respectées par le débiteur, entrainant la résolution du plan, et ouverture d'une procédure de liquidation.

Il convient de souligner que l'ordonnance du 18 décembre 2008, a prévu la possibilité du débiteur de payer avec autorisation du juge commissaire une créance antérieure au jugement d'ouverture pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité[694], mais cette hypothèse demeure peu probable puisque l'entreprise débitrice conserve l'usage ou la jouissance des biens mis en fiducie, et ne risque pas une éventuelle réalisation de ces biens.

---

[691]-M-C. LASSERE, « La paralysie de la fiducie-sûreté ». *LPA*, 11 février 2011, n°30. p.3 à 7.

[692]-c'est l'article L622-23-1 du code de commerce

[693]-M. RUIZ, « Situation du bénéficiaire de la fiducie en cas de procédures collective du constituant : périmètre du plan de cession ». *JCP G,* janvier 2011, n°4, p.156 ; K. Luciano, « Fiducie-sûreté et plan de cession »,*Rev. proc. Coll.*, mars 2011, n°2, p.21 et s.

[694]-article L622-7 du code de commerce.

Dans la circonstance, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sera tenu de déclarer sa créance eu égard au caractère accessoire de fiducie-sûreté à la dette garantie, à défaut de quoi la créance sera sanctionnée par l'inopposabilité à la procédure. En revanche, une autre approche doctrinale soutient la non-déclaration de la créance, s'inspirant ainsi des solutions dégagées par la jurisprudence en matière de la retenue de propriété à titre de garantie, selon lesquelles un propriétaire réservataire de propriété peut revendiquer ses biens en l'absence d'une déclaration de créance. En l'espèce, le créancier bénéficiaire en cas de fiducie-sûreté ne déclarera pas la créance du moment que la valeur liquidative des éléments fiduciaires est suffisante pour satisfaire le paiement de sa créance devenue exigible.

En absence d'une décision prise par la haute cour qui départage cette discordance doctrinale, il est d'extrême prudence que le créancier bénéficiaire dans le cadre d'une fiducie-sûreté déclare sa créance.

2- La fiducie-sûreté non assortie d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires

498. Le contrat de fiducie-sûreté est exclu du régime des contrats en cours, et la disposition du code de commerce qui interdit la réalisation des actifs fiduciaires en présence d'une convention de mise à disposition ne s'applique pas en l'absence de cette convention, ce qui peut prouver l'efficacité de cette sûreté dans le cadre des procédures collectives, car, même la règle des suspensions de poursuites et voies d'exécution pendant la période d'observation ne pourra protéger l'entreprise débitrice contre la réalisation du patrimoine fiduciaire, étant donné que seuls les biens appartenant au débiteur seront protégés, c'est le but d'ailleurs de la constitution d'un patrimoine fiduciaire, et généralement de cette sûreté.

Par conséquent, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté non assortie d'une convention de mise à disposition peut réaliser le patrimoine fiduciaire à l'ouverture d'une procédure collective, ou à n'importe quel stade de la procédure, sous réserve que la créance garantie par la fiducie-sûreté soit exigible. La réalisation peut intervenir également au prononcé d'une liquidation judiciaire, et ce même en présence d'une telle convention. Donc rien ne pourra faire obstacle devant le désintéressement du créancier bénéficiaire.

499. Toutefois, on peut rappeler que le débiteur a la possibilité de payer avec autorisation du juge commissaire le créancier bénéficiaire dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans le patrimoine fiduciaire, du moment que ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité.

Dans l'hypothèse où la dette n'est pas encore exigible à la date d'ouverture d'une procédure collective, ou à l'arrêté du plan, le créancier bénéficiaire doit attendre que la dette garantie soit exigible ou que l'évènement prévue par le contrat de fiducie-sûreté intervienne pour

qu'il demande au fiduciaire la réalisation du bien jusqu'à auteur du restant dû. A moins que le juge-commissaire autorise un retrait du bien mis en fiducie contre paiement.

Cette sûreté a d'ores et déjà fait ses preuves devant les procédures collectives, si même une convention de mise à disposition peut entraver sa mise en œuvre lors de l'ouverture d'une procédure collective, nonobstant, cette sûreté peut être remise en cause si elle est prise en période suspecte. En effet, le législateur prévoyait antérieurement à l'ordonnance du 18 décembre 2008, la nullité de la fiducie dès lors qu'elle intervenait en période suspecte, et ce quel que soit la dette garantie, avec l'ordonnance, le législateur a assoupli cette restriction, et a prévu une nullité de plein droit seulement si la fiducie-sûreté est prise en période suspecte en garantie d'une dette née antérieurement[695], le texte fait exception, lorsque transfert est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée.

Le créancier peut être confronté également dans le cadre des procédures collectives à une disproportion entre le montant de la créance et les garanties prises en application de l'article L650-1 du code de commerce, en l'occurrence, la valeur des éléments fiduciaires doit être manifestement supérieure au montant de la dette garantie. Depuis l'ordonnance de 2008, le juge a le pouvoir de décider, de réduire les garanties jugées disproportionnées ou de les annuler. Mais le risque de disproportion reste faible avec la mise en place de la fiducie rechargeable.

B- L'utilité de la fiducie-sûreté par rapport à la diminution du contentieux de l'impayé

500. L'intervention du législateur Français en matière des sûretés constitue une démarche pragmatique qui a certainement conduit à effacer la méfiance des créanciers dans les sûretés traditionnelles qui ne répondaient guère à leur attente, et rendre ces sûretés plus attractives.

La fiducie-sûreté semble occuper une place prépondérante dans cette réforme, au point qu'elle est devenue un mécanisme indispensable pour les dispensateurs de crédit.

Pourtant, on pense d'emblée que cette sûreté a particulièrement eu une incidence même indirecte sur la diminution du contentieux de l'impayé en France, et ce malgré la récence de la loi relative à cette sûreté.

501. Tout laisse entendre qu'un changement de paradigme s'est opéré en la matière, si le législateur visait uniquement le renforcement des sûretés par la mise en place de la fiducie-sûreté, en vue d'offrir plus d'assurance aux créanciers qui ont tant souffert avec des sûretés assez fragilisées par les nouvelles pratiques de crédit et par leurs propres lacunes, sans

[695]-article L632-1, 9°et 10 du code de commerce.

négliger leur vulnérabilité devant les procédures collectives, rien ne peut contester son impact sur le contentieux de l'impayé.

En effet, le législateur a instauré pour cette sûreté un mode de réalisation qui lui est propre, en voulant non pas diminuer le rôle du juge dans la mise en œuvre de cette sûreté, mais l'éloigner catégoriquement d'une réalisation y afférente, en laissant les parties choisir de leur gré le mode de réalisation qui leur paraitra approprié, mais le principe énoncé par le texte veut que le fiduciaire acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie du moment qu'une défaillance du constituant a été constatée, ou éventuellement une vente du bien ou de droit transféré, là encore le législateur a voulu assurer le maximum de transparence et mettre en place des mesures protectrices à l'égard des parties au contrat, en exigeant l'insertion dans le contrat de fiducie-sûreté d'une clause indiquant la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire, ainsi que le montant de la dette garantie.

505. est difficile de penser que le législateur ait réfléchi à travers la loi de fiducie-sûreté à contribuer à la diminution du contentieux de l'impayé en mettant en place un mode de réalisation qui ne requiert pas un recours à la justice étatique. Nonobstant, délibérément ou inconsciemment, ce dernier a sûrement concouru à la diminution des affaires liées à l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales en écartant le juge étatique de la réalisation de cette sûreté.

Certes, la récence de la loi ne nous permet pas de trancher sur son incidence effective, mais la fiducie-sûreté aurait contribué à la baisse du contentieux de l'impayé même légèrement depuis son entrée en vigueur.

Si on se réfère une autre fois aux chiffres relatifs au contentieux de l'impayé, on peut remarquer une baisse significative du contentieux de l'impayé traitée par les tribunaux de grande instance, d'instance, et les tribunaux de commerce entre l'année 2005 et 2006, l'année de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative à la réforme de droit de sûreté, une baisse dépassant 5,5% comparativement à 2005, une moyenne importante eu égard au nombre excessif de l'ensemble des affaires relatives à l'impayé[696], et si on tient compte de la baisse constatée entre 2004 et 2005, qui s'élevait à une moyenne qui dépassait 3% de baisse. Ces baisses ont été marquées par les affaires liées au contentieux de l'impayé traitées particulièrement par les tribunaux de commerce qui ont dû connaitre une baisse sensible[697].

[696]-à ce propos, en 2005 ces juridictions ont réglé 1 057 453 affaires, contre 998 598 affaires en 2006. Annuaires statistiques de la justice, éd. 2009/2010.

[697]-les tribunaux de commerce ont enregistré une légère baisse de 2,54% entre l'année 2004 et 2005, alors que l'année de l'entrée en vigueur de l'ordonnance relative aux sûretés a été marquée par une baisse plus significative, atteignant 8,76% comparativement à l'année 2005. Annuaires statistiques de la justice, éd. 2009/2010.

506. Cela explique indubitablement l'incidence effective de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés sur la baisse du contentieux de l'impayé devant l'ensemble des juridictions compétentes, particulièrement devant les tribunaux de commerce, mais, quid de la réforme instituant la fiducie ?

En effet, la loi instituant la fiducie est entrée en vigueur en 2007, année où le contentieux de l'impayé a continué dans sa ligne baissière, bien que le législateur n'ait pas mis en place un régime propre à la fiducie-sûreté, ainsi que les outils de sa mise en œuvre, il semble que les créanciers n'ont pas hésité à recourir au service de la fiducie en tant que sûreté, et les chiffres relatifs à l'impayé peuvent en témoigner encore une fois.

C'est ainsi que le contentieux enregistré par l'ensemble de ces tribunaux a connu une baisse de 7,39% entre 2005 et 2007, rappelons que les deux années qui ont suivi 2005 ont été marquées par les réformes des sûretés et de l'institution de la fiducie.

Cette baisse significative qui a marqué ces deux années, a touché particulièrement les affaires traitées par les tribunaux de commerce qui ont dû connaitre une baisse très sensible selon la même source, entre 2005 et 2007 les tribunaux de commerce ont enregistré une baisse de 17,39%[698].

Cette baisse a été légèrement plus notable devant les tribunaux de commerce en 2007, année de l'institution et l'entrée en vigueur de la fiducie, qu'en 2006 année de l'entrée en vigueur des nouvelles sûretés, en 2006 la baisse relevée était de 8,76% sur l'année 2005, alors qu'en 2007, la baisse enregistrée s'élevait à 9,45% sur l'année 2006.

Ces baisses peuvent sans aucun doute être liées à l'entrée en vigueur desdites lois, si on tient compte des baisses des années antérieures ou précédentes qui n'atteignaient pas 3% chaque année[699].

507. Faute de mesures publicitaires concernant cette sûreté, il nous est difficile de mesurer le nombre de fiducie-sûreté qui ont été prises depuis l'entrée en vigueur de la loi, pour pouvoir faire le lien corrélatif entre les éléments chiffrés du contentieux de l'impayé, et le nombre de fiducies-sûretés prise. Toutefois, la baisse remarquée l'année même de l'entrée en vigueur de la loi est supérieures aux baisses enregistrées auparavant et même après 2007.

---

[698]-les tribunaux de commerce ont traité 103 642 affaires liées à l'impayé, alors qu'en 2007 ce chiffre a atteint uniquement 85 613 affaires, soit une baisse dépassant 17%. Annuaires statistiques de la justice, éd. 2009/2010.

[699]-par exemple entre l'année 2004 et 2005, la baisse enregistrée devant les tribunaux de commerce était seulement de 2,45%, de même pour la baisse des années postérieures à la loi instituant la fiducie, après 2007, les tribunaux de commerce ont relevé une baisse de 2,67%. Annuaires statistiques de la justice, éd. 2009/2010.

Force est de constater que la corrélation peut être faite entre la baisse du contentieux de l'impayé en France et l'entrée en vigueur de la loi relative à la fiducie, et l'utilité de cette sûreté sur le contentieux de l'impayé ne peut être contestée, et son incidence sur la baisse du contentieux de l'impayé est effective.

508. Cependant, cette conclusion peut être présentée comme un postulat, parce qu'on doit le réitérer, une règle juridique ou un constat en la matière ne peut pas être fondé uniquement sur des chiffres, d'autant plus que ceux-ci manquent certainement de nombre de fiducies-suretés ayant été constituées à cette même période de baisse analysée, ce qui aurait sans doute corroboré les conclusions dégagées lors de notre développement.

L'attractivité de cette sûreté est impressionnante[700], elle ne cesse de gagner du terrain au détriment d'autres sûretés, son avenir s'annonce très prometteur[701], et il semble qu'elle sera la sûreté de référence dans le futur, compte tenu des avantages qu'elle présente aux créanciers qui y recourent, et notamment dans sa réalisation qui ne demande pas de recours à la voie judiciaire, sa réalisation se particularise par sa rapidité, même dans le cadre des procédures collectives, le créancier demeure protégé, à moins que celui-ci ait signé une convention de mise à disposition au profit du constituant.

Le législateur Français ne peut que se féliciter d'avoir choisi un mode de réalisation très efficace pour cette sûreté, en optant pour écarter carrément le juge étatique, celle-ci aura certainement plus d'influence sur le contentieux de l'impayé dans le futur eu égard à sa récence, et à ses mécanismes qui ne sont pas encore connus par tous les créanciers ou les dispensateurs de crédit.

[700]-Y. PICOD, *Droit des sûretés*, éd.2, collection Thémis, édition PUF, septembre 2011, p.480.

[701]-P. DUPICHOT. « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC.,* 2006-29 Supplément. (Base de données : LAMY).

Chapitre 2 : Les sûretés faisant jouer le pacte commissoire ou l'attribution judiciaire

509. Le législateur Français ne s'est pas contenté à travers l'ordonnance de 2006 de reconnaitre la propriété retenue à titre de garantie comme sûreté, ou la généralisation du champ d'application du droit de rétention, ou la consécration des solutions jurisprudentielles dégagées antérieurement, mais il a voulu donner une dimension différente aux sûretés dont la réglementation remontait au code de 1804, qui ne répondait plus ni aux besoins des créanciers, ni à l'évolution des patrimoines et aux nouvelles exigences du crédit, suscitant ainsi une remise en cause de leur efficacité.

Celui-ci a souhaité offrir aux créanciers le plus large éventail de sûretés, tout en leur préservant les mêmes caractères essentiels, tel que le caractère accessoire de la sûreté réelle, qui implique que la sûreté suit la créance garantie, elle se transmet, et s'éteint avec elle, ou la portée des sûretés qui repose sur la technique de l'affectation d'un bien au profit du créancier à des fins de garantie.

510. Par ailleurs, l'un des principaux facteurs du perfectionnement des sûretés de l'ordonnance de 2006, était la classification formelle et cohérente entre les sûretés générales et sûretés spéciales, sûretés personnelles et sûreté réelles, sûretés réelles immobilières et sûretés réelles mobilières. Une autre classification était consacrée par l'ordonnance, reposant sur la nature du bien assiette de la sûreté, cette classification distingue les sûretés portant sur les biens corporels, et les sûretés portant sur les biens incorporels.

En effet, cette réforme a modifié substantiellement les principales caractéristiques propres à chaque sûreté, ces sûretés traditionnelles se distinguaient essentiellement par le régime de la garantie, autrement dit, la dépossession ou la non dépossession du bien lors de la constitution de la sûreté.

A vrai dire, le gage est l'une des sûretés les plus anciennes en droit Français, avant l'ordonnance de 2006, il pouvait porter aussi bien sur un bien corporel, comme sur un bien incorporel, toutefois, la dépossession était une condition de validité de cette sûreté, qui confère par conséquent au créancier gagiste un droit de rétention sur la chose engagée jusqu'à parfait acquittement de la dette. Ce régime demeure à l'heure actuelle en droit Marocain[702].

511. Après la réforme, le gage peut être avec ou sans dépossession, sous réserve qu'il porte obligatoirement sur un bien meuble corporel[703], ce gage de droit commun s'ajoute à d'autres gages spéciaux régis par le code de commerce.

[702]-l'article 1184 du DOC prévoit : « Le gage confère au créancier le droit de retenir la chose engagée jusqu'à parfait acquittement de la dette, de la vendre si l'obligation n'est pas acquittée, et d'être payé sur le prix, en cas de vente, par privilège et préférence à tout autre créancier ».

[703]-article 2333 du code civil.

Une autre modification apportée par l'ordonnance porte sur le nantissement, qui désignait dans le code Napoléonien le contrat par lequel un débiteur remettait à son créancier une chose qui constituait une sûreté pour la dette[704]. Cette sûreté recouvrait en effet deux sûretés réelles, le gage lorsque la chose est mobilière, et l'antichrèse lorsque la chose remise au créancier est immobilière. Le terme nantissement désignait alors un gage sans dépossession. Par ailleurs, la réforme a rompu avec cette tradition, pour réserver cette sûreté aux biens incorporels, n'impliquant plus la dépossession du bien, cette distinction a été soulignée par l'article 55 de l'ordonnance[705].

En outre, un changement purement terminologique s'est opéré par la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009, qui a substitué le terme antichrèse par « le gage immobilier » dans le code civil.

512. En ce qui concerne l'hypothèque, le législateur Français a évité l'amalgame qui régnait autour de cette sûreté, en lui attribuant uniquement pour assiette les biens immeubles, contrairement à ce qui était qualifié par la pratique, consolidée par un courant doctrinal, qui considérait avant la réforme des gages mobiliers sans dépossession comme une hypothèque[706].

L'intérêt de l'analyse de sûretés après l'ordonnance de 2006 est animé par le changement en profondeur qui a sans aucun doute des conséquences sur le contentieux de l'impayé, ces changements n'ont pas atteint uniquement la terminologie des sûretés ou leur mode de constitution, mais le législateur avait compris que le durcissement des sûretés passait par la mise en place d'un mode de réalisation plus rapide, moins couteux, et qui répondait aux attentes des créanciers.

En effet, le pacte commissoire instauré pour la première fois en France par l'ordonnance de 2006, semble constituer l'un des facteurs ayant incité les créanciers à recourir davantage aux sûretés traditionnelles rénovées par la réforme, après que celles-ci étaient moins utilisées avant son avènement.

513. En outre, le législateur a mis en place un autre mode de réalisation qui semble aussi rendre les sûretés plus attractives, et plus efficace, il s'agit de l'attribution judiciaire, qui loin d'être un recours à la justice pour demander la vente forcée du bien objet de garantie, comme laisse entendre son appellation, mais une mesure propre qui autorise le créancier à conserver le bien en paiement, sans pour autant constituer une demande judiciaire pour le paiement de la créance garantie.

---

[704]-ancien article 2071 du code civil.

[705]-« dans toutes les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la référence au gage et au créancier gagiste s'entend de la référence au nantissement et au créancier nanti lorsque la sûreté a pour objet un bien meuble incorporel. Réciproquement, la référence au nantissement et au créancier nanti s'entend de la référence au gage et au créancier gagiste lorsque la sûreté a pour objet un bien meuble corporel ».

[706]-D. LEGEAIS, *sûretés et garanties du crédit*, éd. 8, LGDJ., janvier 2011, p.378.

Par ailleurs, on s'intéressera uniquement dans notre développement aux sûretés réformées offrant aux créanciers la possibilité de recouvrer leur créance sans avoir besoin de recourir à la justice, ou que le recours soit uniquement une formalité, afin de voir s'il existe une baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales résultante de ces sûretés.

514. Même si la récence de la réforme des sûretés ne nous permet pas de faire un constat définitif sur l'impact des sûretés traditionnelles réformées sur le contentieux de l'impayé en France, on est enclin à penser que les modes de réalisation offerts désormais aux créanciers ont changé l'attitude des créanciers, qui ont autrefois confiance en ces sûretés, et ont eu très possiblement une incidence directe sur le contentieux de l'impayé dans son ensemble.

L'étude se centrera sur le régime juridique du gage ainsi que ses principaux dérivés, en analysant les nouveaux apports de la réforme de 2006, afin de s'arrêter sur leur éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé **(section 1).**

Ensuite, on sera appelé à suivre la même démarche, toujours dans l'esprit d'analyser les sûretés ayant participé à la baisse du contentieux de l'impayé en France, on mettra la lumière sur une sûreté très ancienne, qui semble attrayante avec les nouveaux apports de la réforme des sûretés : il s'agit l'hypothèque. **(Section 2).**

Section 1 : Le gage à la lumière de l'ordonnance du 23 mars 2006 et son éventuelle influence sur la baisse du contentieux de l'impayé

515. Si le gage était soumis avant l'ordonnance au régime juridique du nantissement, désormais il est soumis à un régime juridique qui lui est propre, l'article 2333 issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, le définit comme :« la convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ».

Il convient, d'analyser les conditions de constitution du gage du droit commun ainsi que les gages spéciaux qui constituent une innovation dans le nouveau régime (p.1), pour s'arrêter sur l'éventuelle influence de cette sûreté à la baisse du contentieux de l'impayé (p.2).

Paragraphe 1 : les conditions de constitution du gage du droit commun et des gages spéciaux

516. On s'intéressera en premier lieu au gage du droit commun (A), pour explorer ensuite les gages spéciaux (B).

A- Le gage du droit commun

517. Le gage est soumis aujourd'hui à des conditions de fond (a), et des conditions de forme (b), dont l'absence entraine la nullité de ce contrat.

1- Les conditions de fond

518. La conclusion du gage s'opère entre un créancier gagiste et un constituant, qui peut être lui-même le débiteur, ou un tiers qui garantit la dette du principal débiteur, en l'occurrence, le créancier gagiste ne peut agir que sur le bien affecté en garantie et non pas sur l'ensemble de son patrimoine comme en matière du cautionnement réel, donc, le nouveau article 2334 du code civil a mis fin à cette controverse occasionnée par l'interprétation de la notion du cautionnement réel[707].

La réforme a voulu que le gage perde son caractère réel étant donné que le gage se constituait par la remise de la chose au créancier gagiste, désormais, la dépossession ne constitue plus une condition de validité et devient une condition de son opposabilité.

Toutefois, cette opération ne peut exister sans une créance à garantie, et l'obligation garantie peut être à terme comme elle peut être conventionnelle. L'un des apports de la réforme était l'admission de la créance future[708], sous réserve que la créance garantie soit déterminable[709]

Relativement au consentement des parties au contrat, il est subordonné aux règles du droit commun, par ailleurs, le constituant du gage doit avoir la capacité d'aliéner, et doit en outre être le propriétaire du bien gagé, puisque le gage de la chose d'autrui est nul[710], et pourrait donner lieu à des dommages-intérêts dès lors que le créancier ignore l'appartenance de la chose à autrui[711].

519. A l'égard du bien gagé, le législateur exige que le bien objet du gage soit un bien corporel ou un ensemble de biens corporels, l'objet de cette mesure repose sur l'aliénabilité

[707]-l'article prévoit : « Le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie ».

[708]-par exemple, l'ouverture de crédit est qualifiée comme une créance future.

[709]-article 2333 du code civil.

[710]-article 2335 du code civil.

[711]-la jurisprudence applique en l'espèce le fameux principe issu de l'article 2276 selon lequel : « en fait de meubles, la possession vaut titre ».mais seulement lorsque le créancier gagiste est de bonne foi et lorsqu'il agit en méconnaissance de cause.

du bien gagé, étant considéré qu'il est susceptible d'être vendu ou attribué au créancier gagiste en cas de défaillance du débiteur. Cependant l'indisponibilité temporaire du bien ne fait pas obstacle devant son affectation[712], comme a estimé la haute cour[713].

La réforme des sûretés a réservé le domaine du gage uniquement aux biens meubles corporels, le gage ne peut comporter dans son assiette un bien meuble incorporel, de même pour les biens immeubles, particulièrement les immeubles par destination destinés à l'exploitation du fonds. En revanche, la loi autorise la constitution du gage sur un bien futur, cela laisse penser à deux situations, selon lesquelles, le bien n'existe pas au jour de la constitution du gage, la chose devra en l'occurrence être désignée, et le gage sera valablement constituée dès l'existence de la chose. La chose existe, mais n'appartient pas encore au constituant, cette chose peut faire l'objet d'un gage.

En outre, le gage peut porter sur des choses fongibles, cette innovation ne date pas de la réforme de 2006, mais celle-ci a levé toute ambiguïté[714].

Par ailleurs, le bien ne doit pas nécessairement entre les mains du créancier ou du tiers désigner pour conserver le bien par le biais de l'entiercement, le dessaisissement de la chose constitue une condition d'opposabilité aux tiers, pouvant être remplacée par une formalité de possibilité dans l'hypothèse d'un gage sans dépossession.

2- Les conditions de forme

520. Le gage d'avant la réforme de 2006 n'était pas un contrat solennel, la condition d'établissement d'un écrit constituait un moyen de rendre le gage opposable aux tiers, toutefois, le défaut de cette formalité n'entrainait aucunement la nullité du gage, mais pourrait priver le créancier gagiste de se prévaloir de son droit de préférence devant les autres créanciers du débiteur.

C'est ainsi que le législateur a introduit une modification profonde sur ce principe, rendant le gage un contrat solennel par excellence. En effet, l'établissement d'un écrit constitue une condition de validité du contrat de gage aux termes de l'article 2336 du code civil.[715]

[712]-P. CROCQ, « L'indisponibilité d'un bien n'est pas nécessairement incompatible avec la constitution d'une sûreté réelle », *RTD. Civ*., décembre 2008, p.706.

[713]-Cass. Com, 30 septembre 2008, n° 07-12.768, Bull. 2008, IV, n°165.

[714]-toutefois, le créancier gagiste doit se conformer aux dispositions de l'article 2341 et 2342 du code civil lors du gage des choses fongibles, l'article 2341 prévoit : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344 ».

De surcroit, des mentions obligatoires doivent figurer sur l'écrit, telle que la désignation de la dette garantie en vue d'éviter une éventuelle modification ultérieure de la créance due et garantie, et la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.

A l'égard de l'opposabilité du gage aux tiers, la réforme a apporté une modification importante en offrant deux possibilités au créancier pour rendre le gage opposable aux tiers comme le prévoit l'article 2337 du code civil :

Un gage avec dépossession : comme avant la réforme, elle s'opère par le dessaisissement matériel de la chose gagée pour la remettre entre les mains du créancier, ou d'un tiers convenu, et il importe peu que le gage soit civil ou commercial. Cette dépossession doit être effective pour que le constituant ne puisse pas accroitre ses dettes, elle doit être apparente, de manière à aviser les tiers du dessaisissement de la chose gagée, et que celle est distraite de son patrimoine, la dépossession doit enfin avoir un caractère continu, pour priver le constituant de reprendre la possession du bien par fraude à titre d'exemple. Dans ce cas, la dépossession rend le gage opposable aux tiers sans aucune autre formalité publicitaire.

521. Un gage sans dépossession avec publicité : cette forme de gage constitue l'une des innovations majeures de la réforme, pour rendre un gage sans dépossession opposable aux tiers, la loi exige une publicité qui s'opère par une inscription sur un registre spécial[716], ce registre est tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé, à défaut, dans le ressort duquel se trouve son siège social ou son domicile. Cette inscription est faite par l'initiative du créancier, elle demeure pendant cinq ans, et prend fin en l'absence d'un renouvellement.

Il convient de souligner que la mesure de publicité introduite pour le gage sans dépossession montre l'efficacité de cette forme de gage, même en présence ultérieure d'un autre créancier gagiste avec dépossession, le créancier gagiste sans dépossession l'emportera s'il a régulièrement publié son gage, et ce malgré la rétention effective du bien par le second créancier gagiste[717].

B- Les gages spéciaux

522. L'objectif du législateur Français était de vouloir offrir aux commerçants une sûreté qui déroge au gage du droit commun, et qui se présente comme une alternative pour catégorie, offrant ainsi plusieurs gages spéciaux qui répondent à des besoins distincts et particuliers.

---

[715]-toutefois, le législateur Français a laissé subsisté le doute quant à la sanction de l'absence d'écrit en employant dans l'article 2336 l'expression « parfait », et non pas « à peine de nullité, comme c'est le cas en matière de nantissement.

[716]-les modalités sont réglées par le décret n°20006-1804 du 23 décembre 2006.

[717]-article 2340 du code civil.

En effet, sur le même modèle du gage du droit commun, le législateur a apporté des modifications relatives au régime du gage portant sur un véhicule automobile, toutefois le décret fixant l'entrée en vigueur de ces articles demeure paralysé, le gage portant sur un véhicule automobile continu à trouver ces règles dans le décret du 30 septembre 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles.

Par ailleurs, le gage sur stock dont les règles de constitution sont soumises à une réglementation particulière (1), constitue une véritable nouveauté de l'ordonnance de 2006, et qui semble aussi avoir participé à l'évitement des créanciers de la voie judiciaire lors d'une défaillance des débiteurs.

Cette forme de gage s'ajoute à un autre gage qui est bien ancien, et qui n'était pas modifié par l'ordonnance de 2006, mais le véritable succès du gage sur matériel et outillage (2), et son éventuel apport au contentieux de l'impayé, mérite d'explorer ce gage.

1- Le gage sur stock

523. Contrairement au gage du droit commun, la dépossession en matière du gage sur stock n'est pas facultative, ce gage s'opère sans aucune dépossession[718], par ailleurs, sa constitution est subordonnée à des conditions de fond (a) et des conditions de forme(b) qui est assez différente à celle du gage du droit commun

a- Les conditions de fond

524. Cette forme particulière du gage est régie par les articles L527-1 à L527-11 du code de commerce, ce gage était réservé uniquement aux personnes morales de droit privé ou des personnes physiques dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle, toutefois, la loi a réservé la qualité du créancier au seul établissement de crédit.

A l'exemple du gage du gage du droit commun, l'article 2335 du code civil qui interdit le gage de la chose d'autrui étant applicable en la matière, subséquemment, le débiteur doit être le propriétaire des stocks gagés. Le code de commerce interdit en outre le gage portant sur des stocks soumis à une clause de réserve de propriété, en effet, le créancier gagiste sur stock est un créancier sans dépossession, si les biens font l'objet d'une clause de réserve de propriété, il peuvent sans aucune réserve être revendiqués par le vendeur réservataire de propriété sans que le créancier gagiste sur stock puisse se prévaloir de l'article 2276 du code de commerce.

Cependant, le gagiste a la possibilité d'agir en responsabilité à l'encontre du débiteur qui a omis de l'avertir de l'existence d'une clause de réserve de propriété, mais celui-ci sera privé de demander des dommages et intérêts si la clause de revendication a été correctement publiée.

[718]-à moins que les parties aient convenu d'un entiercement.

525. Relativement à l'assiette de ce gage, elle est bien différente à celle du droit commun, certes elle porte sur des biens meubles corporels, mais, elle doit se baser sur des stocks. L'article L527-3 du code de commerce souligne : « Peuvent être donnés en gage, à l'exclusion des biens soumis à une clause de réserve de propriété, les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur et estimés en nature et en valeur à la date du dernier inventaire ». Les stocks objet de gage peuvent être présents ou futurs[719].
Il convient de préciser que ce gage s'appuie sur la valeur des biens, donc les biens peuvent être changés par des biens de même nature ou non, sous réserve qu'ils aient la même valeur des biens remplacés. Le créancier peut, toutefois à ses frais, faire constater l'état des stocks engagés.

Par ailleurs, ces stocks constituent une véritable garantie pour l'établissement du crédit, jusqu'au remboursement total des sommes avancés, et Le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués[720].

b- Les conditions de forme

526. L'entreprise ayant recours à cette forme de gage est plus attirée par la non dépossession[721] des biens qui peut s'avérer opportun pour celle-ci, compte tenu du caractère important des stocks pour la continuité de l'entreprise souhaitant obtenir un concours bancaire.

L'ordonnance de 2006 a instauré cette nouvelle forme de gage destinée aux opérations à finalité commerciale, pour autant, ce gage demeure soumis à des formalités, certes, moins contraignantes que celle du droit commun, mais, leur omission peut entrainer la nullité du gage.

En effet, la constitution du gage sur stock s'opère par un acte sous seing privé[722], qui doit, à peine de nullité comporter des mentions obligatoires suivantes :

- La dénomination : "acte de gage des stocks"
- La désignation des parties
- La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 527-1 à L. 527-11

[719]-article L 527-1 du code de commerce.

[720]-article L527-5 du code de commerce.

[721]-les parties peuvent toutefois comme en matière du gage du droit commun convenir de conserver les stocks chez un tiers de commun accord, ce dernier a l'obligation de maintenir les stocks à la même valeur à celle du gage initial.

[722]-article L527-1 du code de commerce.

- Le nom de l'assureur qui garantit contre l'incendie et la destruction
- La désignation de la créance garantie
- Une description permettant d'identifier les biens présents ou futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que l'indication du lieu de leur conservation
- La durée de l'engagement.

527. Alors, on peut constater que le formalisme en matière du gage sur stock est plus lourd que celui du droit commun, qui ne comporte pas de mentions obligatoires dans l'acte constitutif, ce qui peut sembler inapproprié aux exigences des relations commerciales qui demandent plus de célérité.

Au demeurant, le créancier a l'obligation d'accomplir les démarches relatives à la publicité du gage, qui s'effectue par une inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans lequel le débiteur a son siège ou son domicile, et ce dans un délai de quinze jours à partir de l'établissement de l'acte constitutif.

Cette publicité ne constitue pas uniquement une condition d'opposabilité du gage à l'égard des tiers, cette inscription constitue une condition de validité du gage, par ailleurs, elle permet d'attribuer de rang aux créanciers en fonction de leur date d'inscription.

Cette inscription a un délai de cinq ans, elle prend fin en cas de défaut de renouvellement de celle-ci, ou à la demande du créancier ou du constituant, si celui-ci arrive à obtenir un acte de main levée ou un accord de son propre créancier. Une décision judiciaire peut également ordonner la main levée.

Il convient de préciser que toute personne peut demander au greffier à ses frais l'état des inscriptions qui existe sur les stocks engagés.

2- Le gage sur matériel et outillage

528. Cette sûreté a été développée en France après la fin de la guerre mondiale, en effet, le législateur a voulu mettre en place une sûreté réelle portant sur le matériel et l'outillage, et qui ne peut être prise qu'en garantie du crédit accordé pour financer le bien, de façon à pouvoir donner plus d'assurance aux relations commerciales et au développement du crédit.

La loi du 18 janvier 1951 complétée par le décret du 17 février a institué cette sûreté, introduite après dans le code de commerce. Cependant, la réforme de sûreté a modifié uniquement la terminologie de celle-ci, sans pour autant changer les conditions de fond (a) ou de forme (b) relatives à sa constitution.

a- Les conditions de fond

529. Les conditions de fond relatives à la constitution du gage sur matériel et outillage reposent en premier lieu sur la nature du bien gagé, qui doit constituer un matériel d'équipement professionnel ou de l'outillage nécessaire à une activité commerciale[723]. Toutefois, si ce matériel est compris dans l'assiette d'un nantissement du fonds de commerce, qui exige à l'évidence une désignation expresse et précise du matériel dans l'acte constitutif, les dispositions du gage sur matériel et outillage ne s'appliquent pas.

Par ailleurs, il importe peu que Le matériel soit neuf ou d'occasion, toutefois, les conditions relatives à la nature des créances garanties doivent être respectées, ce sont des conditions de validité du gage sur matériel et outillage.

En effet, ce type de gage doit être en relation avec une opération de crédit destinée à l'acquisition du matériel d'équipement, et il importe peu la qualité de l'acquéreur dès lors que celui-ci agit pour les besoins de son activité professionnelle. Par conséquent, les créances liés au financement de l'outillage et du matériel sont les seules qui peuvent être garanties par ce gage, elles peuvent être limitées aux[724] :

- créances du vendeur à crédit de l'outillage ou du matériel

- créances du prêteur de deniers permettant le paiement du prix d'achat des biens en question.

Cependant, il reste à savoir si le prêteur a l'obligation de débloquer les fonds entre les mains du vendeur.

En pratique, les fonds sont débloqués entre les mains du vendeur ou de l'emprunteur, toutefois, ce dernier doit remettre les fonds au vendeur, à défaut de quoi, le gage ne sera pas valablement constitué.

b- Les conditions de forme

530. Ce gage présente un intérêt majeur pour les débiteurs qui y recourent, du moment qu'ils peuvent utiliser les outils et matériels sans qu'ils en soient dépossédés, tout en profitant d'un financement. Ce gage demeure donc sans dépossession.

Le gage du matériel et outillage est un contrat solennel, dont la formation exige acte authentique ou sous seing privé, enregistré et rédigé au plus tard au plus dans un délai de 2

[723]-la créance garantie ne peut pas être prise sur des biens sur lesquels une autre sûreté spéciale a été prise comme par exemple le véhicule automobile, de même pour le matériel incorporé dans un bien sur lequel une autre sûreté a été prévue par le législateur. (Article L525-18 du code de commerce).

[724]- article L525-1 du code de commerce.

mois à partir du jour de la livraison, le défaut d'écrit ou d'enregistrement entraine la nullité du gage.

Par ailleurs, il convient de souligner que le gage doit être prévu dans l'acte du prêt si le gage est consenti au prêteur du deniers qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur, il doit mentionner en outre la destination des fonds prêtés. Si le gage est consenti au vendeur, il est donné dans l'acte de vente[725].

A l'exemple du gage sur stock, l'acte constitutif du gage du matériel et outillage doit énumérer d'une façon précise les biens acquis en vue de les distinguer des autres biens de même nature appartenant également à l'entreprise, cet acte indique aussi selon l'article 525-2, le lieu où les biens ont leur attache fixe ou mentionne, au cas contraire, qu'ils sont susceptibles d'être déplacés.

531. Enfin, la conclusion de cette sûreté est tributaire d'une inscription sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans un délai de 15 jours à compter de la date de l'acte constitutif[726], cette condition constitue un moyen d'opposabilité aux tiers, et le défaut entraine également la nullité du gage.

Une autre publicité s'additionne à celle-ci, mais ayant seulement un caractère facultatif, et s'effectue à la demande du bénéficiaire du gage, qui peut exiger l'apposition sur le matériel ou l'outillage une plaque, destinée à informer les constituant du gage. Cette plaque comporte le lieu, la date, ainsi que le numéro d'inscription du gage. L'enlèvement de ces plaques par le constituant peut lui entrainer des sanctions pénales.

Cette formalité facultative, permet au créancier d'assurer un droit de suite, sans pour autant lui procurer un droit de rétention effectif[727].

Paragraphe 2 : l'éventuelle influence du gage sur la baisse du contentieux de l'impayé

532. D'emblée, on pouvait écarter la réelle incidence du gage du droit commun et les gages spéciaux sur le contentieux de l'impayé, quelle que soit le dénouement du gage, c'est-à dire hors cadre des procédures collectives, ou dans le cadre des procédures collectives, l'influence des gages avec ses différentes formes sur la baisse du contentieux de l'impayé était invraisemblable.

[725]-article L525-2, al.2 du code de commerce.

[726]-article 525-3 du code de commerce.

[727]-Cass. Com. 4 janvier 2005, n°02-10.511, Bull. 2005, IV, n°1, p.1 ; A. *AYNES, « Nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement : le créancier n'a pas* le *droit de rétention », D., avril 2005, p.970.*

Pourtant, l'entrée en vigueur de la réforme du 23 mars 2006 semble non pas uniquement rendre les sûretés plus lisibles et efficaces, mais, produire d'autres effets qui n'ont pas peut-être été fixés comme objectif par le législateur.

En effet, les modes de réalisation des sûretés constituaient l'une des priorités du législateur qu'il ne fallait pas négliger, celui-ci a voulu offrir plus de choix aux créanciers assortis d'une sûreté, afin de rendre la mise en œuvre de celle-ci moins contraignante et plus attractive.

533. A cet égard, deux institutions ont été mises en place pour répondre aux attentes des créanciers et remédier, semble-il à un problème si récurent en matière des sûretés, il s'agit du pacte commissoire qui relève d'une pure liberté contractuelle, et l'attribution judiciaire qui exige une intervention du juge, sans pour autant constituer une composante du contentieux de l'impayé.

Ces deux modes de réalisation s'offrent aux créanciers pour la réalisation du gage du droit commun, et les autres gages spéciaux (A). Par ailleurs, ces modes de réalisations nouvelles ont vraisemblablement produit des effets vis-à-vis de la diminution du contentieux de l'impayé (B).

A- Une réalisation plus souple du gage

534. En dépit de la prise d'un gage, le créancier risque toujours de se voir refuser le paiement par son débiteur, qui peut résulter d'un défaut de provision, ou une abstention du débiteur, ou tout autre motif, entrainant un impayé, et qui conduira le créancier à recourir à la force de la loi pour la réalisation de la sûreté.

A ce propos, la réalisation d'avant la réforme reposait essentiellement sur la vente forcée du bien gagé, impliquant un engagement procédural qui exige une certaine minutie de la part du créancier, et qui peut s'avérer impropre aux exigences économiques actuelles.

Le pacte commissoire constitue une avancée importante dans ce sens(1), puisqu'il permet principalement au créancier de réaliser son gage sans engager aucune procédure judiciaire. L'attribution judiciaire(2) vient aussi diminuer le rôle du juge dans la réalisation de toute forme de gage.

1- Le pacte commissoire

535. Si au fil du temps[728], le législateur a choisi de protéger le débiteur contre les abus subis des opérations de crédit, et notamment contre le pacte commissoire dont la

[728]-le pacte commissoire était connu en droit romain sous le nom de l*ex commissoria,* il était considéré comme une vente conditionné par l'inexécution de l'obligation dont l'accomplissement emporte transfert de propriété *de plano.*

prohibition historique[729] s'expliquait par des considérations morales et contractuelles[730], aujourd'hui le législateur semble plus préoccupé par le renforcement des droits du créancier en procédant à l'amélioration de l'efficacité de sa sûreté[731].

En effet, l'intérêt du pacte commissoire se base sur la rapidité de la réalisation du gage, tout en évitant une exécution forcée risquant d'être entravée par des délais procéduraux. Cependant, ce mode demeure un mode de réalisation facultatif, et se traduit uniquement par le consentement des parties. Cette mesure, laisse le créancier mesurer les risques liés au bien quant à sa vente, ou à son appropriation. Donc, ce mode constitue une véritable exécution forcée puisque l'article prévoit un transfert de propriété de plein droit en cas de défaut d'exécution de l'obligation garantie par le débiteur[732], toutefois, ce principe de réalisation de plein droit a un caractère supplétif, puisque les parties ont la possibilité de prévoir contractuellement la date du transfert de la propriété.

Ainsi, la défaillance du débiteur est le fait générateur du transfert de propriété, mais ce défaut d'exécution du débiteur exige l'absence d'une clause contractuelle qui prévoit une autre date de transfert de propriété, ce transfert est qualifié comme une cession définitive à terme sous condition de défaillance du débiteur[733], ce qui nous rappelle le principe de la lex commissoria du droit romain.

536. En revanche, la créance doit être certaine et exigible, par ailleurs, le créancier a l'obligation de délivrer au débiteur un commandement de payer avant toute exécution forcée, la déclaration préalable d'appropriation peut être faite par une mise en demeure, mais, les parties peuvent prévoir dans le pacte commissoire une réalisation uniquement par l'échéance du terme.

Il faut entendre, que le l'absence de mise en demeure peut profiter au débiteur pour demander des délais de grâce pouvant faire obstacle à la réalisation du pacte commissoire avant que le créancier procède à sa réalisation[734].

---

[729]- P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, D., 2003, par J.-P. Lévy, p. 830.

[730]-la jurisprudence a cependant prononcé des décisions qui vont à l'encontre de cette prohibition, V., Cass.Com., 5 octobre 2004, n °01-00.863, Bull. 2004, IV n°176. p.199, La cour a estimé que le pacte intervenu postérieurement à la constitution du gage était valable ; B.BOULOC, « réalisation du gage commercial », *RTD. Com*., juin 2005, p.408.

[731]- S. HEBERT, « Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, n°29, p. 2052

[732]-l'article 2348 du code civil prévoit : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé ».

[733]- L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, éd.3, 2008, p.514.

[734]-par contre, il lui est impossible de demander des délais de grâce si la créance n'était pas encore exigible, V. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p.587 et S.

Sous le même angle, on se demande si le créancier peut renoncer à se prévaloir du pacte. À priori, le créancier peut renoncer à la réalisation du gage par le pacte commissoire, il risque toutefois de perdre son droit préférentiel qui apparait dans la possibilité de se prévaloir d'un droit réel. En effet, si la renonciation au gage par le créancier constitue une erreur de celui-ci[735], du moment qu'elle fait obstacle au bénéfice de la subrogation par la caution[736]. Quant à la renonciation à la réalisation du gage, la jurisprudence est constante, elle s'est appuyée sur le même fondement.

La chambre commerciale[737] a précisé que la réalisation du gage ne constituait qu'une faculté pour le créancier, mais, ça constitue une faute au sens de l'ancien article 2037 du code civil lorsqu'il s'abstient de demander la réalisation du gage, alors que celui-ci est garanti par un cautionnement, en l'occurrence, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter.

Un autre arrêt conforte cette vocation et précise que : « La caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par le fait du créancier, la valeur de ces droits s'apprécie à la date d'exigibilité de l'obligation de la caution, c'est-à-dire à la date de la défaillance du débiteur principal, sauf si, à cette date, le créancier était empêché de mettre en œuvre la sûreté »[738].

Par voie de conséquence, la réalisation du pacte commissoire en matière du gage ou dans le cadre d'une autre sûreté pouvant faire intervenir le pacte commissoire comme mode de réalisation devient une obligation pour le créancier du moment où ce dernier est lui-même garanti par un cautionnement[739].

537. Il convient de souligner que la réalisation de plein droit du pacte commissoire uniquement par la défaillance du débiteur et non pas une autre stipulation contractuelle est plus profitable au créancier du fait qu'il pourrait limiter les risques d'un non-paiement immédiat résultant d'un octroi de délais de grâce, ou encore lors de l'ouverture d'une procédure collective.

En effet, le débiteur qui souhaite solliciter des délais de grâce doit agir préalablement à sa mise en demeure ou avant que le créancier procède à l'accomplissement des formalités conventionnelles relatives à la réalisation du gage, en l'occurrence, les délais de grâce

[735]-Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21.296, Bull. 2005 chambre mixte, n°5, p.13 ; B. BOULOC, « renonciation du créancier au bénéfice du gage. Décharge de la caution de son obligation », *RTD. Com*., juin 2006, p.473.

[736]-D. LEGEAIS, « Caution. Bénéfice de subrogation. Faculté ouverte au créancier », *RTD. Com*., septembre 2005, p.582, cette erreur du créancier entraine une décharge de la caution de son obligation en vertu de l'article 2314 du code civil.

[737]-Cass. Com. 13 mai 2003, n° 00-15.404, Bull 2003 IV, n°73. p.83 ; P-M. LE CORRE, « L'attribution judiciaire du gage, faculté ou obligation du créancier à l'égard de la caution », *D*., janvier 2004, p.52.

[738]-Cass. Com, 17 février 2009, n°07-20.458, Bull.2009, IV, n°22.

[739]-P. CROCQ, « préservation du recours subrogatoire et mise en œuvre du bénéfice de subrogation », *RTD. Civ.,* septembre 2009, p.55.

octroyés peuvent faire obstacle à la réalisation du pacte[740], sans pour autant invalider le commandement de payer, ni reporter l'exigibilité de la créance. Toutefois, cette solution peut être différente si la décision accordant les délais de grâce intervient postérieurement à la réalisation du gage[741].

A l'égard des procédures collectives, à l'évidence, le jugement d'ouverture fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire[742], cette règle résulte du principe général de l'interdiction du paiement des créances antérieures.

538. En effet, si le jugement de sauvegarde exclut l'état de cessation des paiements, et n'empêche pas la réalisation du pacte commissoire qui lui est antérieure, le créancier peut voir comment l'efficacité du pacte est atteinte dans d'autres stades de procédures.

Le créancier peut également voir la réalisation du pacte se compromettre même si celle-ci intervient avant le jugement d'ouverture, c'est au titre des nullités des périodes suspectes que la réalisation du pacte est nulle de droit, attendu qu'elle relève d'un « paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces…. »[743].

Conséquemment, le pacte commissoire est nul de droit s'il intervient concomitamment à la sûreté pendant la période suspecte, et qui garantit une créance antérieure à celle-ci, la situation peut toutefois être différente si le pacte est conclu pendant la période suspecte alors que le gage est bien antérieur à la cessation des paiements, dès lors, le pacte ne peut être annulé que s'il s'avère que le créancier avait vraiment connaissance de l'état de cessation des paiements[744].

539. Par ailleurs, la réforme a voulu que la dépossession ne soit pas une condition de gage, donc le gage peut s'opérer avec ou sans dépossession, en effet, la réforme instaurant le pacte commissoire ne fait aucune mention du moment auquel intervient le transfert de propriété entre les parties, en l'occurrence, il faut distinguer le moment du transfert de propriété lors de la réalisation du pacte, selon que le gage soit avec dépossession, ou sans dépossession.

Si le gage s'opère avec dépossession, et en l'absence d'une stipulation contractuelle qui prévoit le transfert de propriété au créancier gagiste, le transfert intervient au moment où le

[740]-l'article 1244-2 prévoit que « la décision du juge, prise en application de l'article 1244-1, suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier ».

[741]-Cass. Com, 16 décembre 2008, n°08-13.814.

[742]- article L. 622-7 du code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

[743]-article L632-1 du code de commerce.

[744]-article L632-2 du code de commerce.

créancier déclare réaliser le pacte commissoire, il devient alors propriétaire du bien gagé par le jeu du pacte commissoire.

Si le gage est sans dépossession, et en l'absence de stipulations contractuelles, l'application des principes du droit commun demeure la règle, et l'échange des consentements suffit pour que la propriété soit transférée au créancier gagiste, dans la circonstance, le débiteur a une obligation de délivrance, et ne peut pas retenir illégalement le bien gagé, en l'absence de quoi, sa responsabilité contractuelle pourrait être engagée.

540. Enfin, le législateur a voulu mettre fin à l'une des causes qui constituait une source de prohibition du pacte commissoire, celle de l'enrichissement du créancier au détriment de son débiteur par la réalisation du pacte commissoire. En effet, le législateur a mis en place un dispositif pour renforcer l'efficacité et garantir un maximum de transparence pour ce mode de réalisation de gage, en soumettant l'appropriation du bien à une évaluation, la réalisation ne se fait qu'à concurrence de la créance garantie[745], et si jamais la valeur du bien excède le montant de la créance garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur.

2- L'attribution judiciaire

541. La réforme de 2006 a consacré ce mode de réalisation et a étendu son champ d'application pour tous les créanciers gagistes et non pas uniquement qui étaient détenteurs du bien gagé.[746]

Le principe de l'attribution judiciaire est prévu par le nouvel article 2347 du code civil, qui offre la possibilité au créancier non payé à l'échéance d'ordonner que le bien gagé lui soit attribué en propriété à titre de paiement de sa créance.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a levé les restrictions relatives à la faculté d'exercer ce mode de réalisation par les seuls créanciers gagistes ayant la dépossession du bien gagé, désormais, tous les créanciers, qu'ils soient en dépossession ou sans dépossession, disposent de la faculté de solliciter une attribution judiciaire[747].

---

[745]-article 2348 prévoit : « La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

[746]-la cour de cassation avait étendu l'attribution judiciaire aux créanciers gagistes ne détenant pas le bien gagé, V. Cass.Com, 06 mars 1990, n°88-16.036, Bull.1990, IV, n°67, p.46 ; Cass. Com. 06 janvier 1998, n°95-17.399, Bull.1998 IV, n°9, p.6 ; M. BANDRAC, « attribution judiciaire du gage sans dépossession », *RTD. Civ.,*mars 1991, p.150 ; S.PIEDELIEVRE, « Le supérprivilège des salaires ne peut faire obstacle à l'attribution judiciare du gage du créancier nanti même non assorti d'un droit de rétention », *D.*, novembre 1998, p.375.

[747]-à moins que le créancier bénéficie d'un cautionnement, le défaut de réalisation de gage peut priver la caution d'un droit qui pouvait lui profiter, V..Cass. Com. 13 mai 2003, n° 00-15.404 (précité).

Il s'agit d'un mode de réalisation de droit, c'est-à-dire que le juge saisi a l'obligation d'ordonner l'attribution du bien gagé au créancier, par une simple vérification en amont de la validité des conditions de fond et de forme du gage, cette attribution a pour effet d'éteindre la créance à concurrence de sa valeur, et de transférer la propriété au créancier gagiste, ce transfert s'opère à partir du jugement d'attribution ordonné par le juge[748].

Cette prérogative permet au créancier de se désintéresser de sa créance par l'attribution du bien, en dépit de l'existence d'autres créanciers ayant des droits sur le bien, il faut toutefois que le second inscrit respecte les droits du premier inscrit[749].

542. Par ailleurs, l'un des principaux apports de l'ordonnance de 2006 relativement à l'attribution judiciaire repose sur la suppression de l'obligation d'estimation de la valeur du bien par un expert avant son attribution, ce principe était prévu par l'ancien article 2078 du code civil afin que le transfert de propriété ne porte pas atteinte aux intérêts du constituant ainsi que ceux des autres créanciers. La réforme a voulu que l'attribution judiciaire soit moins contraignante en terme de démarches y afférentes, de ce fait, le nouvel article 2347 du code civil a assoupli cette exigence, il ne fait aucune référence à une estimation du bien par l'expert avant son attribution. Aujourd'hui le recours à l'expert constitue une faculté pour le juge, qui peut lui-même évaluer la valeur du bien et ordonner son attribution au créancier gagiste.

543. Cependant, cette estimation n'est plus nécessaire si le bien est coté officiellement sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Enfin, lorsque la valeur du bien excède le montant de la créance garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur, elle est consignée du moment où d'autres créanciers gagistes existent.

Au demeurant, les procédures collectives constituent un frein devant l'exercice de ce mode de réalisation, en effet, cette faculté est entravée par la règle de l'interdiction du paiement de créances antérieures qui s'applique de plein droit à compter de la date du jugement d'ouverture, ainsi que de l'arrêt des poursuites individuelles qui vise à arrêter ou interdire toute procédure d'exécution engagée par les créanciers.

Donc , la mise en œuvre de cette faculté ne peut être effectuée lors de la période d'observation, également lors d'un plan de continuation, qu'il soit de sauvegarde ou de redressement, de même, le créancier ne peut pas s'opposer à un plan de cession en sollicitant une attribution judiciaire si le bien fait partie d'un plan de cession[750].

---

[748]-Cass. Com. 24 janvier 2006, n°02-11.989, Bull.2006, IV, n°15, p.4; D. LEGEAIS, « Nantissement. Effet du jugement exécutoire par provision ordonnant l'attribution du gage au créancier gagiste », *RTD. Com*., juin 2006, p. 467.

[749]-Cass. Com. 03 juin 2008, n°07-12.017, Bull.2008, IV, n°114 ; P. CROCQ, « l'attribution judiciaire au profit d'un créancier de second rang : une possibilité parfois dangereuse », *RTD. Civ*., décembre 2008, p. 701.

[750]-le créancier a la possibilité de solliciter une attribution judiciaire contre le cessionnaire seulement si celui-ci n'arrive pas à régler les dettes échues.

En revanche, le créancier peut reprendre sa faculté de demander une attribution judiciaire à partir du jugement prononçant la liquidation judiciaire[751], la reprise de cette faculté lui permet en effet d'échapper au concours d'autres créanciers, une nouvelle demande d'attribution doit être faite au juge-commissaire[752].

B- Les effets de ces modes de réalisation à l'égard de la diminution du contentieux de l'impayé

544. Comme on l'a déjà annoncé, les apports de l'ordonnance de 2006, particulièrement l'instauration de nouveaux modes de réalisation, n'ont pas uniquement rendu les sûretés plus lisibles et efficaces, mais ont très possiblement produit des effets à l'égard du contentieux de l'impayé qui a baissé ces dernières années devant les juridictions civiles commerciales, et notamment après l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés, on méconnait toutefois si ces effets ont été intentionnellement recherchés par le législateur, ou s'il s'agit simplement d'un concours de circonstances.

En tout état de cause, on pense que ces deux modes de réalisation ont véritablement concouru à la baisse du contentieux de l'impayé, une analyse respective des effets du pacte commissoire sur la baisse du contentieux de l'impayé (1) et de l'attribution judiciaire (1), peut fonder ce raisonnement.

1- Les effets du pacte commissoire vis-à-vis de la diminution du contentieux de l'impayé

545. L'intérêt du pacte commissoire par rapport aux sûretés réelles [753] est incontestablement prouvé, l'introduction d'un mode de réalisation historiquement prohibé[754] se présente comme une véritable avancée dans le droit des sûretés en France.

Toutefois, mesurer l'impact de ce mode de réalisation à l'égard du contentieux de l'impayé s'est avéré délicat, eu égard à la non soumission du pacte commissoire à une mesure de publicité qui lui est propre, ni lors de l'établissement du contrat de gage ou une autre sûreté réelle qui repose sur un pacte commissoire, ni lors de la réalisation de la sûreté, or, la

[751]-article L642-20-1 du code de commerce.

[752]-Cass. Com, 14 octobre 1997, n°95-10.423. Bull.1997, IV, n°265 p.230; A. MARTIN-SERF, « Créancier gagiste. Caution réelle. Gage de valeurs mobilières. Attribution judiciaire demandée avant le jugement d'ouverture. Liquidation judiciaire. Nécessité d'une nouvelle demande », *RTD. Com*., septembre1999. p. 747.

[753]-C. JACOMIN, « De l'intérêt du pacte commissoire dans les sûretés réelles », RLDC., 2012-99, p.1 à 5, (Base de données : LAMY).

[754]-op. cit. Note n°610.

pratique a pu démontrer un recours très large au pacte commissoire après son entrée en vigueur[755].

Dans la même optique, ce recours massif à ce mode de réalisation a indubitablement joué en faveur du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, compte tenu du caractère extra-judiciaire qui le particularise.

546. Ce caractère extra-judiciaire peut être l'un des facteurs ayant conduit les créanciers à y recourir davantage, étant donné qu'aucun mode de réalisation ne présentait autant d'avantages pour les créanciers que celui-ci. Hormis l'évaluation du bien gagé par un expert, la réalisation n'exige aucun recours à la justice ou à une autre formalité procédurale de nature à retarder le désintéressement du créancier.

Ce premier mode de réalisation de sûreté extra-judiciaire[756] en France permet aux créanciers de se désintéresser tout en évitant la voie judiciaire qui peut être encombrée par ce genre d'affaires, provoquant de la sorte une lenteur qui peut nuire les intérêts en jeu. De ce fait, l'intérêt pour le créancier de recourir à ce nouveau mode de réalisation peut lui procurer des avantages importants[757].

547. Par voie de conséquence, le choix du législateur, d'évincer le juge étatique de la réalisation des sûretés par le recours au pacte commissoire a probablement eu des incidences directes ou indirectes sur la diminution du contentieux de l'impayé.

Autrement dit, le recours des créanciers au pacte commissoire pour la réalisation des sûretés ne permet pas uniquement à ceux-ci de se désintéresser de leur créance sans avoir recours à la voie judiciaire, mais permet aux tribunaux compétents de se décharger d'éventuelles affaires relatives à la réalisation des sûretés, et notamment la vente forcée du bien gagé, qui implique une demande auprès du tribunal pour ordonner la vente, si le bien gagé est entre les mains du créancier gagiste, dans l'hypothèse où le bien est resté entre les mains du constituant, le créancier doit préalablement procéder à une saisie appréhension du bien avant de pouvoir le vendre.

548. L'incidence du pacte commissoire sur la diminution du contentieux de l'impayé ne repose pas sur l'évincement du juge étatique lors de la réalisation du gage, étant donné que la réalisation par la vente forcée ne relève pas du contentieux de l'impayé[758], donc cette corrélation est difficilement démontrée.

---

[755]-S. PERUS, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC*., 2008, n°50, p.30.

[756]-il convient de souligner que la réforme des sûretés continu à prohiber la clause de voie parée qui consiste à dispenser le créancier d'obtenir l'autorisation du tribunal pour la vente du bien gagé, ou le vendre à l'amiable, cette clause était interdite par l'ancien article 2078 du code civil.

[757]-A. DADOUN, « La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire *», Dr. et Patri.*, 2009-187, disponible sur : Lamyline.fr.

[758]-Annuaire statistique de la justice, Ed. 2009/2010.

En revanche, on peut appuyer notre approche sur les éventuelles difficultés qui peuvent naitre à l'issue d'une réalisation par la voie judiciaire, et qui conduisent les parties à recourir de nouveau à la voie judiciaire à dessein de se désintéresser de leur créancier, le cas échéant, de la caution.

En effet, le créancier peut rencontrer des difficultés inhérentes à la réalisation du gage par la vente forcée, par exemple, celui-ci, peut se trouver face à d'autres créanciers mieux placés qui ont eux-mêmes procédé à la réalisation du gage par la voie judiciaire, en l'occurrence, la vente peut désintéresser uniquement le créancier inscrit en premier rang ayant demandé la vente forcée du bien, donc aucune somme ne sera consignée pour désintéresser les autres créanciers gagistes, par la force des choses, celui-ci sera contraint de faire une action en paiement contre son débiteur, action qui relèvera bel et bien du contentieux de l'impayé.

De surcroit, le créancier peut être le premier inscrit dans un gage, mais la vente du bien par la voie judiciaire ne lui permet pas de se désintéresser totalement de sa créance, voire, la vente du bien est impossible, dans cette hypothèse, le créancier doit engager une action en paiement devant la juridiction compétente pour contraindre son débiteur de s'acquitter de sa créance.

549. A cette hypothèse s'ajoute la détérioration du bien gagé, qui n'est couvert par aucun contrat d'assurance permettant au créancier de subroger les droits d'indemnisation de son débiteur, c'est une autre difficulté procédurale relative à la réalisation du gage, de nature à basculer la vente forcée du bien vers une action en paiement du droit commun.

Corollairement, la réalisation du gage par la vente forcée peut être affectée par des aléas procéduraux, ou inhérents au bien gagé, de nature à conduire cette réalisation à une nouvelle demande en paiement qui fera partie purement et simplement du contentieux de l'impayé.

Force est de constater, que le recours massif des créanciers à la réalisation du gage par le pacte commissoire après son entrée en vigueur aurait très possiblement concouru à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales comme on l'a pu démontré ci-haut[759].

2-Les effets de l'attribution judiciaire vis-à-vis de la diminution du contentieux de l'impayé

550. A l'évidence, ce mode de réalisation présente des caractères judiciaires, compte tenu du recours préalable au juge pour ordonner l'attribution, mais sa nature juridique demeure

[759]-*supra* 545 et 546.

difficilement déterminable[760], étant donné que ce mode de réalisation ne donne pas lieu à une quelconque saisie, ni à une vente, elle permet néanmoins au créancier d'obtenir satisfaction et se désintéresser de sa créance sans qu'il dispose d'un titre exécutoire, contrairement aux voies d'exécution.

Donc, elle ne se présente pas comme une simple modalité d'exercice du droit de préférence attaché à la sûreté[761], mais un autre droit supplémentaire offert au créancier pour se faire justice par une simple demande d'attribution au juge, ce dernier est obligé de lui ordonner l'attribution dès lors que le gage remplisse les conditions de fond et de forme.

En effet, l'intérêt de l'attribution judiciaire peut se présenter en premier lieu par rapport à la vente forcée, l'attribution judiciaire est soumise à des formalités beaucoup moins lourdes que celles de la vente forcée, qui demeure soumise à une saisie appréhension si le créancier ne se trouve pas en possession du bien, et ce avant toute vente forcée, ce qui confère à ce mode de réalisation un caractère judiciaire par excellence.

D'autant plus que l'attribution judiciaire est gratuite contrairement à la vente forcée, qui exige évidemment des frais de vente et autres frais y afférents.

551. En outre, l'attribution judiciaire est exclusive des règles relatives à l'ordre dans lequel les droits de préférence sur le prix de vente du bien gagé sont exercés, c'est-à-dire que l'attribution fait éviter d'éventuels conflits avec les créanciers privilégiés du constituant, du moment que le prix d'estimation du bien gagé est égal ou supérieur au montant de la dette garantie. Ce qui peut appuyer notre fondement, qui repose sur l'éventuel apport de ce mode de réalisation à l'égard de la diminution du contentieux de l'impayé.

552. Hormis les inconvénients qui caractérisent ce mode de réalisation[762], qui résident dans le fait que le créancier peut devenir le propriétaire d'un bien dont il n'en a pas besoin, ou dont la vente pourrait s'avérer difficile, l'attribution judiciaire a possiblement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé attendu que cette attribution constitue un mode de réalisation de droit, c'est une mesure propre qui autorise le créancier à conserver le bien en paiement, sans pour autant constituer une demande judiciaire pour le paiement de la créance garantie, de ce fait, elle évite la naissance de conflits relatifs à la réalisation du gage à l'instar de la vente forcée[763], ces conflits ont tendance à inciter le créancier à agir en justice contre le débiteur pour obtenir le paiement de sa créance, et augmenter par voie de

[760]-P-F CUIF, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC*. 2010-69, disponible sur : Lamyline.fr.

[761]- Cass. Com. 03 juin 2008, n°07-12.017. Bull.2008, IV, n°114 (précité).

[762]-M. BOURASSIN ; V. BREMOND ET M-N. JOBRARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey. Janvier 2010, p.450.

[763]-*supra* 545 et s.

conséquence les demandes relatives à l'impayé devant les juridictions civiles ou commerciales.

Pour conclure, on est enclin à dire que ce mode de réalisation a possiblement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé, même légèrement.

Section 2 : L'hypothèque à la lumière de l'ordonnance du 23 mars 2006 et son éventuelle influence sur la baisse du contentieux de l'impayé

553. Considérée comme la reine des suretés, l'hypothèque fut pendant longtemps la garantie naturelle des crédits immobiliers, permettant au créancier ayant procédé à l'inscription hypothécaire de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve du moment que la défaillance de son débiteur est constatée, pour être payé en priorité sur le prix de la vente.

Le législateur n'a pas omis d'apporter des modifications touchant le fond ainsi que la clarification formelle de l'hypothèque à travers la réforme de 2006, après que cette sûreté a perdu du terrain face à d'autres sûretés plus efficaces et moins onéreuses, tel que le cautionnement, d'autant plus que son système manquait de célérité, et ne répondait plus aux exigences du monde des affaires.

C'est ainsi, que la réforme du 23 mars 2006 a voulu remédier en profondeur aux problèmes de l'hypothèque[764], mettant en place deux produits parfaitement adaptables aux opérations de crédit et qui étendent ainsi le champ de l'hypothèque[765], et en simplifiant les modes de réalisation de celle-ci par la mise en place d'autres modes nouveaux, pouvant insuffler à l'hypothèque un dynamisme incontestable.

Il est important de s'intéresser aux conditions de constitution de l'hypothèque (p.1), pour savoir si ces conditions ont été modifiées par la réforme, avant de mettre la lumière sur les modes de réalisation instaurés par la réforme, et qui ont vraisemblablement contribué à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales (p. 2).

Paragraphe 1 : Les conditions de constitution de l'hypothèque

554. L'hypothèque est une sûreté réelle sans dépossession, elle confère au créancier à l'instar de toutes les autres sûretés réelles un droit réel accessoire, affecté à l'acquittement d'une obligation, et son existence dépend obligatoirement de la créance qu'elle garantit, il convient de souligner que la réforme n'a pas atteint le caractère indivisible de l'hypothèque

[764]-F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *defrénois*, 2007, p.1327

[765]-c'est l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire qui sont d'origines anglo-saxonne.

qui subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, et sur chaque portion de ces immeubles[766].

Par ailleurs, la formation d'une hypothèque conventionnelle[767] est toujours soumise à des conditions de fond (A), et de forme (B), qui doivent être scrupuleusement respectées.

A- Les conditions de fond

555. Les conditions de fond d'une hypothèque conventionnelle se rapportent à l'assiette de l'hypothèque (1), au constituant (2), et à la créance garantie (3).

1- L'assiette de l'hypothèque

556. Au terme de l'article 2397 du code civil[768], sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

L'hypothèque porte sur un droit et non pas sur la chose objet de l'hypothèque, donc elle n'a pas pour assiette un immeuble, mais le droit de propriété qui porte sur l'immeuble.

Ainsi, pour qu'un bien soit hypothéqué, un droit doit être existant et disponible lors de la constitution de la sûreté, en outre, le bien grevé doit être dans le commerce, c'est-à-dire, susceptible d'être vendu ou aliéné[769]. Le but étant de permettre aux créanciers de pouvoir vendre le bien pour l'exercice de son droit de préférence, subséquemment, les hypothèques sur les biens du domaine public sont interdites[770].

Si les immeubles par nature sont seuls qui peuvent faire l'objet d'une hypothèque, celle-ci peut porter sur des biens qui deviennent des immeubles par destination en se réunissant à l'immeuble du moment que l'hypothèque a été constitué[771]. Cette extension peut atteindre également tous les accessoires juridiques de l'immeuble, telle que la servitude par exemple, ou d'autres accessoires matériels.

---

[766]-article 2393 du code civil.

[767]-le législateur a été très clair lors de la classification des hypothèques, (légales, judiciaires et conventionnelle), en les soumettant toutes à des dispositions générales.

[768]-c'est l'ancien article 2118-2) du code civil.

[769]-Cass. Civ. 3ème ch., 29 juin 1983,n°82-10.038, Bull. Civ. III, n°152.

[770]-sauf en application de la loin° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

[771]-article 2397 du code civil.

557. Par ailleurs, la réforme des sûretés a maintenu le principe selon lequel l'hypothèque ne peut être consentie que pour les biens présents[772], c'est l'application du principe de spécialité sur les biens objet de garantie[773]. De la sorte, le législateur continue à interdire en principe l'hypothèque des biens à venir[774], ou dont le constituant n'a pas encore de droits sur le bien, ni actuel, ni conditionnel. La violation de cette règle est toutefois sanctionnée par la nullité absolue de l'hypothèque[775].

2- Le constituant

558. En premier lieu, le constituant ou le tiers[776] doit avoir la qualité du propriétaire du bien qu'il envisage hypothéquer, cette condition emporte deux importantes conséquences.

Le constituant de l'hypothèque doit être en conformité avec l'article 2413 du code civil[777], faute de quoi son hypothèque est frappée par la nullité absolue. La sanction est la même qui frappe l'interdiction d'hypothéquer des biens à venir, cette nullité peut être invoqué par toute personne intéressée, particulièrement le propriétaire effectif du bien.

Cependant, cette prohibition pourrait connaitre des atténuations si la théorie d'apparence est démontrée, celle-ci a été admise par un fameux arrêt de la cour de cassation[778], pour une hypothèque constituée par une personne qui passait par être le véritable héritier aux yeux des tiers, à un créancier dont la bonne foi est certaine, et qui avait commis une erreur commune et invincible[779], autrement dit, toute erreur que toute autre personne aurait pu commettre dans cette occurrence.

---

[772]-article 2419 du code civil.

[773]-F. MARTIN, « Le principe de spécialité de l'hypothèque, application et évolution », *Dr. et patri.,* novembre 2005, p.59 et 60.

[774]-ce principe souffre trois exceptions prévues par l'article 2420 du code civil, autorisant que l'hypothèque soit consentie sur des immeubles à venir.

[775]-une décision de la cour suprême a estimé que l'hypothèque doit être annulée même lorsque le constituant devient propriétaire par la suite. Cass. Civ., 29 juin 1983, (précité note 648).

[776]-comme en matière de gage, c'est une sûreté réelle pour autrui.

[777]-il prévoit : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ».

[778]-Cass. Civ., 26 janvier 1897, juritext000006952537, disponible sur : http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-18970126-JURITEXT000006952537 .

[779]-un autre arrêt assez récent conforte cette thèse, et évoque l'erreur légitime du créancier, Cass. Civ.3ème ch., 24 septembre 2004, n°02-13.030, Bull. 2003 III, n° 162, p.144 ; L. AYNES, « Les dangers de l'hypothèque sur un immeuble provenant d'une donation entre époux », *D*., octobre 2004, p. 2709 ; *contra.* La cour a refusé l'application de cette théorie dans l'acquisition d'un immeuble hypothéqué par un associé fondateur pour le compte d'une société en formation, Cass. Civ. 3ème ch, 9 juillet 2003, n°01-10.863, Bull. 2003, III, n°159, p.140 ; S. PORCHRON, « Portée de la reprise des engagements des fondateurs », *AJDI*., décembre 2003, p.873.

559. La deuxième conséquence de l'hypothèque constituée sur un bien indivis, une question qui suscite des difficultés quant à la mise en œuvre[780]. En effet, l'article 2414 du code civil a pu répondre à cette question à partir des solutions jurisprudentielles dégagées antérieurement,
Le texte prévoit que l'hypothèque qui porte sur un bien indivis conserve son efficacité du moment qu'elle est consentie par tous les indivisaires pour garantir la créance de l'un d'entre eux.

Par ailleurs, le créancier ne peut pas saisir le bien avant le partage si l'hypothèque portant sur un bien indivis a été consentie par un seul indivisaire sans avoir eu l'accord des autres, en l'occurrence, si l'immeuble a été attribué dans le cadre du partage à l'indivisaire constituant, l'hypothèque est rétroactivement validée, en revanche, si l'immeuble a été attribué à un autre indivisaire, l'hypothèque est réputée comme une hypothèque de la chose d'autrui.

Une dernière distinction du texte, celle de l'hypothèque portant sur un bien indivis consentie par un indivisaire sur sa quote-part, dans cette hypothèse, l'efficacité de l'hypothèque dépend de l'attribution du bien lors du partage de l'immeuble à l'indivisaire ayant consentie l'hypothèque, car elle s'étend sur la totalité de l'immeuble alloti.

560. Outre la qualité du propriétaire que le constituant doit satisfaire, celui-ci doit jouir d'une capacité d'aliéner l'immeuble, et d'un pouvoir d'hypothéquer.

En effet, cette règle vise à limiter la possibilité pour les incapables juridiquement de consentir des hypothèques, elle a également pour but de protéger le constituant, étant donné que l'hypothèque est un acte de disposition important qui peut produire la vente du bien en cas de défaillance du débiteur, la violation de cette règle est sanctionnée d'une nullité relative. Cependant, le créancier peut se prévaloir de la théorie de l'apparence pour écarter la nullité.

Quant au pouvoir du constituant, celui-ci doit disposer des pouvoirs nécessaires pour la constitution d'une hypothèque, quand il s'agit d'une hypothèque des biens des incapables majeurs ou mineurs, celle-ci doit respecter les principes édictés par le code civil[781].

3- La créance garantie

561. L'ordonnance réformant le droit des sûretés a maintenu le principe de spécialité en matière d'hypothèque[782], celle-ci doit porter sur un bien déterminé et garantir une créance

[780]-E. FIGEROU ET G. LAMBERT, « Hypothèque et indivision », *Gaz. Pal.,*6 juin 2003, p.8.

[781] article 2415 du code civil.

déterminée, ce principe a une double vocation, la constitution et l'inscription hypothécaire, et la limitation de l'hypothèque consentie pour protéger le constituant.

En effet, les biens doivent être affectés individuellement à la garantie, l'article 2418 précise que la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie doivent être spécialement désignées.

Toutefois, ce principe a évolué avec la réforme de sûreté qui a permis à l'hypothèque de garantir des créances futures, à condition qu'elles soient déterminables[783], sans pour autant se désintéresser de la protection du constituant qui demeure interdit de consentir une hypothèque susceptible de garantir l'ensemble de ses créances ou celles du débiteur principal à l'égard de son créancier. Cette protection s'étend lors d'une hypothèque consentie pour des créances futures ayant une durée indéterminée, dès lors, le constituant peut la résilier à tout moment sous réserve de respecter un délai de préavis de 3 mois[784], en l'occurrence, l'hypothèque demeure uniquement pour la garantie des créances nées antérieurement à la résiliation.

562. L'un des apports majeurs de la réforme des sûretés était l'affectation à la garantie de créances que celles mentionnées par l'acte constitutif, appelée l'hypothèque rechargeable[785], celle-ci a fait de l'hypothèque et de l'immeuble un véritable support de crédit, elle déroge toutefois au caractère accessoire de la créance.

Une autre innovation majeure de la réforme, le prêt viager hypothécaire, lorsque la créance garantie prend la forme d'un prêt remboursable au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation du bien hypothéqué.

B- Les conditions de forme

563. L'hypothèque est un acte solennel par excellence, le nouvel article 2416 du code civil souligne que l'hypothèque ne peut être consentie que par un acte notarié. C'est une exigence de forme qui constitue une condition de validité de l'hypothèque, dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue de celle-ci.

---

[782]-F.MARTIN, « le principe de spécialité de l'hypothèque, application et évolution », *Dr. et patr.*, novembre 2005, p.58.

[783]-article 2421 du code civil.

[784]-article 2423 du code civil.

[785]-A. GOURIO, « l'hypothèque rechargeable », *RD banc. Fin.,* septembre-octobre 2006 ;
PH.THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.*, mai 2007, p.42.

L'intérêt de l'authenticité de l'acte est de protéger le constituant qui doit être parfaitement informé de la portée de l'acte qu'il envisage de souscrire, sans négliger l'intérêt du créancier[786]. Par ailleurs, l'acte constitutif de l'hypothèque doit mentionner à peine de nullité, la créance garantie et son montant, la cause de l'hypothèque doit apparaitre sur l'acte notarié, qui doit en outre préciser spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie[787], enfin l'acte peut mentionner si l'hypothèque est rechargeable ou non, les parties peuvent toutefois signer une convention de rechargement de l'hypothèque postérieurement à l'acte constitutif.

Enfin pour que l'hypothèque soit opposable aux tiers, celle-ci doit être publiée à tout moment[788], par la voie d'une inscription à la conservation des hypothèques[789] ou se situe l'immeuble grevé.

564. Toutefois, cette inscription n'a aucun effet sur la validité de l'hypothèque, mais elle rend l'hypothèque opposable aux tiers en les informant de la situation juridique de l'immeuble, elle garantit en outre la sécurité juridique requise en matière des immeubles[790].

Partant de cette analyse descriptive de l'hypothèque, il appert que les apports de la réforme des sûretés étaient minimes vis-à-vis des conditions de constitution de l'hypothèque, cependant, le législateur a été plus occupé par le renforcement de l'efficacité de l'hypothèque, par la mise en place de nouveaux modes de réalisation de nature à définir de nouveau la portée de cette sûreté.

Paragraphe 2 : Les nouveaux modes de la réalisation de l'hypothèque et leur contribution éventuelle à la baisse du contentieux de l'impayé

565. Les conditions de constitution et de mise en œuvre d'une hypothèque constituaient un véritable frein devant l'expansion de cette sûreté, les lourdeurs et lenteurs de son système semblait affecter son efficience[791].

---

[786]-J-P. SENECHAL, « L'acte notarié, une quasi-sûreté », *Défrénois*, 1993, n°35660, p.1313.

[787]-article 2418 du code civil.

[788]-Cass. Civ. 3ème, 10 juillet 2002, n°00-22.433, Bull. Civ. III, n°167

[789]-la publicité foncière est régie en France par le décret du 4 janvier 1955.

[790]-S. PIEDELIEVRE**,***La publicité foncière*, Traité de droit civil, (sous la direction de J. Ghestin), LGDJ, 2000 ; L. AYNES ET P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, éd. 6, Defrénois, octobre 2012.

[791]-M. BOURASSIN ; V. BREMOND ET M-N. JOBRARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey université. 2010, pp.537.

En effet, le créancier hypothécaire impayé à l'échéance ne pouvait avant la réforme qu'engager une procédure de saisie immobilière afin de vendre l'immeuble grevé aux enchères et exercer son droit de préférence sur le prix de vente, une procédure lente et contraignante qui ne joue guère en faveur du créancier, et notamment du contentieux de l'impayé.

A l'instar du développement précèdent, relatifs à la contribution des modes de réalisation instaurés par la nouvelle réforme de sûretés à la baisse du contentieux de l'impayé, nous nous arrêterons sur la réalisation de l'hypothèque par le pacte commissoire (A), et l'attribution judiciaire (B), afin de savoir si ces deux modes ont réellement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales.

A- Le pacte commissoire et son éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé

566. Le pacte commissoire en matière d'hypothèque présente les mêmes mécanismes que celui du gage ou du nantissement malgré les critiques que suscite son application en la matière[792], mais sa mise en place constitue une ressuscitation d'une sûreté dont l'efficacité a tant été remise en question.

En effet, l'article 2459 du code civil dispose que : « Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur ». De ce fait le créancier hypothécaire peut faire justice lui-même et devenir propriétaire du bien sans avoir recours à une autorisation judiciaire.

Le législateur voulait diminuer le rôle du juge dans la mise en œuvre de l'hypothèque, un changement de vocation qui joue généralement en faveur du créancier en dépit des désavantages que ce mode peut présenter en matière d'hypothèque, étant donné que le créancier peut devenir d'un bien dont il n'a pas besoin, ou sa vente peut s'avérer compliquée, mais en matière immobilière, les difficultés de vente ne sont que rarement évoquées[793].

567. Désormais, les créanciers n'ont plus besoin de recourir à la voie judiciaire pour réaliser l'hypothèque et de se désintéresser de leurs créances, il suffit d'insérer dans l'acte constitutif ou postérieurement à sa constitution un pacte commissoire qui leur permet de

[792]-J.-M. HOCQUARD., « Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée », Dr. et patr. 2005, n° 142, p. 80.

[793]-B. KOHL, (sous la direction de), *La vente immobilière - Aspects civils, administratifs et fiscaux,* Anthemis, janvier 2011 ; *vente immobilière*, Francis Lefebvre, Mémento pratique Francis Lefebvre, juin 2010.

s'acquitter en cas de défaillance du débiteur. Cette option offerte par le législateur a fait ses preuves depuis son entrée en vigueur, et les créanciers ne cessent d'y recourir[794].

Cependant, si le futur de ce mode de réalisation s'annonce prometteur, la corrélation entre ce mode et la baisse du contentieux de l'impayé n'est pas facilement démontrable, certes, ce mode de réalisation a un caractère extra-judiciaire, pour autant, la saisie immobilière ne relève pas du contentieux de l'impayé, et elle ne figure pas dans les affaires qui visent le contentieux de l'impayé recensées par le ministère de la justice.

En effet, le caractère extra-judiciaire de ce mode de réalisation a sûrement mis à l'écart les juges de leur intervention en matière de saisie immobilière, entrainant de la sorte un désencombrement des tribunaux de ce genre d'affaires, sans pour autant qu'il ait eu une incidence directe sur la diminution du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales en France.

Nonobstant, on peut s'appuyer sur la même approche adoptée lors de nos précédents développements[795], en mettant l'accent sur les éventuelles difficultés pouvant naitre à l'issue d'une saisie immobilière, qui peuvent remettre en cause cette procédure, particulièrement les droits des parties[796].

568. En effet, la procédure de saisie immobilière est une procédure assez complexe dans sa nature, du fait qu'elle est soumise à diverses démarches et formalités qu'il faut accomplir méticuleusement, et qui revêtent un caractère d'ordre public, toutefois, la négligence ou l'omission de ces démarches, ou encore une contestation du débiteur portant sur le fond du droit peuvent vite compromettre la réalisation de l'hypothèque, et donner une autre tournure à la procédure.

Ainsi, le commandement de payer adressé au débiteur et valant saisie à celui-ci, peut entrainer la nullité de la procédure si une mention prévue par l'article R321-3 du code des procédures civiles d'exécution[797]n'y figure pas. De même pour l'omission de mentionner l'une des mentions prévues par l'article R322-5 du même code, relatives l'assignation du débiteur, cette nullité est également valable lors de l'omission d'indiquer les mentions relatives au cahier des conditions de vente prévues par l'article R. 322-10. Ces vices de forme pouvant entrainer la nullité doivent causer un préjudice à celui qui les invoque, étant

[794]- S. PERUS, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC*., 2008, n°50, p.30.

[795]-*supra* 545 et s.

[796]-A.LEBORGNE, « La procédure de saisie immobilière est-elle respectueuse des droits fondamentaux des parties ? », in La justice civile au vingt-et-unième siècle, Mélanges P.Julien, Aix-en-Provence, *Edilaix*, 2003, p. 219 à 229.

[797]- Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution.

considéré que ces formalités sont d'ordre public aux termes de l'article 114 du code de procédure civile.

En outre, ces actes peuvent être attaqués pour des irrégularités de fond, qui affectent la validité de ces actes en vertu de l'article 117 du code de procédure civile, et qui sont :

Le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, et le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice.

De surcroit, l'article R-311-11 du code des procédures civiles d'exécution prévoit que les délais prévus par les articles R. 321-1, R. 321-6, R. 322-6, R. 322-10 et R. 322-31 sont prescrits à peine de caducité du commandement de payer valant saisie, en l'occurrence, toute partie intéressée peut demander au juge de déclarer la caducité de l'acte, à moins que le créancier poursuivant puisse justifier d'un motif légitime[798].

569. Il faut souligner qu'outre les vérifications légales effectuées par le juge de l'exécution, le débiteur peut soulever lors de l'audience d'orientation des contestations portant sur le fond, quand par exemple le débiteur soulève la violation du principe de proportionnalité prévu par l'article L.311-5 du code des procédures civiles d'exécution[799], ou lorsque celui-ci remet en question sa qualité du propriétaire de l'immeuble, ou les éléments de preuve produits au juge, encore lorsque le débiteur conteste le caractère liquide et exigible de la créance[800].

En l'espèce, le juge est tenu lors de l'audience d'orientation de statuer sur ces questions, les questions portant sur le fond du droit n'arrêtent pas le cours de la procédure.

Toutefois, le juge demeure incompétent lorsque ces demandes portent à titre principal sur le fondement du droit invoqué pour pratiquer une mesure d'exécution.

Le juge ici, n'a pas à statuer sur le caractère exécutoire, étant donné que le créancier dispose d'une sûreté constituée par un acte notarié, et n'a pas besoin d'avoir un titre exécutoire pour procéder à la saisie immobilière, dans le cas contraire, l'annulation d'une décision de justice qui a servi de base aux poursuites de la procédure de saisie doit nécessairement avoir pour conséquence la nullité de toute la procédure de saisie[801].

570. Néanmoins, le débiteur peut se voir refuser la vente forcée du bien immeuble, lorsque le débiteur a réglé le principal de la créance, et que le créancier n'agit que pour des frais qui

[798]-Cass. Civ. 2ème ch., 10 juin 2010, n°09-66.395.

[799]-A.LEBORGNE, « Saisie immobilière », *J. Cl. voies d'exécution*, fasc.1120, juin 2012.

[800]-CA Chambéry, 2ème ch. civ., 20 mai 2008, JurisData n° 2008-374996.

[801]-Cass. Civ. 2ème ch., 3 mai 2001, n°98-18.162, Bull. 2001, II, n°91, p.61.

ne sont pas certainement réguliers[802], en l'occurrence, la créance, cause de la saisie immobilière n'est pas certaine, et la condition de liquidité fait défaut[803]. De ce fait, le créancier peut être amené à prendre des mesures conservatoires, ou conduit à faire une action en paiement devant la juridiction compétente.

Une autre situation hypothétique ou la saisie immobilière peut se compromettre, lorsque le débiteur personne physique fait valoir son droit de bénéfice d'une procédure de surendettement, s'il remplit à l'évidence les conditions requises par la loi, en l'occurrence, le débiteur peut former une demande qui vise à suspendre la procédure de saisie immobilière, conformément aux conditions prévues par l'article R331-11-1 du code de la consommation.

Dès lors, la liberté de contrainte du créancier est limitée par les effets de la procédure de surendettement, c'est le sort de la procédure qui déterminera le moment ou le créancier reprendra ses poursuites.

Il convient de rappeler que le créancier peut être concurrencé par d'autres créanciers si la procédure de traitement de surendettement s'oriente vers une procédure de rétablissement personnel[804].

571. Toutefois, d'autres difficultés de nature à compromettre le désintéressement du créancier et le conduire vers une action en paiement contre son débiteur peuvent surgir, en effet, le créancier peut se retrouver lors de la saisie immobilière devant des créanciers mieux placés que lui, et que le prix de vente ne désintéresse que les premiers créanciers inscrits, dans cette hypothèse, le créancier hypothécaire devient un créancier chirographaire, et ne pourra valoir ses droits sur la créance qu'en engageant une action en paiement devant le tribunal compétent, une action qui vise l'obtention d'un titre exécutoire, et qui rentre évidemment dans le champ du contentieux de l'impayé.

Au demeurant, le créancier peut être le premier inscrit, mais la vente du bien immeuble par la saisie ne lui permet pas de se désintéresser totalement de sa créance, dans cette hypothèse, seule une action en paiement lui permettra de contraindre son débiteur de s'acquitter de la différence restante.

Par voie de conséquence, on peut remarquer, que la saisie immobilière à l'instar de la réalisation du gage peut être affectée par des difficultés inhérentes à la procédure ou au bien[805], de nature à contraindre le créancier poursuivant de se retourner vers la justice

[802]-Cass. Civ., 2ème ch., 17 mai 1993, n°91-20.673, Bull. 1993, II, n°177, p.95 ; P. SIMLER, « La vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre authentique et exécutoire, pour une dette certaine et liquide. », *RDI*., mars 1994, p.89.

[803]-P. DELEBECQUE ET P. SIMLER, *R.D.I.*, 15 mars 1994 p.89.

[804]-*supra* 186 et s.
[805]-*supra* 545 et s.

étatique pour engager une action en paiement contre son débiteur, ces actions relèveront du contentieux de l'impayé.

572. A fortiori, le recours important des créanciers à la réalisation de leur hypothèque par le pacte commissoire aurait des incidences indirectes sur la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, toutefois, il est difficile de mesurer avec exactitude l'étendue de cette incidence compte tenu de la récence de ce mode de réalisation, et du fait aussi que le pacte ou sa réalisation ne sont pas soumis à une mesure de publicité.

Pour conclure, on peut adhérer intimement à cette approche du législateur selon laquelle il entend diminuer le rôle du juge dans l'exécution de l'hypothèque, en dépit de toutes les critiques suscitées[806], mettant ainsi fin à toute contrainte afférente à la réalisation de l'hypothèque.

B- L'attribution judiciaire et son éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé

573. Ce mode constitue une innovation majeure en matière d'hypothèque, comme en matière de gage, ce mode de réalisation présente des caractères judiciaires du fait que le créancier impayé doit préalablement recourir au juge pour lui ordonner l'attribution[807], une réalisation semblable à la dation en paiement judiciaire[808], sauf si l'immeuble objet de l'hypothèque constitue la résidence principale du débiteur.

En effet, le bénéfice de ce mode de réalisation n'est pas réservé exclusivement au créancier hypothécaire inscrit en premier rang, au contraire, le bénéficiaire pourra primer les autres créanciers privilégiés[809], et elle permet par voie de conséquence d'éviter un contentieux inéluctable entre le bénéficiaire de l'attribution judiciaire et les autres créanciers privilégiés du constituant dès lors que le prix d'estimation du bien gagé est égal ou supérieur au montant de la dette garantie.

A cet égard, ces créanciers ne peuvent plus exercer leur droit de suite sur le bien attribué au bénéficiaire de l'attribution judiciaire, une course au paiement qui peut toujours provoquer des conflits entre diverses parties, y compris entre les créanciers.

---

[806]-C.CARBONNEL, « Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP E*., 2007, p.50

[807]-article 2458 du code civil.

[808]-L. AYNES ET P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 5ème éd., 2011, p.686

[809]- P-F CUIF, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC*. 2010-69, disponible sur : Lamyline.fr.

574. Par ailleurs, on ne peut pas avoir la certitude que ce mode de réalisation a contribué en France à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, néanmoins, une incidence indirecte peut être soulevée, il s'agit d'un mode de réalisation de droit, qui permet au créancier de s'attribuer le bien en paiement par une simple demande au juge, sans qu'il constitue une demande judiciaire en paiement.

Ainsi, en évitant la naissance de conflits relatifs à la réalisation de l'hypothèque, ce mode de réalisation a possiblement participé, même maigrement, à la baisse du contentieux lié à l'impayé.

Conclusion titre

575. Probablement, la réforme des sûretés n'avait pas pour objectif de contribuer à la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales. Toutefois, l'importance de la réforme, et son caractère substantiel, ont permis au contentieux de l'impayé d'occuper une place importante dans les apports du nouveau droit des sûretés en France. Des effets qui n'ont pas peut-être été recherchés par le législateur.

En effet, le législateur s'est fixé comme objectif apparent à travers cette réforme de rendre les sûretés plus lisibles et efficaces à la fois pour les acteurs économiques que pour les citoyens.

576. Par ailleurs, la mise en place, de nouvelles sûretés, ou la révision d'autres sûretés ayant existé auparavant, dont la réalisation n'exige pas un recours à la justice étatique, représente en effet pour le créancier une véritable assurance contre le risque d'impayé et d'insolvabilité du débiteur, particulièrement lors de la mise en œuvre, et permet au créancier d'éviter le recours à la voie judiciaire pour la réalisation de sa sûreté.

En outre, l'insertion d'un mode de réalisation dans le nouveau droit des sûretés, qui n'exige pas un recours au juge judiciaire, et qui était jusqu'à lors prohibé, est désormais applicable pour quasiment toutes les sûretés, et son caractère extra-judiciaire est incontestable, ainsi que contribution à la baisse du contentieux de l'impayé en France sa mise en place.

Pour conclure, il convient de préciser qu'en dépit de la récence de la réforme de sûretés, celle-ci a très possiblement aidé à la baisse du contentieux de l'impayé en France.

577. Au Maroc, la solidité des sûretés traditionnelles peut être remise en question, du fait de leur affaiblissement par le développement du crédit et les nouvelles techniques bancaires. Celles-ci, semblent, ne s'adaptent plus aux exigences d'un créancier qui aspire à se prémunir contre tout risque d'insolvabilité de son débiteur, ou aléas pouvant mettre en péril son action en recouvrement, et notamment l'ouverture d'une procédure collective.

Par voie de conséquence, se servir de la réforme des sûretés en France, dans un contexte Marocain, peut constituer une démarche importante à l'avantage de la législation Marocaine.

Conclusion partie

578. La baisse du contentieux de l'impayé en France est le résultat d'une conjonction de plusieurs éléments. L'initiative du législateur de vouloir en permanence offrir au créancier un moyen de recouvrer sa créance en dehors de la voie judiciaire a certainement influencé le contentieux de l'impayé, mettant en place tout un arsenal juridique qui favorise le traitement de l'impayé hors cadre judiciaire.

L'action du législateur a été consolidée par le développement d'autres mécanismes qui visent aussi bien la prévention de la défaillance du débiteur, que l'externalisation du traitement de l'impayé.

Désormais, le créancier en France dispose d'une véritable stratégie de recouvrement, qui ne repose pas uniquement sur la voie judiciaire, mais sur d'autres techniques préventives et d'externalisations permettant à ce dernier de recouvrer promptement sa créance, et ne recourir à la voie judiciaire qu'en dernier recours.

A l'égard du nouveau droit des sûretés, la réforme a certainement influencé positivement le contentieux de l'impayé, même si cela ne faisait pas partie des priorités du législateur semble-t-il.

579. L'action du législateur Français, ainsi que le développement de certains mécanismes par les acteurs de la vie des affaires, ont contribué d'une manière certaine à la baisse du contentieux de l'impayé en France.

Par ailleurs, on est enclin à dire, que le processus de recouvrement en France a atteint une certaine maturité, résultat d'un dévouement du législateur et d'autres acteurs à la matière.

En somme, on ne peut que saluer une inspiration progressive du législateur Marocain de son homologue Français, à dessein de pouvoir élaborer un véritable processus de recouvrement en faveur du créancier.

CONCLUSION GENERALE

L'impayé demeurera présent à l'infini dans notre quotidien, dans la mesure où aucune technique et aucun dispositif législatif ne parviendra à l'abolir, et du fait que l'impayé et son contentieux évoluent avec l'évolution de la protection de la défaillance du paiement.

Toutefois, le législateur français et les acteurs de la vie des affaires se sont montrés perspicaces à l'égard du traitement de l'impayé, traduisant leur véritable volonté de faire face à celui-ci et à son contentieux, en accordant une priorité claire à ce phénomène récurrent et à ses conséquences.

L'expérience française en la matière est si constructive, aussi bien sur le plan législatif, que sur le plan pratique, qu'elle est parvenu à atteindre un degré de maturité lui permettant d'offrir au créancier une véritable politique de recouvrement. Cette politique repose sur un éventail législatif assez large, et une pratique enrichissante, aptes à permettre au créancier de recouvrer sa créance promptement et hors cadre judicaire. En revanche, l'approche entreprise par le créancier est loin d'être infaillible, à la fois devant la voie judiciaire qu'en dehors de celle-ci, car le recouvrement en France connait à son tour des difficultés bien qu'elles ne soient pas alarmantes, et n'appellent pas à une intervention urgente du législateur.

Or, la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales durant ces dernières années est un constat réel, et irréfutable, qui s'appuie nécessairement sur des fondements juridiques.

Au Maroc, le risque d'accroissement de l'impayé et d'échec de recouvrement n'était pas aussi fréquent, alors que les obstacles au recouvrement de créances n'ont jamais été aussi importants qu'aujourd'hui, laissant susciter de nombreuses interrogations, particulièrement sur la vision future de ce fléau par le législateur, et la nécessité de mise en place d'une véritable politique de recouvrement pour le créancier, contenant des solutions de substitution ou des alternatives à la voie judiciaire, avec des moyens nécessaires qui facilitent leur promotion et leur mise en œuvre.

En effet, la hausse de l'impayé et de son contentieux est le résultat d'un recouvrement fondé sur la voie judiciaire, anarchiquement structuré. A vrai dire, le débiteur profite de plus en plus des écueils législatifs et pratiques pour se soustraire à ses engagements à l'égard de son créancier, et ces entraves sont de nature à rendre le recouvrement de plus en plus rude. La lenteur de l'appareil judiciaire constitue un grand désavantage pour recouvrer

judiciairement une créance, aggravé par les manœuvres dilatoires d'un débiteur conscient des disfonctionnements judiciaires, et d'un titre exécutoire qui perd progressivement sa valeur eu égard à l'ampleur des difficultés de recouvrement forcé que connait la justice au Maroc.

Mais, les véritables causes de l'expansion du contentieux de l'impayé s'expliquent par l'accroissement de l'impayé lui-même, qui trouve son domaine de prédilection dans les impayés à caractère bancaire.

Les banques et les établissements de crédit sont des interlocuteurs incontournables du marché, des banquiers qui accordent des crédits en abondance au moyen d'avance en fond de roulement, des prêts pour les investissements, des prêts hypothécaires, et autant de crédit à la consommation, sans qu'ils aient le souci de se conformer aux exigences déontologiques de la profession, et d'informer et mettre en garde l'emprunteur de l'ampleur du crédit et de tout ce qu'il implique. Il s'agit d'un défaut de réglementation fatale, de nature à accroitre l'impayé, et à l'évidence, son contentieux.

Subséquemment, l'inspiration de l'expérience française en la matière s'impose plus que jamais, démarche constructive qui sera saluée par tous les acteurs de la vie des affaires, et qui rentrera en totale adéquation avec les aspirations juridiques et économiques du pays.

Cependant, il faut impérativement que les changements qui s'opéreront tiennent compte des aspects pratiques de l'impayé et de ses causes majeures, ainsi que des principales difficultés rencontrées, sur le plan du recouvrement aussi bien amiable que forcé, et ce à dessein de ne pas reproduire aveuglement des textes qui ne s'accorderont pas avec le contexte juridique et économique du pays, et de sombrer dans un échec législatif.

Dans la même optique, la révision des sûretés au Maroc s'avère aussi nécessaire, à l'instar de l'initiative prise par notre homologue français qui a réformé substantiellement les sûretés à travers les ordonnances du 23 Mars 2006 ratifiées par la loi du 20 Février 2007. Cette réforme avait pour objet de durcir les sûretés pour pouvoir répondre aux attentes des praticiens et donner une meilleure protection aux différents types de créanciers, et particulièrement de leur offrir un mode de réalisation qui leur permette de réaliser la sûreté sans avoir recours à la justice étatique. En l'occurrence le pacte commissoire a diminué le rôle du juge dans la réalisation des sûretés, et par voie de conséquence, a contribué à faire baisser les affaires relatives à l'impayé.

L'inspiration de la pratique et de la législation Française, ne permettra pas uniquement au Maroc de faire diminuer le contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, mais, elle instaurera une sphère de confiance entre le débiteur et le

créancier, dans l'objectif d'assurer l'exécution contractuelle, et de permettre au créancier de recouvrer assurément sa créance.

ANNEXES

Annexe n°1 : Statistiques relatives au contentieux de l'impayé devant les juridictions Marocaines

Annexes n°2 : Questionnaires destinés aux avocats

Annexe n°3 : Questionnaires destinés aux huissiers de justice

Annexes n°4 : Questionnaires destinés aux sociétés de recouvrement

Annexes n°5 : Questionnaires destinés aux banques

Annexes n°6 : Questionnaires destinés aux services de recouvrement des entreprises

Annexe n°7 : Lettre de relance envoyée au débiteur par les sociétés de recouvrement

Annexe n°8 : Lettre de relance envoyé par un huissier de justice avant l'obtention du titre exécutoire

Annexes 1

Statistiques relatives au contentieux de l'impayé devant les juridictions Marocaines

Annexe n°1

إحصائيات الأوامر بالأداء والأوراق التجارية الرائجة بالمحاكم التجارية من 2008 إلى 2010

النشاط

2010				2009				2008				
النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	نوعية القضايا
15,30%	0	24353	24353	10,83%	0	15025	15025	9,01%	0	12507	12507	الأوامر بالأداء
–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	الأوراق التجارية
15,30%	0	24353	24353	10,83%	0	15025	15025	9,01%	0	12507	12507	المجموع

إحصائيات الأوامر بالأداء والأوراق التجارية الرائجة بالمحاكم التجارية من 2008 إلى 2010

التنفيذ

نوعية القضايا	2008				2009				2010			
	المطلوب فيه التنفيذ	المنفذ	الباقي	النسبة المائوية للمطلوب فيه التنفيذ من مجموع القضايا	المطلوب فيه التنفيذ	المنفذ	الباقي	النسبة المائوية للمطلوب فيه التنفيذ من مجموع القضايا	المطلوب فيه التنفيذ	المنفذ	الباقي	النسبة المائوية للمطلوب فيه التنفيذ من مجموع القضايا
الأوامر بالأداء	13207	9695	3512	22,41%	12566	8365	4201	22,89%	16104	9102	7002	26,87%
الأوراق التجارية	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
المجموع	13207	9695	3512	22,41%	12566	8365	4201	22,89%	16104	9102	7002	26,87%

إحصائيات الأوامر بالأداء والأداءات الرائجة بالمحاكم الإبتدائية من 2008 إلى 2010

النشاط

2010				2009				2008				
النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	نوعية القضايا
4,04%	17	28044	28061	2,18%	3	18365	18368	2,39%	21	16778	16799	الأوامر بالأداء
3,78%	12551	13693	26244	3,51%	13098	16553	29651	4,66%	17947	14812	32759	الإداءات
7,82%	12568	41737	54305	5,69%	13101	34918	48019	7,05%	17968	31590	49558	المجموع

إحصائيات الأوامر بالأداء والأوراق التجارية الرائجة بالمحاكم التجارية من 2008 إلى 2010

النشاط

2010				2009				2008				
النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	النسبة المائوية للرائج من مجموع القضايا	الباقي	المحكوم	الرائج	نوعية القضايا
15,30%	0	24353	24353	10,83%	0	15025	15025	9,01%	0	12507	12507	الأوامر بالأداء
–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	الأوراق التجارية
15,30%	0	24353	24353	10,83%	0	15025	15025	9,01%	0	12507	12507	المجموع

ANNEXES N°2

Questionnaires destinés aux avocats

Nom : [redacted]

Barreau : Casablanca

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que vos informations personnelles y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui Non

1-la prévention de l'impayé

Quelles sont les techniques contractuelles les plus efficaces pour prévenir l'impayé (cochez et classez de 1 la plus efficace à 6 la moins efficace)

Le mode de paiement **(2)**

Stipulations comminatoires

Clauses résolutoires

Sûretés personnelles

Sûretés réelles **(1)**

Autres (précisez)

Nous vous saurons gré de bien vouloir nous transmettre par mail des exemples de clauses que vous jugez les plus efficaces (zakabouabidi@gmail.com)

Quels sont les modes de paiement les plus efficaces pour prévenir l'impayé (cochez et classez de 1 la plus efficace à 4 la moins efficace)

Prélèvement automatique

Carte bancaire

Chèque **(1)**

Autres

Constatez-vous que la rédaction de dispositions contractuelles a évolué au cours des 10 dernières années ?en quoi ? **Non, pas vraiment.**

Lors de la rédaction d'un contrat ou de dispositions générales, vous chercherez une technique adaptée de prévention de l'impayé :

Systématiquement

Fréquemment

Rarement

Jamais

2-**le recouvrement amiable**

Quelle est la proportion de vos dossiers qui font l'objet d'un recouvrement amiable (impliquant des diligences au-delà d'une mise en demeure : **seulement en matière de chèque.%**

Quelle est la suite la plus fréquente en cas d'échec d'un recouvrement amiable ?

Abandon des poursuites

Le recours au juge

Action au fond en référé **injonction de payer**

Autre (précisez)

3-**les modes alternatifs de règlement des conflits**

Avez-vous recours à des modes alternatifs de règlement des conflits ?

Systématiquement

Fréquemment

Rarement

Jamais

Lesquels ?

Quelle est leur efficacité pour le recouvrement

Très efficace

Pas plus efficace qu'une procédure judiciaire

Pas efficace

4-**le contentieux de l'impayé**

Indiquez la proportion de vos dossiers de recouvrement qui font l'objet : **cela dépend de la nature du dossier**

D'une procédure d'injonction de payer %

D'une action en référé %

D'une action au fond %

Quels sont les motifs susceptibles de dissuader vos clients d'entreprendre une procédure contentieuse ?

Délais

Le cout

Les chances de recouvrement

Le risque de contestation sur le bien-fondé de la créance

Quelle est la proportion de titres exécutoires volontairement exécutés en matière d'impayés contractuels ? **0 %**

L'efficacité des procédures de recouvrement est meilleure :

Devant les juridictions civiles

Devant les juridictions commerciales

Aucune différence n'est constatée

5- **abandon des poursuites**

Quels sont les critères permettant de déterminer les créances faisant l'objet d'un abandon des poursuites ? S'il y'en a plusieurs, pourriez-vous les classer par importance (de 1 le plus important à 5 le moins pertinent) ?

Le montant de la créance. Précisez :

L'absence de garanties

La procédure collective à l'encontre du débiteur

Le décès du débiteur

L'ignorance de l'adresse du débiteur

Autre (précisez) :

6- l'évolution

Selon vous, au cours des dix dernières années, le recours au juge a-t-il diminué ou augmenté en matière d'impayé contractuel ? Il a augmenté

Pourquoi ?

Questionnaire à destination aux Avocats

Nom : [redacted]

Barreau Casablanca

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que vos informations personnelles y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui Non

1-la prévention de l'impayé

Quelles sont les techniques contractuelles les plus efficaces pour prévenir l'impayé (cochez et classez de 1 la plus efficace à 6 la moins efficace)

Le mode de paiement **(3)**

Stipulations comminatoires

Clauses résolutoires **(2)**

Sûretés personnelles **(1)**

Sûretés réelles **(4)**

Autres (précisez)

Nous vous saurons gré de bien vouloir nous transmettre par mail des exemples de clauses que vous jugez les plus efficaces (zakabouabidi@gmail.com)

Quels sont les modes de paiement les plus efficaces pour prévenir l'impayé (cochez et classez de 1 la plus efficace à 4 la moins efficace)

Prélèvement automatique **(2)**

Carte bancaire **(3)**

Chèque **(1)**

Autres

Constatez-vous que la rédaction de dispositions contractuelles a évolué au cours des 10 dernières années ?en quoi ? **à notre connaissance, non.**

Lors de la rédaction d'un contrat ou de dispositions générales, vous chercherez une technique adaptée de prévention de l'impayé :

Systématiquement

Fréquemment

Rarement

Jamais

2-**le recouvrement amiable**

Quelle est la proportion de vos dossiers qui font l'objet d'un recouvrement amiable (impliquant des diligences au-delà d'une mise en demeure : **très peu, particulièrement les chèques.**

Quelle est la suite la plus fréquente en cas d'échec d'un recouvrement amiable ?

Abandon des poursuites

Le recours au juge

Action au fond en référé **injonction de payer**

Autre (précisez)

3-**les modes alternatifs de règlement des conflits**

Avez-vous recours à des modes alternatifs de règlement des conflits ?

Systématiquement

Fréquemment

Rarement

Jamais

Lesquels ?

Quelle est leur efficacité pour le recouvrement

Très efficace

Pas plus efficace qu'une procédure judiciaire

Pas efficace

4-**le contentieux de l'impayé**

Indiquez la proportion de vos dossiers de recouvrement qui font l'objet :

D'une procédure d'injonction de payer **50%**

D'une action en référé **30 %**

D'une action au fond **20%**

Quels sont les motifs susceptibles de dissuader vos clients d'entreprendre une procédure contentieuse (1 le plus pertinent à 4 le moins pertinent)

Délais **(1)**

Le cout **(3)**

Les chances de recouvrement

Le risque de contestation sur le bien-fondé de la créance **(2)**

Quelle est la proportion de titres exécutoires volontairement exécutés en matière d'impayés contractuels ? %

L'efficacité des procédures de recouvrement est meilleure :

Devant les juridictions civiles

Devant les juridictions commerciales

Aucune différence n'est constatée

5- **abandon des poursuites**

Quels sont les critères permettant de déterminer les créances faisant l'objet d'un abandon des poursuites ? S'il y'en a plusieurs, pourriez-vous les classer par importance (de 1 le plus important à 5 le moins pertinent) ?

Le montant de la créance. Précisez :

L’absence de garanties **(1)**

La procédure collective à l’encontre du débiteur **(3)**

Le décès du débiteur **(4)**

L’ignorance de l’adresse du débiteur **(2)**

Autre (précisez) :

6- l’évolution

Selon vous, au cours des dix dernières années, le recours au juge a-t-il diminué ou augmenté en matière d’impayé contractuel ? **Augmentation**

Pourquoi ?

ANNEXE N°3

Questionnaires destinés aux huissiers de justice

Questionnaire à destination des huissiers de justice

-Votre étude

Quel est l'effectif de votre étude ? **3**

Depuis quand existe-telle ? **1998**

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que vos informations personnelles y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui **Non**

-vos clients

- Les relations contractuelles avec vos clients

Exercez-vous pour vos clients une activité de recouvrement sans qu'un titre exécutoire n'ait été préalablement obtenu ?

Oui

Non

-. Les informations sur le débiteur

-Les informations relatives au patrimoine du débiteur

Pour déterminer les éléments du patrimoine du débiteur vous effectuez des investigations complémentaires :

Systématiquement

Rarement

Jamais

-Les demandes d'information auprès de l'administration fiscale :

Vous effectuez des demandes d'information auprès de l'administration fiscale :

Systématiquement

Rarement

Jamais

Les informations recueillies sont :

Fiables

Pas fiables

En quoi :

-Le recouvrement amiable

Dans quelle proportion vos clients vous demandent-t-ils d'utiliser des moyens de recouvrement amiable, (%du nombre total de vos dossiers de recouvrement)

Entre 0 et 10 %

Entre 10 et 25 %

Entre 25 et 50 %

Plus de 50 %

Si oui, pouviez-vous identifier les critères fixés par le client ?

Montant de la dette

Caractéristique du débiteur (entreprise/particulier)

Caractéristique du créancier

Autres (précisez) :

Quelle est la durée la plus fréquente de l'exécution en cas de rééchelonnement ?

Pas de rééchelonnement

De quelques jours à 1 mois

De 1 à 3 mois

De 3 à 6 mois

De 6 mois à 1 an

De 1 an à 2 ans

Plus de 2 ans

-la mise en œuvre du titre exécutoire

A quel moyen procédez-vous à la localisation d'un débiteur qui a changé son adresse ?

C'est toujours délicat de localiser des débiteurs ayant procédé au changement de leur adresse, particulièrement les entreprises.

pour aller plus loin

Votre clientèle

Avez-vous constaté une modification du volume d'affaires relatives au contentieux de l'impayé ces dix dernières années ?

Diminution

Augmentation

Depuis 2000

Depuis 2005

Avez-vous constaté une modification de la nature des dossiers qui vous sont confiés ? **Non**

Depuis 2000

Depuis 2005

Si oui, laquelle ?

7.2 Les relations contractuelles avec vos clients

Lorsqu'elles font appel à vous, vos clients le font :

Ponctuellement

Dans le cadre de conventions générales

Vos clients vous donnent-ils des consignes générales pour le recouvrement ?

Non

Oui

Si oui, précisez le type de clients ?

Si oui, sur quoi portent ces consignes ?

Recouvrement amiable

L'abandon des poursuites

La limite des frais à engager pour le recouvrement

Autre (précisez) :

Vous avez comme contact :

Leurs avocats

Leurs services internes : contentieux

Leurs services internes : recouvrement

Leurs entreprises externes de recouvrement

Le nombre de créances a-t-il un impact sur les modes opératoires ? **Non**

Si oui, lequel ?

-Le recouvrement amiable

Vous essayez de jouer le rôle du conciliateur entre vos clients et leurs débiteurs. **Non**

Le rééchelonnement fait-il l'objet : **Non**

D'un nouveau contrat écrit

D'un engagement écrit émanant du débiteur

D'un simple échange oral

Existe-t-il des remises partielles de dette ou de frais en cas de rééchelonnement ?

Oui

Non

Y a-t-il eu tentative de recouvrement amiable avant votre intervention ?

Si oui, par :

Le créancier lui-même

Une agence de recouvrement

Un avocat

Autre (précisez) :

Questionnaire à destination des huissiers de justice

-Votre étude

Quel est l'effectif de votre étude ? 2

Depuis quand existe-telle ? 1994

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que vos informations personnelles y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui **Non**

-vos clients

- Les relations contractuelles avec vos clients

Exercez-vous pour vos clients une activité de recouvrement sans qu'un titre exécutoire n'ait été préalablement obtenu ?

Oui

Non

-. Les informations sur le débiteur

-Les informations relatives au patrimoine du débiteur

Pour déterminer les éléments du patrimoine du débiteur vous effectuez des investigations complémentaires :

Systématiquement

Rarement

Jamais

-Les demandes d'information auprès de l'administration fiscale :

Vous effectuez des demandes d'information auprès de l'administration fiscale :

Systématiquement

Rarement

Jamais

Les informations recueillies sont :

Fiables

Pas fiables

En quoi :

-Le recouvrement amiable

Dans quelle proportion vos clients vous demandent-t-ils d'utiliser des moyens de recouvrement amiable, (%du nombre total de vos dossiers de recouvrement)

Entre **0 et 10 %**

Entre 10 et 25 %

Entre 25 et 50 %

Plus de 50 %

Si oui, pouviez-vous identifier les critères fixés par le client ?

Montant de la dette

Caractéristique du débiteur (entreprise/particulier)

Caractéristique du créancier

Autres (précisez) :

Quelle est la durée la plus fréquente de l'exécution en cas de rééchelonnement ?

Pas de rééchelonnement

De quelques jours à 1 mois

De 1 à 3 mois

De 3 à 6 mois

De 6 mois à 1 an

De 1 an à 2 ans

Plus de 2 ans

-la mise en œuvre du titre exécutoire

A quel moyen procédez-vous à la localisation d'un débiteur qui a changé son adresse ?

Commentaire : **aucun**

pour aller plus loin

Votre clientèle

Avez-vous constaté une modification du volume d'affaires relatives au contentieux de l'impayé ces dix dernières années ?

Diminution

Augmentation

Depuis 2000

Depuis 2005

Avez-vous constaté une modification de la nature des dossiers qui vous sont confiés ?

Depuis 2000

Depuis 2005

Si oui, laquelle ?

7.2 Les relations contractuelles avec vos clients

Lorsqu'elles font appel à vous, vos clients le font :

Ponctuellement

Dans le cadre de conventions générales

Vos clients vous donnent-ils des consignes générales pour le recouvrement ?

Non

Oui

Si oui, précisez le type de clients ?

Si oui, sur quoi portent ces consignes ?

Recouvrement amiable

L'abandon des poursuites

La limite des frais à engager pour le recouvrement

Autre (précisez) :

Vous avez comme contact :

Leurs avocats

Leurs services internes : contentieux

Leurs services internes : recouvrement

Leurs entreprises externes de recouvrement

Le nombre de créances a-t-il un impact sur les modes opératoires ?

Si oui, lequel ?

-Le recouvrement amiable

Vous essayez de jouer le rôle du conciliateur entre vos clients et leurs débiteurs. **Non**

Le rééchelonnement fait-il l'objet : **pas de rééchelonnement**

D'un nouveau contrat écrit

D'un engagement écrit émanant du débiteur

D'un simple échange oral

Existe-t-il des remises partielles de dette ou de frais en cas de rééchelonnement ?

Oui

Non

Y a-t-il eu tentative de recouvrement amiable avant votre intervention ?

Si oui, par :

Le créancier lui-même

Une agence de recouvrement

Un avocat

Autre (précisez) :

ANNEXES N°4

Questionnaires destinés aux sociétés de recouvrement

Questionnaire à destination des entreprises de recouvrement :

1-votre entreprise

Nom : [redacted]

Date de création : **1995**

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que vos informations personnelles y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui **Non**

2-vos clients

Les établissements de crédit et notamment à la consommation

Souvent occasionnellement rarement

Les huissiers de justice en représentation de leurs clients

Souvent occasionnellement **rarement**

Des opérateurs téléphone et internet

Souvent **occasionnellement** rarement

Les entreprises d'assurance

Souvent **occasionnellement** rarement

Les banques

Souvent occasionnellement rarement

Autres (veuillez préciser)

3-vos affaires

Ces entreprises vous demandent-elles d'autres services que le recouvrement de créances

Renseignement commercial

Conseil

Gestion du poste clients

Autre (veuillez préciser)

Les créances à recouvrer résultent-elles :

De décisions de justice ayant force exécutoire ?

Souvent occasionnellement **rarement**

De factures impayées ?

Souvent occasionnellement rarement

Autres :

Les montants des créances dont vous êtes chargé se situe le plus souvent entre

Moins de 1000Dh

Entre 1000 et 5000Dh

Entre 5000 et 10000Dh

Entre 10000 et 50000Dh

Plus

Le volume de vos affaires a-t-il augmenté ?

Depuis 1995

Depuis 2000

Depuis 2005

Depuis 2010

4-les fichiers relatifs à la solvabilité des débiteurs :

Avez-vous des fichiers vous permettant d'évaluer et de voir la solvabilité des débiteurs ?

NON

Pour déterminer les éléments du patrimoine du débiteur, vous effectuez des investigations à cet effet ?

Systématiquement

Rarement

Jamais

5-les modalités du recouvrement amiable

Quels sont les délais moyens pour le recouvrement(en mois ou jours) ?

45 Jours

Une lettre de relance envoyée par vos soins suffit-elle de provoquer le paiement ?

De la totalité de l créance ?

Souvent **occasionnellement** rarement

D'un acompte sur une partie de la créance ?

Souvent **occasionnellement** rarement

Non

Les modalités du recouvrement sont-elles différentes suivant :

Le type de débiteur ? **OUI** NON

Le montant de la créance ? **OUI** NON

L'existence ou non d'un titre exécutoire ? **OUI** NON

La date de l'exigibilité de la créance ? **OUI** NON

Si oui, pouvez-vous nous expliquer en quoi résident ces différences.

Plus le montant et frais sont récents, plus les chances de récupération sont grandes.

Quelles sont les actions autres que les lettres de relance et de mise en demeure que vous mettez en œuvre pour recouvrer les créances ?

Visite au contact avec l'employeur

Recherche de compte bancaire

Autres actions(précisez)

Vous proposez des rééchelonnements à vos débiteurs ?

Oui

Non

Si oui vous en informez le créancier ?

Oui

Non

Si oui avant ou après la proposition de rééchelonnement ?

Avant

Après

Quelle est la durée la plus fréquente du recouvrement en cas de rééchelonnement ?

Moins d'un mois

De un à six moi

De six mois à un an

Plus d'un an

Le rééchelonnement fait-il l'objet :

D'un nouveau contrat écrit

D'un engagement écrit émanant du débiteur

D'un simple échange oral

Existe-t-il des remises partielles de dettes ou de frais ?

Oui

Non

Après combien de temps les dossiers de créances non recouvrées sont-ils classés ?

Un mois

Six mois

Un an

Plus

Faites-vous appel à un huissier de justice pour appuyer vos tentatives de recouvrement amiable ?

Souvent **occasionnellement** rarement

En cas d'échec du recouvrement amiable, vous orientez-vous vers une procédure de demande d'injonction de payer ?

Souvent **occasionnellement** rarement

Représentez-vous vos créanciers devant les juridictions civiles ou commerciales dans le cadre d'une procédure de recouvrement forcé pour avoir un titre exécutoire ?

Souvent **occasionnellement** rarement Jamais

Quelles sont les modalités de la rémunération des services de recouvrement ?

Forfait minium et de la somme recouvrée

xx de la somme recouvrée rémunération des différents actes précisément effectués à partir d'un barème préalablement établi

Rémunération des différents actes précisément effectués à partir de la situation spécifique du dossier

A partir de quel montant de frais (en xx du montant de la créance) le recouvrement est-il dissuasif ?

Moins de 1xx

Entre 1xxet 5xx

Entre 5xx et 10 xx

Plus de 10 xx

6-l'abandon des poursuites

Quels sont les critères conduisant à abandonner les poursuites contre le débiteur ?s'il y en a plusieurs, pourriez-vous les classer par ordre d'importance ?

1 Montant de la créance

2 L'absence de garantie

3 Une contestation de la créance

4 La procédure collective contre le débiteur

Autre (précisez)

7- réglementation

Les entreprises de recouvrement au Maroc sont en pleine expansion, existe-t-il une loi ou un projet de loi destinés à réglementer cette activité si importante ?

Pour l'instant non

Questionnaire à destination des entreprises de recouvrement :

1-votre entreprise

Nom : [redacted]

Date de création : **1995**

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que vos informations personnelles y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui **Non**

2-vos clients

Les établissements de crédit et notamment à la consommation

Souvent occasionnellement rarement

Les huissiers de justice en représentation de leurs clients

Souvent occasionnellement **rarement**

Des opérateurs téléphone et internet

Souvent **occasionnellement** rarement

Les entreprises d'assurance

Souvent **occasionnellement** rarement

Les banques

Souvent occasionnellement rarement

Autres (veuillez préciser)

3-vos affaires

Ces entreprises vous demandent-elles d'autres services que le recouvrement de créances

Renseignement commercial

Conseil

Gestion du poste clients

Autre (veuillez préciser)

Les créances à recouvrer résultent-elles :

De décisions de justice ayant force exécutoire ?

Souvent occasionnellement **rarement**

De factures impayées ?

Souvent occasionnellement rarement

Autres :

Les montants des créances dont vous êtes chargé se situe le plus souvent entre

Moins de 1000Dh

Entre 1000 et 5000Dh

Entre 5000 et 10000Dh

Entre 10000 et 50000Dh

Plus

Le volume de vos affaires a-t-il augmenté ?

Depuis 1995

Depuis 2000

Depuis 2005

Depuis 2010

4-les fichiers relatifs à la solvabilité des débiteurs :

Avez-vous des fichiers vous permettant d'évaluer et de voir la solvabilité des débiteurs ?

NON

Pour déterminer les éléments du patrimoine du débiteur, vous effectuez des investigations à cet effet ?

Systématiquement

Rarement

Jamais

5-les modalités du recouvrement amiable

Quels sont les délais moyens pour le recouvrement(en mois ou jours) ?

45 Jours

Une lettre de relance envoyée par vos soins suffit-elle de provoquer le paiement ?

De la totalité de l créance ?

Souvent **occasionnellement** rarement

D'un acompte sur une partie de la créance ?

Souvent **occasionnellement** rarement

Non

Les modalités du recouvrement sont-elles différentes suivant :

Le type de débiteur ? **OUI** NON

Le montant de la créance ? **OUI** NON

L'existence ou non d'un titre exécutoire ? **OUI** NON

La date de l'exigibilité de la créance ? **OUI** NON

Si oui, pouvez-vous nous expliquer en quoi résident ces différences.

Plus le montant et frais sont récents, plus les chances de récupération sont grandes.

Quelles sont les actions autres que les lettres de relance et de mise en demeure que vous mettez en œuvre pour recouvrer les créances ?

Visite au contact avec l'employeur

Recherche de compte bancaire

Autres actions(précisez)

Vous proposez des rééchelonnements à vos débiteurs ?

Oui

Non

Si oui vous en informez le créancier ?

Oui

Non

Si oui avant ou après la proposition de rééchelonnement ?

Avant

Après

Quelle est la durée la plus fréquente du recouvrement en cas de rééchelonnement ?

Moins d'un mois

De un à six moi

De six mois à un an

Plus d'un an

Le rééchelonnement fait-il l'objet :

D'un nouveau contrat écrit

D'un engagement écrit émanant du débiteur

D'un simple échange oral

Existe-t-il des remises partielles de dettes ou de frais ?

Oui

Non

Après combien de temps les dossiers de créances non recouvrées sont-ils classés ?

Un mois

Six mois

Un an

Plus

Faites-vous appel à un huissier de justice pour appuyer vos tentatives de recouvrement amiable ?

Souvent **occasionnellement** rarement

En cas d'échec du recouvrement amiable, vous orientez-vous vers une procédure de demande d'injonction de payer ?

Souvent **occasionnellement** rarement

Représentez-vous vos créanciers devant les juridictions civiles ou commerciales dans le cadre d'une procédure de recouvrement forcé pour avoir un titre exécutoire ?

Souvent **occasionnellement** rarement Jamais

Quelles sont les modalités de la rémunération des services de recouvrement ?

Forfait minium et de la somme recouvrée

xx de la somme recouvrée rémunération des différents actes précisément effectués à partir d'un barème préalablement établi

Rémunération des différents actes précisément effectués à partir de la situation spécifique du dossier

A partir de quel montant de frais (en xx du montant de la créance) le recouvrement est-il dissuasif ?

Moins de 1xx

Entre 1xxet 5xx

Entre 5xx et 10 xx

Plus de 10 xx

6-l'abandon des poursuites

Quels sont les critères conduisant à abandonner les poursuites contre le débiteur ?s'il y en a plusieurs, pourriez-vous les classer par ordre d'importance ?

1 Montant de la créance

2 L'absence de garantie

3 Une contestation de la créance

4 La procédure collective contre le débiteur

Autre (précisez)

7- réglementation

Les entreprises de recouvrement au Maroc sont en pleine expansion, existe-t-il une loi ou un projet de loi destinés à réglementer cette activité si importante ?

Pour l'instant non

ANNEXES N°5

Questionnaires destinés aux banques

Questionnaire à destination des banques et des établissements financiers

Le nom de l'établissement bancaire :

[redacted]

1- Votre poste

Analyste financier

Quelles sont vos fonctions dans l'établissement ?

Recherche et satisfaction des clients dans les meilleures conditions de sécurité et de rentabilité

Depuis combien de temps exercez-vous ces fonctions ?

1 an

Vous traitez :

Exclusivement du B to B (les relations avec les entreprises)

Exclusivement du B to C (les relations avec les consommateurs)

Les deux (part de B to B : 90 %, part de B to C : 10 %)

Quel est le nombre de personnes travaillant dans votre service ?

6 personnes

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que votre nom et celui de l'établissement y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui **Non**

Disposez –vous dans votre Banque d'un département spécialisé et destiné au recouvrement amiable ?

Oui **Non**

<u>Partie 1 : La prévention de l'impayé</u>

2- La prévention de l'impayé par les techniques contractuelles

Quelles sont les techniques contractuelles de prévention de l'impayé les plus efficaces ? (cochez et classez de 1 la plus efficace à 6 la moins efficace)

Le mode de paiement :

Clause pénale ou équivalent :**3**

Clauses résolutoires :**5**

Sûretés personnelles :**4**

Sûretés réelles :**2**

Autres (précisez) :**1**

Nous vous saurons gré de bien vouloir nous transmettre par email des exemples de clauses que vous jugez les plus efficaces.

zakabouabidi@gmail.com

Dans quelles hypothèses avez-vous recours à des sûretés ?

Crédit court terme

Crédit consommation

Crédit immobilier

Crédit d'investissement

Personnelles ? (exemple : cautionnement, garantie à première demande)

Lesquelles : **Cautions/crédit court terme**

Réelles ? (exemple : hypothèque, gage ou nantissement)

Lesquelles : **credit immobilier/ credit court terme/ credit d'investissement.**

Constatez-vous que la rédaction des clauses contractuelles a évolué au cours des 10 dernières années ? **Non**

En quoi ?

Disposez-vous dans votre banque d'une filiale spécialisée dans l'affacturage

Oui Non

Depuis quand ?

Estimez-vous que c'est un mécanisme efficace pour mobiliser les créances ?

Quel est le degré de cette efficacité ?

3- Les fichiers relatifs à la solvabilité du débiteur

Dans le cadre de vos missions, disposez-vous des fichiers ou des services de renseignement sur la solvabilité des débiteurs ?

Oui

Non

Quels fichiers consultez-vous ?

Des fichiers internes à votre établissement

Des fichiers publics

Lesquels ?

Des fichiers privés

Lesquels ?

A quel moment consultez-vous ces fichiers ?

Avant le traitement de chaque demande du client

Signature du contrat

Au cours de l'exécution du contrat

En cas d'incident

Les renseignements vous sont communiqués dans un délai moyen :

Immédiatement

De quelques jours

D’un mois environ

Autre

Les informations recueillies sont :

Fiables

Pas fiables

En quoi ?

Avez-vous recours à des services de renseignements commerciaux ?

Quelles sont les informations que vous demandez aux contractants ?

-relativement à leur situation personnelle :

Pour les professionnels

Les justificatifs de revenus/ CIN/ model 7

Pour les consommateurs

Les justificatifs de revenus/ CIN

-relativement à leur situation patrimoniale :

Pour les professionnels

Tout bien appartenant a la relation

Pour les consommateurs

Tout bien appartenant a la relation

-relativement à leur situation financière et comptable :

Pour les professionnels

Bilan des 3 dernières années (dossier juridique)

Pour les consommateurs

Attestation de travail et de salaire

Dans quelles hypothèses les informations données par le débiteur sont-elles vérifiées ? Comment ?

Avez-vous recours :

A des sociétés de renseignement commercial ?

A d'autres tiers ?

-non

-si oui, lesquels ?

Les informations recueillies sont :

Fiables

Pas fiables

En quoi ?

Utilisez-vous un système de scoring ?

Non

Oui

Si oui lequel ?

<u>Partie 2 : le traitement de l'impayé</u>

Hypothèse 1 : Traitement de l'impayé en dehors de toute procédure de procédure collective

4- Les modalités du recouvrement amiable

Quels sont les délais moyens (en moi ou jours) pour le recouvrement ?

Une lettre de relance envoyée par vos soins suffit-elle à provoquer le paiement ?

-de la totalité de la créance ?

Souvent **rarement** jamais

-d'un acompte sur une partie de la créance ?

Souvent rarement jamais

Quelle est la proportion de vos dossiers de recouvrement qui font l'objet de recouvrement amiable (impliquant des diligences au-delàs d'une mise en demeure) : **50%**

Quelle est la proportion de réussite d'un recouvrement amiable par rapport à la totalité de vos dossiers de recouvrement amiable ? **30 %**

Les modalités du recouvrement sont-elles différentes suivant :

-le type de débiteur ? **oui** non

-le montant de la créance ? **oui** non

-l'existence ou non d'un titre exécutoire ? oui non

-la date de l'exigibilité de la créance ? oui non

Dans quelles conditions un rééchelonnement est-il accordé ?

Existe-t-il des remises partielles de dette ou de frais ?

Oui

Non

Disposez-vous dans votre groupe d'un service de recouvrement amiable ?

Oui

Non

Faites-vous appel à une société de recouvrement pour appuyer vos tentatives de recouvrement amiable ?

Souvent rarement jamais

En cas d'échec du recouvrement amiable, vous orientez-vous vers une procédure de demande d'injonction de payer ?

Souvent rarement jamais

En cas d'échec du recouvrement amiable vous adressez-vous à un avocat afin d'obtenir un titre permettant une exécution forcée ?

Souvent rarement jamais

5- Les modes alternatifs de règlement des conflits

Avez-vous recours à la médiation, conciliation... ?

Toujours **fréquemment** jamais

Précisez le mode alternatif auquel vous avez recours :

Avez-vous recours à la médiation bancaire

Toujours **fréquemment** jamais

Quelle est leur efficacité pour le recouvrement ?

Très efficace

Pas plus efficace qu'une procédure judiciaire

Pas efficace ou peu efficace

6- le contentieux de l'impayé

Quel est le service qui décide d'entreprendre une procédure contentieuse ? **Service contentieux**

Quels sont les motifs susceptibles de dissuader d'entreprendre une procédure contentieuse (de 1 le plus pertinent à 4 le moins pertinent) ?

-les délais **3**

-le coût**2**

-les chances de recouvrement **4**

-le risque de contestation sur le bien-fondé de la créance **1**

Quelle est, en moyenne, la proportion du coût de la procédure judiciaire par rapport au montant de la créance ?

Quelle proportion du coût réellement payé par le créancier sera finalement à la charge du débiteur ?

Quelle est, en moyenne, la proportion du coût de l'exécution par rapport au montant de la créance ?

L'efficacité des procédures de recouvrement est meilleure :

Devant les juridictions civiles

Devant les juridictions commerciales

Aucune différence n'est constatée

Commentaire :

7- L'abandon des poursuites

Quels sont les critères conduisant à abandonner les poursuites contre le débiteur ? S'il y'en a plusieurs, pourriez-vous les classer par importance ?

Le montant de la créance (précisez) : **5**

L'absence de garanties **1**

Une contestation de la créance **4**

La procédure collective du débiteur **3**

Le surendettement du débiteur **2**

Autre (précisez) :

Hypothèse 3 : Traitement de l'impayé dans le cadre d'une procédure collective

Quelle est la proportion d'impayé qui entraîne l'ouverture d'une procédure collective ? %

Dans quel délais obtenez-vous satisfaction en cas de :

Plan de continuation/ plan de redressement ?

Plan de cession de l'entreprise ?

Liquidation judiciaire (sans plan de cession de l'entreprise) ?

Dans quelle proportion cette satisfaction est :

Totale %

Partielle %

Nulle %

8- l'évolution

Selon vous, au cours des dix dernières années, le nombre de procédures judiciaires a-t-il diminué ou augmenté ?

Pourquoi ? **Augmenté, toujours en raison de la crise dans le monde et dans plusieurs secteurs d'activité.**

Questionnaire à destination des banques et des établissements financiers

Le nom de l'établissement bancaire :

1- Votre poste

Quelles sont vos fonctions dans l'établissement ?

GESTIONNAIRE DE DOSSIERS

Depuis combien de temps exercez-vous ces fonctions ?

DEPUIS 1995

Vous traitez :

Exclusivement du B to B (les relations avec les entreprises)

Exclusivement du B to C (les relations avec les consommateurs)

Les deux (part de B to B : %, part de B to C : %)

Quel est le nombre de personnes travaillant dans votre service ?

NEUF

Nos recherches seront éventuellement publiées, voulez-vous que votre nom et celui de l'établissement y figurent ou restent dans l'anonymat ?

Oui

Disposez –vous dans votre Banque d'un département spécialisé et destiné au recouvrement amiable ?

Oui

<u>Partie 1 : La prévention de l'impayé</u>

2- La prévention de l'impayé par les techniques contractuelles

Quelles sont les techniques contractuelles de prévention de l'impayé les plus efficaces ? (cochez et classez de 1 la plus efficace à 6 la moins efficace)

3Le mode de paiement :

5Clause pénale ou équivalent :

4Clauses résolutoires :

2 Sûretés personnelles :

1 Sûretés réelles :

Autres (précisez) :

Nous vous saurons gré de bien vouloir nous transmettre par email des exemples de clauses que vous jugez les plus efficaces.

zakabouabidi@gmail.com

Dans quelles hypothèses avez-vous recours à des sûretés ?

Personnelles ? (exemple : cautionnement, garantie à première demande)

Lesquelles : Renforcements des autres garanties

Réelles ? (exemple : **hypothèque, gage ou nantissement)**

Lesquelles : couverture des engagements

Constatez-vous que la rédaction des clauses contractuelles a évolué au cours des 10 dernières années ? **non, nous utilisons les mêmes contrats**

En quoi ?

Disposez-vous dans votre banque d'une filiale spécialisée dans l'affacturage

Oui **Non**

Depuis quand ?

Estimez-vous que ce soit un mécanisme efficace pour mobiliser les créances ?

Quel est le degré de cette efficacité ?

3- Les fichiers relatifs à la solvabilité du débiteur

Dans le cadre de vos missions, disposez-vous des fichiers ou des services de renseignement sur la solvabilité des débiteurs ?

Oui

Non

Quels fichiers consultez-vous ?

Des fichiers internes à votre établissement

Des fichiers publics

Lesquels ? Fichiers banque centrale

Des fichiers privés

Lesquels ?

A quel moment consultez-vous ces fichiers ?

Signature du contrat

Au cours de l'exécution du contrat

En cas d'incident

Les renseignements vous sont communiqués dans un délai moyen :

Immédiatement

De quelques jours

D'un mois environ

Autre

Les informations recueillies sont :

Fiables

Pas fiables

En quoi ?

Avez-vous recours à des services de renseignements commerciaux ? **Non**

Quelles sont les informations que vous demandez aux contractants ?

-relativement à leur situation personnelle :

Pour les professionnels

Pour les consommateurs

-relativement à leur situation patrimoniale :

Pour les professionnels

Pour les consommateurs

Avez-vous recours :

A des sociétés de renseignement commercial ?

A d'autres tiers ?

-non

-si oui, lesquels ?

Les informations recueillies sont :

Fiables

Pas fiables

En quoi ?

Utilisez-vous un système de scoring ?

Non

Oui

Si oui lequel ?

<u>Partie 2 : le traitement de l'impayé</u>

Hypothèse 1 : Traitement de l'impayé en dehors de toute procédure de procédure collective

4- Les modalités du recouvrement amiable

Quels sont les délais moyens (en moi ou jours) pour le recouvrement ? 1 à 3 mois

Une lettre de relance envoyée par vos soins suffit-elle à provoquer le paiement ?

-de la totalité de la créance ?

Souvent **rarement** jamais

-d'un acompte sur une partie de la créance ?

Souvent **rarement** jamais

-non

Quelle est la proportion de vos dossiers de recouvrement qui font l'objet de recouvrement amiable (impliquant des diligences au-delàs d'une mise en demeure) : %

Quelle est la proportion de réussite d'un recouvrement amiable par rapport à la totalité de vos dossiers de recouvrement amiable ? 80 %

Les modalités du recouvrement sont-elles différentes suivant :

-le type de débiteur ? **oui** non

-le montant de la créance ? **oui** non

-l'existence ou non d'un titre exécutoire ? **oui** non

-la date de l'exigibilité de la créance ? oui non

parfois

Dans quelles conditions un rééchelonnement est-il accordé ?

Existe-t-il des remises partielles de dette ou de frais ?

Oui

Non

Disposez-vous dans votre groupe d'un service de recouvrement amiable ?

Oui

Non

Faites-vous appel à une société de recouvrement pour appuyer vos tentatives de recouvrement amiable ?

Souvent **rarement** jamais

En cas d'échec du recouvrement amiable, vous orientez-vous vers une procédure de demande d'injonction de payer ?

Souvent rarement jamais

En cas d'échec du recouvrement amiable vous adressez-vous à un avocat afin d'obtenir un titre permettant une exécution forcée ?

Souvent rarement jamais

5- Les modes alternatifs de règlement des conflits

Avez-vous recours à la médiation, conciliation... ?

Toujours fréquemment **jamais**

Précisez le mode alternatif auquel vous avez recours :

Avez-vous recours à la médiation bancaire

Toujours fréquemment **jamais**

Quelle est leur efficacité pour le recouvrement ?

Très efficace

Pas plus efficace qu'une procédure judiciaire

Pas efficace ou peu efficace

6- le contentieux de l'impayé

Quel est le service qui décide d'entreprendre une procédure contentieuse ?

la direction centrale

Quels sont les motifs susceptibles de dissuader d'entreprendre une procédure contentieuse (de 1 le plus pertinent à 4 le moins pertinent) ?

1-les délais

3-le coût

2-les chances de recouvrement

4-le risque de contestation sur le bien-fondé de la créance

Quelle est, en moyenne, la proportion du coût de la procédure judiciaire par rapport au montant de la créance ?

Pas de données

Quelle proportion du coût réellement payé par le créancier sera finalement à la charge du débiteur ?

Pas de données

Quelle est, en moyenne, la proportion du coût de l'exécution par rapport au montant de la créance ?

Pas de données

L'efficacité des procédures de recouvrement est meilleure :

2 Devant les juridictions civiles

1 Devant les juridictions commerciales

Aucune différence n'est constatée

Commentaire :

7- L'abandon des poursuites

Quels sont les critères conduisant à abandonner les poursuites contre le débiteur ? S'il y'en a plusieurs, pourriez-vous les classer par importance ?

Le montant de la créance (précisez) :

L'absence de garanties

Une contestation de la créance

<u>La procédure collective du débiteur</u>

Autre (précisez) :

Hypothèse 3 : Traitement de l'impayé dans le cadre d'une procédure collective

Quelle est la proportion d'impayé qui entraîne l'ouverture d'une procédure collective ? %

Un seul impayé peut entrainer l'ouverture de la procédure

Dans quel délais obtenez-vous satisfaction en cas de :

Plan de continuation/ plan de redressement ?

Plan de cession de l'entreprise ?

Liquidation judiciaire (sans plan de cession de l'entreprise) ?

Dans quelle proportion cette satisfaction est :

Totale %

Partielle 50 %

Nulle %

8- l'évolution

Selon vous, au cours des dix dernières années, le nombre de procédures judiciaires a-t-il diminué ou augmenté ? **Augmenté**

Pourquoi ? Augmentation des problèmes économiques sociaux et criminels.

ANNEXES N°6

Questionnaires destinés aux services de recouvrement des entreprises

Questionnaire à destination des services de recouvrement des entreprises

1. Votre poste

Quelles sont vos fonctions dans l'entreprise ?

Depuis combien de temps exercez-vous ces fonctions ?

Vous traitez :

Exclusivement du B to B (les relations avec d'autres entreprises)

Exclusivement du B to C (les relations avec des consommateurs)

Les deux (part de B to B : %, part de B to C : %)

2. Votre entreprise

Quel est son objet ?

Quelle est sa taille ?

CA

Nombre de salariés

Nombre de salariés de votre service

Le montant le plus fréquent des créances dont vous êtes chargés se situe entre :

Moins de 1000 dhs

Entre 1000 et 5000 dhs

Entre 5000 et 10 000 dhs

Entre 10 000 et 50 000 dhs

Plus de 50 000 euros dhs

De 100 à 150 millions de dhs

3. Les fichiers relatifs à la solvabilité du débiteur

Avez-vous accès à des fichiers vous permettant d'évaluer la solvabilité des débiteurs ?

Non

Oui

Si oui quels fichiers ?

Internes

Si oui, consultez-vous ces fichiers ?

Systématiquement

Rarement

Jamais

Pour déterminer les éléments du patrimoine du débiteur, vous effectuez des investigations complémentaires :

Systématiquement

Rarement

Jamais

4. Les modalités du recouvrement amiable

Quels sont les délais moyens (en mois ou jours) pour le recouvrement ?

21 à 45 jours

Une lettre de relance envoyée par vos soins suffit-elle à provoquer le paiement ?

De la totalité de la créance ?

Souvent rarement jamais

D'un acompte sur une partie de la créance ?

Souvent rarement jamais

Non

Quelle est la proportion de vos dossiers de recouvrement qui font l'objet d'un recouvrement amiable (impliquant des diligences au-delà d'une mise en demeure) : %

Les modalités du recouvrement sont-elles différentes suivant :

Le type de débiteur oui **non**

Le montant de la créance oui **non**

L'existence ou non d'un titre exécutoire **oui** non

La date de l'exigibilité de la créance oui **non**

Si oui, pouvez-vous prendre quelques lignes pour nous expliciter ces différences ?

Notre approche « satisfaction des clients », selon certification ISO 9001, est différente d'un client à un autre selon le portefeuille géré au niveau recouvrement.

Quelle est la durée la plus fréquente du recouvrement en cas de rééchelonnement ? **pas de rééchelonnement**

Moins d'un mois

De un à six mois

De six mois à un an

Plus d'un an

Le rééchelonnement fait-il l'objet :

D'un nouveau contrat écrit

D'un engagement écrit émanant du débiteur

D'un simple échange oral

Existe-t-il des remises partielles de dette ou de frais ?

Oui

Non

Après combien de temps les dossiers de créances non recouvrées sont-ils classés,

Un mois

Six mois

Un an

Non, ils ne sont jamais classés, sauf si la créance est prescrite

Faites-vous appel à une société de recouvrement pour appuyer vos tentatives de recouvrement amiable ?

Souvent **rarement** jamais

Faites-vous appel à un huissier pour appuyer vos tentatives de recouvrement amiable ?

Souvent rarement jamais

En cas d'échec du recouvrement amiable, vous orientez-vous vers une procédure de demande d'injonction de payer ?

Souvent rarement jamais

En cas d'échec du recouvrement amiable vous adressez vous à un avocat afin d'obtenir un titre permettant une exécution forcée ?

Souvent rarement jamais

Quelle est la proportion de réussite d'un recouvrement amiable par rapport à la totalité de vos dossiers de recouvrement amiable ? **Importante**

5. L’abandon des poursuites

Quels sont les critères conduisant à abandonner les poursuites contre le débiteur ? s’il y en a plusieurs, pourriez-vous les classer par importance ?

Le montant de la créance (précisez) :

L’absence des garanties

Une contestation de la créance

La procédure collective du débiteur

Autre (précisez) :

ANNEXE N°7

Lettre de relance envoyée au débiteur par les sociétés de recouvrement

Casablanca, le …….

NOM OU R. SOCIAL

ADRESSE

VILLE

Réf. : **……..**

Créancier : **…….**

Créance :

Objet : ***RELANCE***

Messieurs,

Nous sommes mandatés par le créancier cité en marge pour le recouvrement de ses créances en souffrance, et dans ce cadre, nous vous rappelons que vous êtes toujours redevable d'un montant de **…….** représentant vos impayés non honorés à ce jour.

Nous pensons qu'il s'agit là d'un simple oubli de votre part, et vous invitons à régulariser votre situation à l'amiable dans un délai ne dépassant pas huit jours.

Aussi, nous vous demandons de prendre attache directement avec [redacted] pour régler le montant précité et éviter une procédure judiciaire entraînant des intérêts et frais supplémentaires qui restent à votre charge en vertu de la loi en vigueur.

Dans l'attente de votre règlement, veuillez agréer, **Messieurs**,l'expression de nos salutations les meilleures.

SERVICE RECOUVREMENT AMIABLE

N.B. : Pour tout règlement par virement bancaire voici nos coordonnées :

- Numéro de compte **: ……..**
- Agence **: …….**
- Intitulé du compte **: RECO**-ACT.

HORAIRES :

- Du Lundi au Vendredi **: 8** h30 à 12 h30 - 13h30 à 17h30.
- Samedi **: 8** h à 12h.

Annexe n°8

Lettre de relance envoyée par un huissier de justice avant l'obtention du titre exécutoire

Régularisation à l'amiable et sans frais de votre dossier

[redacted] & Associés

Huissiers de justice

- Nous sommes mandatés par CDISCOUNT. pour les sommes impayées.

- Vous recevez ce mail sur l'adresse**ZAKABOUABIDI@GMAIL.COM** car vous êtes client de la société **CDISCOUNT.**.

SCP BOCCHIO * CLAVELEAU * CHAUME REVOLAT
VIDARD * CORDIER CADRO
HUISSIERS DE JUSTICE ASSOCIES
[redacted]
[redacted] BORDEAUX CEDEX
378 665 798 **RCS Bordeaux**
T. [redacted]
F. [redacted]
M. GROUPEC.IMX@SCP-BOCCHIO.COM

Vos informations :
C 1301084348 1011
[redacted]
Tel : [redacted]
Email : GROUPEC.IMX@SCP-BOCCHIO.COM

Bonjour Monsieur [redacted]

Vous n'avez donné aucune suite aux précédentes réclamations concernant le règlement des sommes restant impayées de votre commande**1209011330XPJN4**

- **Date de l'échéance impayée** : [redacted]
- **Produit(s) acheté(s)** :
QTE : [redacted]

Vous pouvez encore éviter une procédure judiciaire en vous connectant sur notre site sécurisé afin de **régler la somme de 441.00 EUR par carte bancaire ou d'obtenir un étalement du paiement** de votre dette.

Réglez votre dette

Si vous rencontrez des difficultés pour vous connecter sur notre site, veuillez consulter l'aide disponible à cette adresse.

Membre d'une association agréée par l'administration fiscale, le règlement des honoraires par chèque est accepté.
Numéro de déclaration : 8008033. Conformément à la loi informatique et libertés, vous bénéficiez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Pour exercer ce droit, veuillez envoyer un courrier à l'adresse de l'Etude

INDEX ALPHABETIQUE

A

Action paulienne : 126
Affacturage : 371 et s.
Agression téléphonique : 102 et s.
Arbitrage : 344 et s.
Assurance-crédit : 414 et s.
Attribution judiciaire : 550 et s., 573, 574

B

Banquier : 51 et s.
- devoir de mise en garde : 62, 63
- responsabilité : 59, 60, 61, 64, 65, 66

Bonne foi : 153 et s.

C

Cautionnement : 536
Cessation de paiement : 227, 234
Cession Dailly : 406
Chantage : 103 et s.
Chèque : 43, 47
Clause
- clause compromissoire : 345 et s.
- clause de conciliation : 352 et s.
- clause de médiation : 303 et s.
- clause de réserve de propriété : 456 et s.

Compensation : 251, 401, 402
Commission de surendettement : 157, 158, 163, 170 et s.
Contrainte par corps : 70
Conciliation : 224 et s.
- accord homologué : 230, 231, 232
- accord constaté : 233, 234, 235

Contre-passation : 361 et s.
Convention
- affacturage : 376, 377, 378
- arbitrage : 345 et s.

Créancier
- gagiste : 518 et s.
- hypothécaire : 565 et s.

Crédit : 53 et s.

D

Débiteur
- malheureux : 70, 175, 189
- de mauvaise foi : 68, 122 et s.

Déjudiciarisation : 298 et s.
Délai
- de grâce : 71
- plan conventionnel : 170, 171, 172, 173
- règlement amiable : 223 et s.

Déontologie : 61, 78
Droit
- de créance : 258, 286
- de ne pas payer ses dettes : 218

E

Entreprise Notion : 216

F

Faillite : 72, 219, 220, 261
Fiducie : 453
- fiducie-sûreté : 477 et s.

Forclusion : 177, 187, 251, 252

G

Gage
- gage sur matériel et outillage : 528 et s.
- gage sur stock : 523 et s.

H

Huissier de justice
- difficulté : 129, 130, 131
- mission : 45
- recouvrement amiable : 328 et s.
- recouvrement forcé : 130

Hypothèque : 553 et s.

I

Impayé
- généralisation : 2

- prévention : 342 et s., 369 et s.
Inexécution : 132, 399, 207, et s.
Injonction de payer : 195, 324 et s.
Insolvabilité : 70, 126, 144, 169 et s.

J
Justice sociale : 261, 284, 370

L
Liquidation judiciaire : 255 et s.
- par extinction du passif : 257, 258
- pour insuffisance d'actif : 259, 260, 261

M
Manœuvre : 122 et s.
- dilatoire : 123, 124, 125
- frauduleuse : 126, 127
Médiation bancaire : 301 et s.
Mise en demeure : 227, 536

O
Opposition : 325, 366, 398 et s.
Organisation frauduleuse d'insolvabilité :

P
Pacte commissoire : 475, 490, 535 et s.
Période d'observation : 237, 238, 246
Plan conventionnel : 170 et s.
Prélèvement : 365, 366, 367, 368
Prescription extinctive : 179, 251, 305
Procédures collectives : 215 et s.
- accroissement : 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272
- arrêt des poursuites individuelles : 225 et s., 240, 241
- interdiction du paiement de créances antérieures
Procédures de surendettement des particuliers : 142 et s.
- accroissement : 198, 199, 200
- mesure imposée : 183, 184, 185
- mesure recommandée : 179, 180, 181, 182

Propriété-sûreté : 453 et s.

R

Recouvrement
- amiable : 83 et s., 313 et s.
- forcé : 115 et s.

Redressement judiciaire : 244 et s.
Rééchelonnement : 99, 177
Répétition de l'indu : 110, 378
Responsabilité
- banquier : 59 et s.
- société de recouvrement : 102 et s.

Rétablissement personnel : 186, 187, 188
Retard de paiement : 79, 80, 81, 307 et s.
Revendication : 412, 459, 463

S

Sauvegarde : 236 et s.
Société de recouvrement de créance : 315 et s.
- développement : 321, 322
- réglementation : 318, 319, 320

Surendettement des particuliers : 142 et s.
Sûreté : 448 et s.
- réelle : 455 et s.
- personnelle : 450

Suspension des poursuites : 136, 247

T

Technique bancaire : 359 et s.
Technique contractuelle : 343 et s.
Titre exécutoire : 132, 133, 134

V

Violence : 103 et s.

BIBLIOGRAPHIE

▪ Ouvrages généraux, traités et manuels

AMRANI-MEKKI (S.),

- *Le temps et le procès civil*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2002, p. 6 Note 4.

AUBRY (C.) et RAU (C.),

- *Droit civil Français*, Tome 5, 6ème éd. P.Esmein, Lib.tech. 1961.

AYNES (L.), CROCQ (P.),

- *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, éd.3, 2008.
- *Les sûretés, La publicité foncière*, éd. 6, Defrénois, octobre 2012.

BONDOLFI (A.),

- Et autres, *Ethique et droit*, LABOR ET FIDES, 2002

BOURASSIN (M.),BREMONT (V.) et **JOBRAD-BACHELLIER (M.N.),**

- *Droit des sûretés*, éd.2, Dalloz. Sirey. 2010.

BRANLARD (J-P.),

- *L'essentiel du droit des garanties de paiement : le droit des sûretés*, Gualino éditeur, 2007.

CADIET (L.), JEULAND (E.),

- *Droit judiciaire privé*, éd. 5, Litec 2006, n° 6, p. 3 et s.

CHAKIB (A.),

- *Essai sur le droit du crédit*, imprimerie Al Joussour, 2009.

CHOLET (D.),

- *La célérité de la procédure en droit processuel*, Paris, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006.

CLAY (Th.),

- *Le nouveau droit Français de l'arbitrage*, Lextenso éd. octobre 2011.

CORNU (G.) (Dir),

- Vocabulaire juridique, éd. DELTA. Janvier 1996, p. 356.
- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd.8, PUF 2009, p. 226.

- *Vocabulaire juridique*, Delta, presse universitaire de France, 1987.

CRESP (M.),
- *Le temps juridique en droit privé, essai d'une* théorie *générale,* Bordeaux IV, le 23 octobre 2010, p. 305 et s.

DESGORCES (R.),
- *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse Paris II, 1992.

DIONE-LOYE (S.),
- *Les pauvres et le droit*, PUF., Coll. Que sais-je ?, 1997.

FERRIERE (F.) et **AVENA-ROBARDET (V.)**,
- *Surendettement des particuliers*, Dalloz 4ème éd., 2012.

GAUVIN (A.),
- *La nouvelle gestion du risque financier,* LGDJ, 2000.

GIRARD (P.F.),
- *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, D., 2003, par J.-P. Lévy.

GUINCHARD (S.) et **DEBARD (T.)** (Dir.),
- *Lexique des termes juridiques 2013*, éd.20, Dalloz, juin 2012.

HEMARD (J.),
- *Théorie et pratique des assurances terrestres*, T. 1, 1924, Sirey n°42.

KOHL (B.), (Dir.),
- *La vente immobilière - Aspects civils, administratifs et fiscaux,* Anthemis, janvier 2011.

KOLSI (S.),
- Les contrats passés par les sociétés de recouvrement de créances avec leurs clients, in **«** *Mélanges en l'honneur de Habib Ayadi. »,* éd. Centre de publication universitaire.

LE CORRE (P.M.),
- *Droit et pratique des procédures collectives*, éd.5, Dalloz Action 2010-2011.

Le petit Larousse,
- Ed. Larousse, mars 2011, p. 558.

LEBORGNE (A.),
- *Voies d'exécution et procédures de distribution,* 1ère éd. Dalloz, 2009.

LEGEAIS (D.),

- *Sûretés et garanties du crédit*, éd. 8, LGDJ, janvier 2011.
- *Sûretés et garanties du crédit*, éd. 3, LGDJ, 2002.

LMHALI (J.) et **LYAUTI (J.),**

- *Tafssir aljalalayn*, éd. Dar el Jil, 1995.

LYAZIDI (K.),

- *La responsabilité du banquier au Maroc*, éd. Rabat, 1985.

MATHIEU-FRITZ (A.),

-*Les huissiers de justice*, PUF, coll. « Sciences sociales et sociétés », 2005.

NUYTTEN (B.),

- *Vente immobilière*, MPFL., juin 2008.

PICOD (Y.),

- *Droit des sûretés*, éd.2, collection Thémis, édition PUF, septembre 2011.

PIEDELIEVRE (S.),

- *La publicité foncière*, Traité de droit civil, (sous la direction de J. Ghestin), LGDJ, 2000.

PIERRE-LAURENT (C.) et **FERRIERE (F.)**,

- *Surendettement des particuliers*, Dalloz 2ème éd., 2002, p. 2.

PUIGELIER (C.),

- *dictionnaire de droit privé*, CPU, novembre 1999.

ROUTIER (R.),

- *Obligations et responsabilités du banquier*, 3ème éd. Dalloz 2011/2012.

THOMAS (C.),

- *Le nouveau droit Français de l'arbitrage*, Vol. 1, Lextenso, 2011.

VIGNEAU (V.), **BOURIN (G-X.),** et **CARDINI (C.),**

- *Droit du surendettement des particuliers*, 2ème éd., LexisNexis 2012.

▪ Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

ABDELFETTAH (A.) et **DRIOUACHE (A.)**,

- *Recouvrement des créances bancaires*, éd. Top Management 2000, p. 8.

ANCEL (P.) (Dir.),

- *L'évolution du contentieux de l'impayé* : éviction ou déplacement du rôle du juge ? , CERCRID, juin 2009, (Université Jean Monnet SAINT-ETIENNE).

ANDRE (Ch.),

- *Le fait du créancier contractuel*, thèse, Paris I, 2000, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t.356, 2002.

AYEKOUE (T.),

- *Le système du traitement amiable des impayés,* Thèse Pau, 1994.

BASTIN (J.),

- *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, 2ème éd., LGDJ, 1993.
- *L'assurance-crédit dans le monde contemporain*, éd. Jupiter 1978, p.50.

BENNIS (M.),

- *L'effectivité des sûretés garantissant les crédits bancaires en jurisprudence Française et Marocaine*, thèse Paris V, 2003.

BIARDAUD (G.) et FLORES (P.),

- *Le contentieux du droit de la consommation*, éd., de l'ENM., éd. 3, 1998.

BLERY (C.),

- *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 328,2002.

BROCCA (A.)*,*

- *Le recouvrement de l'impayé : la pratique, la loi et la jurisprudence*, éd. 2, Dunod, 1988.

BUIGUEZ (L.),

- *L'évolution des garanties de paiement*, mémoire USTV, 2004.

CABRIT (B.),

- *Les créances, guide juridique et pratique (vos créances : comment les gérer. Vos impayés : comment y faire face)*, éd. Du puits fleuri, 1995.

CHAHOUD (J.),

- *L'assurance-crédit interne*, thèse Montpellier, 6 novembre 2010.

CROCQ (P.),

- *Propriété et garantie,* LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, t.248, 1995.

CROSIO (A.),

- *Recouvrement de créances*, éd.3 Dalloz, Paris, 1997, p. 163.

DE BERNIS (M.D.),

- *L'assurance des crédits*, Thèse, Toulouse 1926.

DESCHANNEL (J-P.) et**LEMOINE (L.),**

- *L'assurance-crédit*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1996.

ESTOUP (P.),

- *La pratique des procédures rapides* (référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction), Litec, 1990.

GERBAY (P.),

- *Les moyens de pressions privés et l'exécution des contrats*, thèse Dijon, 1976.

GHATTAS (A.),

- Impayés ? Connais pas !, l'art et la matière de recouvrer les impayés par téléphone, les presses du Management, 1994.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.),

- *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.

GINGEMBRE (T.) et **STERIN (A.L.)**,

- *Agir face aux impayés : comment les éviter ? Savoir se faire payer*, 5ème éd. Paris Delmas, 2003.

GJIDARA (S.),

- *L'endettement et le droit privé*, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, t.316, 1999.

GOUZE-THOMAS (M.),

- *Le droit face à la pauvreté*, Thèse Toulouse I, 2000.

GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.),

- *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz action, 1999.

LE CORRE (P-M.),

- *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, P.U.A.M., 2000.

Le guide du recouvrement des factures impayées, éd. PRIM, 1994.

MALECKI (C.),
- *L'exception d'inexécution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t.321, 1999.

MELLOULI (S.),
- *Voies d'exécution (procédures juridiques de recouvrement de créances*), Contribution à littérature d'entreprise (CLE), 1991.

MENTHON (S.),
- *Le téléphone dans le recouvrement des créances*, Les éditions d'organisation, Paris, 1992.

MORNET (F.), CRESPO (G.) et DONNELY (B.),
- *La justice et le recouvrement de l'impayé : qui est saisi, comment et pourquoi ?,* Ouvrage du Ministère de la justice, service de coordination de la recherche, La documentation Française, 1980.

MORRIS-BECQUET (G.),
- *L'insolvabilité*, P.U.A.M., 2002.

MUSSO (A.),
- *Les difficultés d'exécution des mobilisations de créances*, thèse Nice, décembre 2000, p. 10.

NEMADEU DJUITCHOKO (E.),
- *Le traitement du contentieux bancaire*, thèse Saint-Etienne, mars 2011.

ONANGA (R.),
- *Le retard dans l'exécution du contrat*, Thèse Nancy II, 2002.

ONNAINTY (M.),
- *Le recouvrement des créances au moindre coût*, éd. D'organisation, 2003.

PECASTAING (P.),
- *Comment combattre l'impayé ?, Prévention et recouvrement*, Dunod Economie, coll. La vie de l'entreprise, 1971.

PERROU (E.),
- *L'impayé*, Tome 438, LGDJ, collection : Bibliothèque de droit privé, 2005, p. 3 et s.

PITZ- BACH (S.),

- *Les risques liés à l'insolvabilité : les stratégies offertes au chef d'entreprise*, thèse Strasbourg, juillet 2008.

POPINEAU-DEHAULLON (C.),

- *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat*, LGDJ., 2008.

RENARD (A.),

- La situation des créanciers dispensateurs de crédit au lendemain de la loi de sauvegarde des entreprises », mémoire soutenu à l'université de Lille II, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2006/2007 et 2007/2008.

RIZZI (A.),

- *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Tome 459, LGDJ, 2007.

RODRIGUEZ (M.),

- *L'aménagement conditionnel du paiement*, Thèse Aix-en-Provence, 1992.

SAUFANOR (M.),

- *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, t.326, 2000.

SAUVAGE (H.),

- *Eviter et recouvrer les impayés*, Lamy, 1992.

SERLOOTEN (P.),

- *Défaillance de l'entreprise*, Aspects fiscaux, Dalloz, 1997.

STANKIEWICH (S.),

- *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage*, mémoire, Université de droit et santé de Lille, 2003/2004, p. 17.

THULIER (B.) (Dir.), **SINOPOLI (L.)** (Dir), et **LEPLAT (F.)** (Dir.),

- *La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale*, CEDCACE et CRIJE, janvier 2010.

VALLENS (J-L.),

- *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, éd. Lextenso, 2011.
- *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, éd. Lextenso, coll. Pratique des affaires, janvier 2011.

▪ Articles chroniques et rapports

- L'arbitrage : principes et pratiques, cahier du CNB, spécial arbitrage, octobre 2011, ce cahier met la lumière sur le nouveau décret relatif à l'arbitrage.

- L'entreprise face à l'impayé, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994.

- La fiducie-sûreté : Le bilan d'une aventure législative de 3 ans, *Banque et droit*, n°128, novembre-décembre 2009.

- Quel avenir pour la fiducie, dossier, n°192, ***Dr. et patr.***, mai 2010.

- Techniques pour maitriser le temps et les couts dans l'arbitrage, rapport de la commission de l'arbitrage de la CCI, n°843. 2007.

- Evolution des contentieux : juridictions civiles de premier degré, Etude et statistiques justice, n°21, disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/etudes-statistiques-10058/evolution-des-contentieux-juridictions-civiles-du-premier-degre-11831.html

ALARY-HOUIN (S.),
- Notion de contrat en cours, *RDI*., juin 2000, p. 192.

ALHAMMA (A.),
- La gestion du risque crédit par la méthode du scoring : cas de la Banque populaire de Rabat-Kenitra, *EMAREM*, septembre2009-aout 2010, n°2 et 3.

Annuaire statistique de la justice,
- Ed. 2007, publié par le ministère de la justice.
- Ed. 2011-2012.
- Ed. 2008.
- Ed. 2009/2010.

ANSAULT (J.J.),
- Fiducie-sûretés et sûreté réelles traditionnelles : que choisir ?, ***Dr. et patr.*,** dossier, n°192., mai 2010.

AYNES (A.),
- *Nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement : le créancier n'a pas* le *droit de rétention, D., avril 2005, p. 970.*

AYNES (L.),

- Les dangers de l'hypothèque sur un immeuble provenant d'une donation entre époux, *D*., octobre 2004, p. 2709.

BANDRAC (M.),
- Attribution judiciaire du gage sans dépossession, *RTD. Civ.,*mars 1991, p. 150.

Banque et insolvabilité,
- Acte de colloque, acte de colloque du 16 mars 2006, organisé par la section belge de l'AEDEF, Bruylant Bruxelles, 2007, p. 33 et 34.

BARBIERI (J-F.),
- Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises- Réflexions liminaires, *Rev. proc. Coll.,* 2005. n°9.

BAUDRAN (A.S.),
- Quelques développent sur les revendications des biens fongibles en droit des procédures collectives, *Rev. proc. Coll.*, mars 2004

BEAUGENDRE (S.),
- Du consensualisme du contrat d'assurance, *AJDI.,* mars 2008, p.195

BELAVAL (M.L.) et **SALOMON (R.),***D.,*
- Chronique de jurisprudence de la cour de cassation, novembre 2008, p. 2749.

BELAVAL (M.L.)SALOMON (R.) et **ORSINI (L.)**,
- Chronique de jurisprudence de la cour de cassation chambre commerciale, *D.,* novembre 2007, p. 2764.

BENTAHAR (M.),
- La protection des créanciers dans les procédures collectives : mythes ou réalités ?, in Dix *ans d'application du système des difficultés des entreprises : quel bilan*, Colloque organisé le 9/10 février 2007, *RMDE*, n°53-2008.

BIDAUD (E.),
- Une avancée dans la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, *D.P.D.E.A*., bulletin n°278, avril 2011, éd. législatives.

Bilan national de l'activité des commissions de surendettement (par années civiles),
- statistiques de la Banque de France.

BLAZY (R.),
- Détection des causes de la défaillance d'entreprises : l'utilisation des techniques économiques et de classification, in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000.

BOUAZIZ (M.S),

- Les renseignements commerciaux et les bases de données, in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000.

BOUCETTA (F.),

- La lenteur des procédures décrédibilise la justice, article paru sur la vie Eco, 01/03/2010.

BOULOC (B.),

- Réalisation du gage commercial, *RTD. Com*., juin 2005, p. 408.
- La nature des pénalités de retard, *RTD. Com*., mai 2012, p. 182.
- Renonciation du créancier au bénéfice du gage. Décharge de la caution de son obligation, *RTD. Com*., juin 2006, p. 473.
- Redressement et liquidation judiciaire. Revendication, marchandises livrées au débiteur, action en revendication, délai, application, généralité, *RTD. Com*., juin 1992.

BRIGNON (B.),

- Sort des créances non déclarées et cautionnement solidaire, *Rev. proc. Coll,* septembre-octobre 2011, éd.5.

BRUNET (A.),

- La loi de sauvegarde des entreprises ou l'illustration des défauts « elluliens » du droit, *LPA*, 5 juillet 2007, n°134.

CABRILLAC (M.),

- Effet de commerce. Cession de créances professionnelles, *RTD. Com.,* septembre 2001, p. 737.

CADIET (L.), CLAY (T.), et **JEULAND (E.),**

- Médiation et arbitrage, alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives, *LexisNexis*, coll. Pratique professionnelle, aout 2005.

CAMENSULI-FEUILLARD (L.),

- L'insolvabilité, condition de l'action paulienne et notion évolutive, *Dr. et procédures*, novembre/décembre 2007.

CARBONNEL (C.),

- Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée, *JCP E*., 2007.

CASSON (P.),

- Assurance-crédit, Rép. Com. Dalloz, octobre 2010.

CHARTIER (Y.),

- La validité de la déclaration de créance par le directeur général d'une société anonyme ou son délégataire, Rev. Sociétés,avril 1994, p. 100.

CHATILLON (A.), « La prévention de l'impayé », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994, p. 9.

CHOLET (D.),

- Assistance et représentation en justice, *Rép. pr. civ. Dalloz,* septembre 2012.

COLLET (M.) et DUBERTRET (M.),

- Du recours à la fiducie-sûreté dans cadre des opérations de LBO, pour une plus grande sécurité juridique et fiscale, *RTD.fin*., n°2, 1juin 2012.

COMBE (M.),

- L'efficacité de la fiducie sûreté. *LPA*, 11 février 2011, n°30.

CONTANT (G.),

- L'assurance de l'impayé en droit interne, in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994, p. 30 et s.

CREDOT (F.) et **SAMIN (T.),**

- L'obligation de mise en garde, est-elle compatible avec le concept de crédit responsable ? *RD banc. Fin*., novembre-décembre 2010.

CREDOT (F-J.) et **GERARD (Y.),**

- *RD banc*., 1993, n°427.

CROCQ (P.),

- Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties, Mélanges M. Gobert, *Economica*, 2004, p. 357 et s.
- Droit des sûretés, *R.,* avril 2011-avril 2012, p.1573.
- L'attribution judiciaire au profit d'un créancier de second rang : une possibilité parfois dangereuse, *RTD. Civ*., décembre 2008, p. 701.
- L'indisponibilité d'un bien n'est pas nécessairement incompatible avec la constitution d'une sûreté réelle, *RTD. Civ*., décembre 2008, p. 706.
- Préservation du recours subrogatoire et mise en œuvre du bénéfice de subrogation, *RTD. Civ.,* septembre 2009, p. 55.
- Conflit entre le porteur de lettre de change acceptée et le bénéficiaire d'une cession Dailly, *RTD. Civ.,* juin 2001, p. 393.
- Réserve de propriété, contrat d'entreprise, subrogation réelle et débiteur in bonis : un étrange cocktail aboutissant à une solution étonnante, *RTD. Civ*., décembre 2001, p. 930.

CUIF (P.F.),

- L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité, *RLDC*. 2010-69, disponible sur : Lamyline.fr.

DADOUN (A.),

- La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire*, Dr. et Patri.*, 2009-187, disponible sur lamy.fr

De ROUX (X.),

- Rapport assemblée nationale, n° 2095, février 2005, p.214.

DEBRET (J-R.),

- L'ANCR et la déontologie, juin 2005, disponible sur : http://www.finyear.com/L-ANCR-et-la-deontologie_a106.html.

DELEBECQUE (Ph.),

- La responsabilité du fiduciaire, ***Dr. et patr.*****,** Novembre 2009.

DELEBECQUE (Ph.), et **SIMLER (P.),**

- *R.D.I.*, 15 mars 1994

DESDEVISES (V-Y.),

- Equilibre et conciliation dans la réforme des procédures civiles d'exécution, *nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz 1995, p. 100.
- l'exécution négociée, in Brenner, *le droit de l'exécution forcée entre mythe et réalité*, *EJT* 2007, p. 110.

DEVEZE (J.),

- Le choix du moyen de paiement, in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994, p. 18 et s.

DIENER (P.) et **MARTIN (M-L.)**,

- *Droit des affaires, éthique et déontologie*, colloque organisé à Pointe-à-Pitre, L'HERMES, 1994.

DOUCHY-OUDOT (M.) et **JOLY-HURARD (J.),**

- Médiation et conciliation, *Rép. pr. civ. Dalloz*, septembre 2006, n°14.
  DPA, n°9, 2001, p. 462.

DRIF (A.),

- Recouvrement : l'externalisation complète gagne du terrain, Les Echos, n° 19909, 30 Avril 2007, p. 29.

DUPICHOT (T.),

- Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés, *RLDC.,* 2006-29 Supplément. Disponible sur : Lamy line.fr (base de données).

EL MOKHTAR (B.),

- Les tiers dans la complexion de l'affacturage, *RJDA*., n°3, 1994.

EL SHERIF (O.),

- Quelques aspects juridiques de la caution et l'assurance-crédit dans la doctrine de l'Islam, in La prévention de la défaillance de paiement, Actes du 2ème congrès SANGUINETTI 1998, (Dir.) BASTIN (J.), p. 68.

FATHI (N.),

- Journal Maghress, Sociétés de recouvrement : Vive la crise !, 28/02/2009.

FIGEROU (E.) et **LAMBERT (G.),**

- Hypothèque et indivision, *Gaz. Pal.,* 6 juin 2003.

FLAMEE (M.),

- La défaillance de paiement et les remèdes dans une économie de marché : vision d'un juriste rêveur sur le développement de l'assurance-crédit, in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000.

FOEX (B.),

- Quelques remarques sur le rôle de la banque et sur les propositions d'harmonisation internationale des sûretés réelles, in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000, p. 283 et s.

FRANCK (M.),

- La gestion des conflits, un enjeu stratégique pour les entreprises, in annonces de la seine, 10 juin 2004, n°38, p5.

GAILLARD (E.) et **DE LAPASSE (P.),**

- Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, D., janvier 2011, n°3, p.175 et s.

GHAZALI (A.),

- Processus de réforme et de mise à niveau de la justice et les réformes dédiées à assurer le règne de la loi. Décembre 2005. Disponible sur http://www.rdh50.ma/fr/pdf/contributions/GT10-3.pdf, p. 99.

GHOZI (A.),

- Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété, D.1986, chr.317.

GIBIRILA (D.),

- Lettre de change, *Rép. Com. Dalloz,* janvier 2011, n°628.

GORCHS-GELZER (B.),

- L'huissier de justice et la médiation, *Rev. droit et procédures*, *EJT*, 63ème année-n°9, octobre 2010, p. 252.

GOURIO (A.),
- La réalisation de la fiducie-sûreté, p. 92-93,. In dossier : L'avenir de la fiducie : de la théorie à la pratique, *RTD. fin*., n°4, décembre 2010.
- L'hypothèque rechargeable, *RD banc. Fin.,* septembre-octobre 2006.

GREGOIRE (M.),
- L'affacturage, in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000, p. 296.

GUECHOUN (F.),
- Recouvrement des créances pour le compte d'autrui par des agents spécialisés, *E.J.D* répertoire PC, Tome 5, mars 2011.

Guide d'utilisation du contrat d'assurance-crédit COFACE,
- article B06.03.F, éd 2006.

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, 2005, *CNUDCI*.

GUILLAUME (M.),
- audition devant la commission des lois, in Rapport assemblée nationale, n°2094, 11 février 2005.

GUINOT (Th.),
- L'huissier de justice : Normes et valeurs. Ethiques, déontologie, disciplines et normes professionnelles, *EJT*, collection passerelle, 2004.

GUYADER (H.),
- Le subrogé est seul titulaire du droit d'agir, le subrogeant en étant dépossédé*, RLDA*, mars 2010, p.21.

HALLABI (F.),
- Les huissiers de justice, L'actualité juridique, n°18, septembre 1999, p.17 et s.

HEBERT (S.),
- Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, *D.* 2007, n°29.

HENNEBICQUE (C.),
- VH magazine, chasseurs de dettes, décembre 2008, par, p. 47 et 48.

HOCQUARD (J.M.),

- Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée, *Dr. et patr.* 2005, n° 142, p. 80.

HONTEBEYRIE *(*A.),

- Prescription extinctive, *Rép. Dr. Civ. Dalloz,* mars 2011, n°315.

JACOMIN (C.),

- De l'intérêt du pacte commissoire dans les sûretés réelles, RLDC., 2012-99, p. 1 à 5, disponible sur : Lamy line.fr.

JOHANNES (F.),

- Combien de magistrats en France ? Le Monde ,29 novembre 2010, c'est l'ensemble des magistrats inscrits sur les listes électorales.

JOUAHIRI (A.),

- L'assurance-crédit dans les pays arabes, in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000, p.274 et s.

JOURDAIN (P.),

- Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif, *RTD. CIV.,* décembre 2007, p. 779.

JOURDANNE (J.),

- La détection de l'impayé, in », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994, p. 11.

KADIRI (M.),

- Les retards de paiement : danger ! Le client première cause de défaillance, article paru sur l'économiste, édition 1610 du 26/09/2003.

LAABOUDI (A.),

- La banque et la politique du crédit, Maroc conjoncture, média production, 1988-1989, p.52 et s.

LAISNEY (L-J.),

- Nouvelles incertitudes sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif, *RLDA*., n°48,avril 2010, p.60 et s.

LASSERE (M.C.),

- La paralysie de la fiducie-sûreté. *LPA*, 11 février 2011, n°30.

LAUVERGNAT (L.),

- De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 aout 2008. Réflexions sur l'extension du domaine de la déclaration d'insaisissabilité et la généralisation du recours à la fiducie, *Dr. et procédures*, Mars 2009, p.68 et s.

LE BAYON (A.),

- Recouvrement amiable de créances pour le compte d'autrui,*JCl. Procédure civile*, fasc.2500, janvier 1998, p. 19.

LE CORRE (P.M.),

- Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile, LPA., 28 novembre 2008, n°239.
- Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficultés ?, *LPA*., n°63, 29 mars 2006.
- La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement. *D*.2009, chr.862.
- L'attribution judiciaire du gage, faculté ou obligation du créancier à l'égard de la caution, *D*., janvier 2004.

LEBORGNE (A.),

- Actes de procédure, *Rép. pr. civ. Dalloz,* septembre 2005.
- La procédure de saisie immobilière est-elle respectueuse des droits fondamentaux des parties ?, in La justice civile au vingt-et-unième siècle, Mélanges Julien (P.), Aix-en-Provence, *Edilaix*, 2003.
- Saisie immobilière, *J. Cl. voies d'exécution*, fasc.1120, juin 2012.

LEGEAIS (D.),

- Caution. Bénéfice de subrogation. Faculté ouverte au créancier, *RTD. Com*., septembre 2005, p. 582.
- Cession de créances, subrogation : comment déjouer les pièges ?, in conférence, *Remboursement des créances : nouveaux enjeux et évolution des techniques bancaires*, 29 mars 1995, p. 23.
- Devoir de mise en garde envers l'emprunteur et la caution non avertis, *RTD. Com*. 2007.
- Nantissement. Effet du jugement exécutoire par provision ordonnant l'attribution du gage au créancier gagiste, *RTD. Com*., juin 2006, p. 467.
- Responsabilité du banquier en matière de crédit*, RD banc. fin.*, avril 2010, p. 4.

LEROY-GISSINGER (L.), **CANAC (A.)** et **GRIGNON DUMOULIN (S.),**

- Chronique de jurisprudence de la cour de cassation, *R.,* septembre 2010.

Les impayés, la prévention des risques/gestion,

- *CCIL*., mai 2005

LIENHARD (A.),

- premières décisions de la cour de cassation sur la procédure de sauvegarde, *D.,* juillet 2007.

- Tout contrat peut stipuler une réserve de propriété, *D*., décembre 2003, p. 3049.

LOUALI (H.),
- Evaluation du financement de la PME au Maroc, Ministère des finances et de la privatisation, direction de la politique économique général, Aout 2003.

LUCIANO (K.),
- Fiducie-sûreté et plan de cession, *Rev. proc. Coll.*, mars 2011, n°2.

LYAZIDI (K.),
- Evaluation globale de l'apport du nouveau code de commerce en matière de procédures collectives, in le nouveau code de commerce : journée d'étude organisée par le CMEJ, pub. Economiste et FBP, juillet 1996, p.49 et s.

MANSILLON (A.),
- La médiation bancaire, *RD banc. Fin.,* n°2, mars 2010, p. 11.

MARTIN (F.),
- Le principe de spécialité de l'hypothèque, application et évolution, *Dr. et patri.,* novembre 2005, p.59 et 60.

MARTIN SERF (A.),
- Revendication. Article 115 de la loi de 1985, champ d'application, crédit-bail, cause juridique ou titre invoqué, indifférence, *RTD. Com*., mars 1992, p. 251.
- Créancier gagiste. Caution réelle. Gage de valeurs mobilières. Attribution judiciaire demandée avant le jugement d'ouverture. Liquidation judiciaire. Nécessité d'une nouvelle demande, RTD. Com., septembre 1999.
- Déclaration et vérification des créances. Forclusion et relevé de forclusion : conditions et conséquences, *RTD. Com*., mars 2006, p. 201.
- Déclaration et vérification des créances. La compensation suppose une déclaration, *RTD. Com*., novembre 2011, p. 635.

MESTRE (J.),
- Des engagements habilement retenus par l'un à ceux abusivement imposés par l'autre, *RTD. CIV.,* juin 1991, p. 333 et s.
- Cession de créances et responsabilité civile, *RTD. CIV.,* mars 1997, p. 130.
- L'aléa à la lumière... des clauses de prix, *RTD. Civ*., juin 1996, p. 394.

MESTRE (J.) et **FAGES (B.),**
- Conciliation au plus haut niveau en faveur… des clauses de conciliation, *RTD. CIV.,* juin 2003, p. 294.

MESTRE (J.) et **FAGES (B.),**
- Des conditions de la subrogation personnelle et de l'éventuelle influence des relations entre subrogeant et subrogé sur le sort du débiteur, *RTD. CIV.,* septembre 2001, p. 592.

MIGUET (J.),

- Application dans le temps des lois de droit judiciaire privé*, JCL. Proc. Civ.,*Fasc. 62, janvier 2013.

MOLFESSIS (N.),

- La notion de loi interprétative, *RTD. Civ*., septembre 2002, p. 599.

MOUNADI (M.),

- Factoring: Le Maroc encore à la traîne, l'économiste, édition n° 3056 du 29 juin 2009.

PAISANT (G.),

- A propos des éléments nouveaux légitimant une nouvelle demande de la procédure de traitement de surendettement, *RTD. Com*., mars 2000.

PAISANT (G.),

- Surendettement. Exigence de la bonne foi, *RTD. Com*., septembre 1991.
- Confirmations jurisprudentielles à propos de la demande de traitement de sa situation de surendettement par un dirigeant de société anonyme, *RTD. Com*., mars 2001.
- Les dettes à prendre en compte pour apprécier la situation de l'endettement de l'intéressé, *RTD. Com*., septembre 2006.

PEROCHON (F.),

- Inopposabilité de la clause de réserve de propriété expressément refusée par l'acheteur dans le bon de commande, *D*., septembre 1993, p. 287.
- La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ?, *Cah. dr. Entr.,* n°4, juillet 2009, dossier 22.

PERUS (S.),

- Des aspects pratiques du pacte commissoire, *RLDC*., 2008, n°50,

PICOD (Y.) et **VALETTE-ERCOLE (V.),**

- Surendettement des particuliers, *Rép.Dr. Civ. Dalloz,* avril 2008, n°68.

PIEDELIEVRE (S.),

- Le supérprivilège des salaires ne peut faire obstacle à l'attribution judiciaire du gage du créancier nanti même non assorti d'un droit de rétention, *D*., novembre 1998, p. 375.
- Surendettement, *Rép. pr. civ. Dalloz,* mars 2011.

PIETTE (G.),

- Cautionnement commercial, *rép. Com*., n°70, janvier 2012.

PISONI (P.),

- Conflit entre le vendeur de biens sous réserve de propriété et le factor de l'acquéreur-vendeur en redressement judiciaire, *D*., juin 2000, p. 278.

PORCHRON (S.),

- Portée de la reprise des engagements des fondateurs, *AJDI*., décembre 2003, p. 873.

POULET (C.),

- Une évaluation de l'activité des juridictions en 2004, bulletin d'information statistique, Ministère de la justice, sous la direction de la Statistique, des Études et de la Documentation, Infostat Justice Mars 2005, n° 80.

Rapport annuel de Bank almaghrib sur le contrôle, l'activité et les résultats des établissements de crédit 2010, p. 30, 89 et s, disponible sur http://www.bkam.ma/.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO du 24 Mars 2006.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie.

Rapport ASF, 2010.

Rapport d'activité de la médiation du crédit aux entreprises, 2008/2009.

Rapport de l'assemblée nationale n°3028 sur le projet de loi n°2990 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, 30 avril 2001.

Rapport de l'observatoire des délais de paiement, exercice 2011, p. 7.

Rapport sur la proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. A7-0136/2010

REBECQ (G.) et **TATOUEIX (D.),**

- La prescription des titres exécutoires en matière judiciaire, *Dr. et procédures*, juillet 2010, p.201 et s.

REMERY (J.P.),

- Reprise des poursuites individuelles et application dans le temps, *D.P.D.E*., Bulletin n°319, octobre 2010.

ROMANET (L.),

- *La fiducie : Bilan et perspectives,* ***Banque et droit,*** **juin2009, p.12.**

ROUGER (M.),

- Banalisation de la défaillance de paiement (excusabilité du débiteur, doctrine Frech Start), in *La prévention de la défaillance de paiement,* Actes du 2ème congrès Sanguinetti 1998, Bastin (J.) (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000.

RUIZ (M.),

- Situation du bénéficiaire de la fiducie en cas de procédures collective du constituant : périmètre du plan de cession. *JCP G,* janvier 2011, n°4.

SAGNOLI (V.P),

- Entreprises en difficulté, *Rép. com. Dalloz,* (Procédure et organes), mars 2010 n° 415.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

- Le périmètre du droit de la défaillance économique, *Rev. proc. coll.,* n°1, Janvier-Février 2011, p. 53.

SALATI (O.),

- Présentation de la loi du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, *Dr. et procédures,* mai 2011, p.110 et s.
- La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 : Livre IV du nouveau code civil et des sûretés, *Dr. et procédures,* juillet 2006.
- Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution, *Dr. Et Proc*. ,62ème année-n°1 janvier-février 2009, p. 4.
- La situation des garants, *Rev. proc. Coll*., juin 2006.

SAMPER (G.),

- Le rempart de l'assurance-crédit : un mécanisme attractif contre l'inexécution contractuelle ?, *Inprévenir et traiter l'inexécution contractuelle*, Colloque Université Paris X_ Nanterre, 1er juin 2007.

SANBI (K.),

- Les garanties et les procédures pour le recouvrement des créances, AL MILAF, janvier 2005, p.6 et s.

SENECHAL (J.P),

- L'acte notarié, une quasi-sûreté, *Défrénois*, 1993, n°35660.

SHAMAMBA (A.),

- Impayés: Osez l'externalisation de votre recouvrement, article paru sur l'économiste, édition n° 1861 du 24/09/2004.

SIMLER(P.),

- La vente forcée des immeubles ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre authentique et exécutoire, pour une dette certaine et liquide, *RDI.*, mars 1994, p. 89.

SOINNE (B.),

- La revue des procédures collectives : Bilan de 26 années, *Rev. proc. Coll.,*n°6, novembre-Décembre 2011.

STOCKER (P.) et **GILLOUARD (M.),**

- Crédit responsable, un nouveau concept en France ?, *Banque*, juillet-aout 2010, n°726.

STOUFFLET (J,)

- Compte courant, *Rép. Com. Dalloz,* février 2009, n°76.

TAGLIARINO-VIGNAL (N.),

- Entreprises en difficultés, *Rép. Dr. Civ. Dalloz,* septembre 2011, n°112.

TERRE (F.),

- Droit de la faillite ou faillite du droit, *R.J.Com*., 1991.

TEYSSIE (B.) et **CABRILLAC (M.),**

- Banque, affacturage, cession de créances professionnelles, *RTD. Com.*, septembre 1992, p. 655.

THERY (Ph.),

- L'hypothèque rechargeable, *Dr. et patr*., mai 2007.

VALLANSON (J.),

- Clôture pour insuffisance d'actif, *JCL. Com*., éd.2008, n°21, fasc. 2770, Redressement et liquidation judiciaires.

VAUTRIN (C.) et **GAUBERT (J.),**

- rapport sur la mise en application de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, 11 avril 2011, Délais de paiement, *R.L.C.,* 2009 29, Lamy line.fr, p. 1, l'assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/ i3322.asp

VAUVILLE (F.),

- Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés, *defrénois*, 2007.

VENCENTI (C.),

- Procédures individuelles de recouvrement, in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994, p. 169 et s.

VIGNEAU (V.),*D.,*

- Chronique de jurisprudence de la cour de cassation, deuxième chambre civil, mars 2007.

VILMART (C.),

- La réduction des délais de paiement par la LME : mythe ou réalité, *R.L.C.,* Lamy line.fr - 2009 19, p. 1.

ZENATI (F.),

- Droit de rétention et clause de réserve de propriété, *RTD. Civ*., juin 1990, p. 306.

ZENNER (A.), LARCIER (Ed.),

- La philosophie sous-jacente aux nouvelles lois sur l'insolvabilité ou la faillite à travers le monde, in *La prévention de la défaillance de paiement*, Actes du 2ème congrès Danguinetti 1998, J. Bastin (Dir.) Larcier, Bruxelles, 2000.

▪ Jurisprudence

CA Toulouse, 6 février 1989, JurisData n° 1989-047228.

CA Paris, 25ème ch., section B, 15 mars 1996, JurisData n° 1996-765100.

CA Aix-en-Provence, 7 mai 2002, *DMF*., 2002, p.830.

CA versailles,5 septembre 2002, n° 00/02303,JurisData n° 2002-244171.

CA., AIX-EN-PROVENCE., 5ème ch., 16 novembre 2005, jurisdata n°297-691.

CA Pau, 2ème ch., 1ère section, 17 janvier 2008, n°06/03873,n° JurisData 2008-359902.

CA Chambéry, 2ème ch. civ., 20 mai 2008, JurisData n° 2008-374996.

CA Aix-en Provence, 8 ème ch., 29 janvier 2009, n° juris-data 2009-011784.

CA d'Aix-en-Provence, 8ème ch., 20 mai 2009, juris-data n°2009-006497.

TGI Paris, 1ère ch. Section sociale, 21 fév. 2006, JurisData n° 2006-295356.

Cass. Avis n°25, 16 décembre 1994, n°90-40.020, bull. civ.1994.

Cass. Crim., 1er février 2000, Bull. criminel 2000, n°53, p. 146.

Cass. Com., 21 novembre 1972, n° 71-13.170, Bull. des arrêts cour de cassation, chambre commerciale, n°296, p.277.

Cass. Com., 14 octobre 1975, 74-13.938, Bulltin des arrêts Cour de Cassation, Chambre commerciale, n°232, p.190.

Cass. Com., 29 mai 1979, n° 77-15.740, Dalloz jurisprudence, dalloz.fr.

Cass. Com., 12 avril 1983, n°81-14.055, publié au bulletin

Cass. Com., 13 mars 1985, n°83-17.112, Bull. 1985, IV, n°99, p.87.

Cass. Com., 2 mai 1985, n°83-17.409, Bull. 1985, IV, n°139, p.120.

Cass. Com., 1octobre 1985, n°84-12.015, Bull. 1985, IV, n°222, p.184.

Cass. Com., 3 octobre 1989, n°87-15-725. Bulletin 1989 IV, n°244, p.163.

Cass. Com., 06 mars 1990, n°88-16.036, Bull.1990, IV, n°67, p.46.

Cass. Com., 20 novembre 1990, n° 89-13.321, Bulletin .civil. IV, n° 285.

Cass. Com., 12février 1991, n°89-19.314, Bull. 1991, IV, n°69, p.47 ;

Cass. Com., 15 octobre.1991, n° 90-10.978, Bull. 1991, IV n°291, p.202

Cass. Com., 19 mai 1992, n° 90-15.342, Bulletin 1992 IV N° 190 p. 133.

Cass. Com., 11 mai 1993, n° 90-19.283, Bull. 1993, IV, n°183, p.130

Cass. Com., 5 octobre 1993, n°91-14194, Bull. 1993, IV, n°314, p.226.

Cass. Com., 14 décembre 1993, n°93-10.696, Bull. 1993, IV, n°471, p.343

Cass. Com, 15 mars 1994, n°91-14.375, Bull.1994, IV, n°110, p.85.

Cass. Com., 21 novembre 1995, n°93-20.531, Bull. 1995, IV, n°266, p.245.

Cass.com., 3 janvier 1996, n° 93-21.675 94-10.513, Bulletin 1996 IV N° 2 p.1.

Cass. Com., 5mars 1996, n°93-12818, Bull. 1996, IV, n°72, p.59.

Cass. Com., 11 juin 1996, n° 94-15.534, Bull. civ. IV, n° 166.

Cass. Com., 18 février 1997, n° 94-18073.

Cass. Com, 14 octobre 1997, n°95-10.423. Bull.1997, IV, n°265 p.230

Cass. Com, 25 Novembre 1997, n°95-16.091, Bull. 1997, IV, n°301, p.258.

Cass. Com., 20 janvier 1998, n°96-13.584, Dalloz.fr.

Cass. Com., 06 janvier 1998, n°95-17.399, Bull.1998 IV, n°9, p.6.

Cass. Com., 11 mai 1999, n° 96-16088

Cass. Com., 1 Février 2000. n°97-15.263, Bull. 2000, IV, n°23, p.19

Cass. Com., 26 avril 2000, n°97-21.486, Bull. 2000, IV, n°89, p.78

Cass. Com., 10 octobre 2000, n°96-22.412, Bull. 2000, IV, n°153, p.138

Cass. Com., 19 décembre 2000, n°97-15011, Bull. 2000, IV, n°200, p.175

Cass. Com., 23 janvier 2001, n°98-14.421, Dalloz jurisprudence, dalloz.fr.

Cass. Com., 29 mai 2001, n°98-21.126, jurisData n° 2001-010018.

Cass. Com., 17 juillet 2001, n°98-17.633, Dalloz Jurisprudence, Dalloz.fr.

Cass. Com., 2 octobre 2001, n°98-19.681, Bull. 2001, IV, n°156, p.148

Cass. Com, 5 mars 2002, n°98-17.585, Bull. 2002, IV, n°48 , p.48.

Cass. Com., 26 mars 2002, n°99-13810

Cass. Com. 13 mai 2003, n° 00-15.404, Bull 2003 IV, n°73. P.83

Cass. Com., 19 Novembre 2003, n°01-01.137, Bull. 2003, IV, n°174, p.391

Cass. Com., 5 mai 2004, n°01-17201 01-17590, Bull. 2004, IV, n°81, p.85.

Cass.Com., 5 octobre 2004, n °01-00.863, Bull. 2004, IV n°176. p.199

Cass. Com. 4 janvier 2005, n°02-10.511, Bull. 2005, IV, n°1, p.1

Cass. Com, 21 juin 2005, n° 04-13.892, bulletin 2005, IV, n°132,.

Cass. Com. 24 janvier 2006, n°02-11.989. Bull.2006 IV, n°15, p. 4.

Cass. Com., 14 mars 2006, n°04-17.594, Disponible sur Dalloz.fr

Cass. Com., 3 mai 2006, n°04-19315, publié au bulletin, Disponibles sur dalloz.fr

Cass. Com, 3 mai 2006, n°04-15.262. Bulletin 2006 IV n°106, p.107.

Cass. Com., 26 juin 2007, n°06-17.821, Bull. 2007, IV, n°176

Cass. Com., 18 mars 2008, n°06-20.510, Bull. 2008, IV, n°64

Cass. Com. 03 juin 2008, n°07-12.017. Bull.2008, IV, n°114.

Cass. Com, 30 septembre 2008, n° 07-12.768, Bull. 2008, IV, n°165

Cass. Com., 30 septembre 2008, n° 07-15.446, Bulletin 2008, IV, n° 163

Cass. Com., 30 sept. 2008, n° 07-13.298, Banque et droit, novembre-décembre 2008, n° 122, disponible aussi sur Dalloz jurisprudence

Cass. Com., 16 décembre 2008, n°08-13.814, Disponible sur Dalloz. Fr

Cass. Com., 16 décembre 2008, n°07-16.178, JurisData n° 2008-046334

Cass. Com, 17 février 2009, n°07-20.458. Bull.2009, IV, n°22

Cass. Com. 16 novembre 2010, n°09-71.160, Bull. 2010, IV, IV, n°174

Cass. Com., 3 mai 2011, n°10-16.758., bulletin 2011, n° VI, n°66.

Cass. Com., 12 juillet 2011., n°09-71.113, Bull. 2011, IV, n°118

Cass. Com, 2 novembre 2011, n°10-14.677, Bull. 2011, IV, n°178

Cass. Com., 7 février 2012, n°11-11.347, Bull. 2012, IV, n°27

Cass. Civ. 1ère ch., 22 novembre 1989, bull. 1989, I, n°355, p.239.

Cass, Civ. 1ère, 4 avril 1991, n°90-04.042, jurisdata n°1991-000927

Cass. Civ. 1ère ch, 31 mars 1992, n° 90-04.065, Bull. 1992, I n°106, p.70.

Cass. Civ. 1ère ch, 18 juin 1994, n° 92-16142

Cass. Civ. 1ère ch, 3 mai 1995, n°93-11.575, Bull. 1995, I, n°184, p.132

Cass. Civ. 1ère ch, 27 juin 1995, n° 92-19212

Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1997, n°94-20.350. bull. 1997 I, n°10,p.6

Cass. Civ. 1ère ch., 7avril 1999, n°97-10.656, bull. 1999, I ,n°120

Cass. Civ. 1ère, 5 janvier 2000, n° 98-04.177., Bulletin 2000 I N° 2 p. 1.

Cass. Civ. 1er e ch, 7 novembre 2000, n°99-04.058, Bull.2000,I n°285, p.184

Cass. Civ. 1ère ch, 5 décembre 2000, n° 98-20.656

Cass. Civ. 1ère ch., 21 janvier 2003, bulletin civil. I, n°17 p.12.

Cass. Civ. 1ère Ch., 18 juin 2004, n° 02-12185

Cass. Civ. 1ère ch., 1er février 2005, 03-19.692, JurisData n° 2005-026740.

Cass.Civ. 1ère ch., 12 juillet 2005, n° 03-10921, n° JurisData : 2005-029447

Cass. Civ. 1ère ch., 2 novembre 2005, n° 03-17.443

Cass. Civ. 1ère ch., 21 février 2006, n° 02-19.066

Cass. Civ. 1ère, 8 mars 2007, n° 06-10.836, Bull. 2007, II, n°62

Cass. Civ. 2ème ch., bull civ.II, *G. P.,* n°285, 1976, p. 11

Cass. Civ. 2ème ch., 17 mai 1993, n°91-20.673, Bull. 1993, II, n°177, p. 95.

Cass. Civ. 2ème ch., 3 mai 2001, n°98-18.162, Bull. 2001, II, n°91, p.61.

Cass. Civ., 2ème ch, 26 juin 2003, n° 02-04.060, bull., 2003 II, n°214, p.179

Cass. Civ. 2ème ch., 29 janvier 2004, n°02-04.095, Bull. 2004 II n°36, p.28

Cass. Civ. 2ème, 6 mai 2004, n° 03-04.073, JurisData n° 2004-023626

Cass. Civ. 2ème, 8 juillet 2004, n°03-04.125, JurisData n° 2004-024675

Cass. Civ. 2ème Ch. 13 octobre 2005, n° 04-16.139, Bull. 2005, II, n°247, p. 221.

Cass. Civ. 2ème, 7 juillet 2005, n°03-17.535, Bull. 2005, II n°187, p.165

Cass. Civ. 2ème, 10 mars 2005, n° 04-04012,

Cass, Civ. 2ème ch, 11 janvier 2006, n° 04-04.170, Bull. 2006,II, n°9, p.9

Cass. Civ. 2ème ch., 22 mars 2006, n° 04-04.124, Bull. 2006, II n°88, p.84

Cass. Civ. 2ème, 14 décembre 2006, n° 05-04.051. Bull. Civ. 2006, II, n° 355, p. 327

Cass. Civ, 2ème ch 21 décembre 2006, n° 06-11.293., bull. 2006 II n°375.

Cass. civ. 2èmech, 14 juin 2007, pourvoi n° 06-15.955, Bull. 2007, II, n°153.

Cass. Civ. 2ème ch., 10 juin 2010, n°09-66.395, disponible sur dalloz.fr

Cass. Civ. 2ème ch., 10 mars 2011, n° 10-14.551

Cass. Civ 2ème ch, 20 mai 2010. n°09-67.591, Bull. 2010, II, n°99

Cass. Civ. 3ème ch., 29 juin 1983, n°82-10.038, Bull. Civ. III, n°152.

Cass. Civ. 3ème ch., 26 janvier 1897, juritext000006952537, disponible sur http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-18970126-JURITEXT000006952537 .

Cass. Civ. 3ème ch, 10 juillet 2002, n°00-22.433, Bull. Civ. III, n°167

Cass. Civ. 3ème ch., 29 janvier 2003, n°00-21.945, Bull. 2003, III, n°21, p.21

Cass. Civ. 3ème ch, 9 juillet 2003, n°01-10.863, Bull. 2003, III, n°159, p.140

septembre 2004, n°02-13.030, Bull. 2003 III, n° 162, p.144

Cass. Ch. Mixte, 14 février 2003, n°00-19.423, bull. 2003 n°1, p. 1.

Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n°02-21.296, Bull. 2005 chambre mixte, n°5, p13

Cass. Ch. Mixte., 29 juin 2007, n° 05-21.104, bulletin 2007, ch. Mixte, n°7, n° JurisData : 2007-039908

Table des matières

SOMMAIRE **1**

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS **2**

INTRODUCTION GENERALE **6**

Partie 1- Le contentieux de l'impayé : entre expansion du phénomène et le basculement vers d'autres procédures 21

Titre 1 : Les lacunes du processus de recouvrement au Maroc **22**

Chapitre 1 : Un système de Recouvrement en souffrance, Empiré par l'accroissement de l'impayé 23

Section 1 : le recouvrement au Maroc : Croissance ou décroissance ? 23

Paragraphe 1 : la réalité statistique du contentieux de l'impayé 23

A- La contexture de l'approche statistique 24

B-La quintessence 26

Paragraphe 2 : la mise en place d'une enquête prédicative 28

A- Les intervenants au recouvrement et leurs perceptions en la matière 29

1- Les avocats 29

2- Les huissiers de justice 30

B- La déconstruction analytique du sondage mené 31

Section 2 : L'accroissement de l'impayé et de son contentieux 33

Paragraphe 1 : Les risques du crédit 33

A- Une économie fondée sur les crédits caractérisée par un octroi excessif 34

1- Crédits octroyés aux entreprises 35

2- Crédits octroyés aux particuliers 36

B- Responsabilité de la banque pour l'octroi de crédits excessifs 38

1- Le devoir de mise en garde 40

2- La mise en œuvre de la responsabilité du banquier pour manquement à son de devoir de mise en garde 41

Paragraphe 2 : La propension de l'individu au contentieux et les lacunes législatives 42

A- La propension de l'individu au contentieux 43

1- L'évolution législative 43

2- Les mutations psychologiques et socio-culturelles 46

B- Les lacunes législatives 47

1- Une loi de protection de consommateur bloquée 48

2- L'absence prolongée d'une loi pour la lutte contre les retards de paiement 49
Chapitre 2 : Les principales difficultés de recouvrement 51
Section 1 : les limites du recouvrement amiable 51
Paragraphe 1 : Les écueils de La déréglementation du recouvrement amiable 52
A- L 'absence d'un cadre réglementé des sociétés de recouvrement 52
1- Les retombées de la dérèglementation des sociétés de recouvrement 52
2- Absence d'un code déontologique 55
B- Absence des cellules spécialisées 57
1- Les PME 57
2- Les grandes structures 58
Paragraphe 2 : Les stratégies abusives de recouvrement amiable des sociétés de recouvrement. 60
A- La protection pénale du débiteur 61
1- Les menaces et chantages à l'encontre du débiteur 62
2- L'usurpation 65
B- La protection civile du débiteur 66
1- L'annulation de paiement due à la violence 67
2- La répétition de l'indu 68
Section 2 : Les limites du recouvrement forcé 69
Paragraphe 1 : La corrélation de l'obstruction judiciaire et de la défiance des justiciables 70
A- La congestion des tribunaux 70
B- La défiance des justiciables 72
Paragraphe 2 : L'expédient de manœuvres dilatoires et frauduleuses 74
A- Les manœuvres dilatoires du débiteur 75
B- Les manœuvres frauduleuses du débiteur 76
Paragraphe 3 : le handicap de certains actes et mesures juridiques du recouvrement forcé .. 78
A- Les huissiers de justice : une profession embryonnaire au cœur de l'exécution forcée 78
B- La dépréciation du titre exécutoire 79
Paragraphe 4 : La mise à l'écart controversée du recouvrement en présence d'une procédure collective 81
A- Les déficiences relatives à l'ouverture de la procédure 82
B- Les déficiences relatives à l'exécution de la procédure 82
Conclusion titre 84

Titre 2 : Le basculement du contentieux de l'impayé en France vers d'autres procédures contentieuses..... 85

Chapitre 1 : Une dérivation croissante fonction de l'évolution législative du droit du surendettement des particuliers..... 87

Section 1 : L'amélioration de la situation du débiteur au regard de l'évolution du droit du surendettement 87

Paragraphe 1 : Les conditions d'admission à la procédure de surendettement..... 88

A- Qualité du bénéficiaire 88

1- Eligibilité 89

2- Les personnes exclues de la procédure..... 91

a- Les personnes morales 91

b- Les professionnels libéraux 91

B- Bonne foi du débiteur..... 92

1- La notion de bonne foi en matière de surendettement..... 93

2- La mise en œuvre de la bonne foi en matière de surendettement 94

C- Surendettement du débiteur 98

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de la procédure 99

A- Les mesures relatives à la procédure classique de surendettement..... 101

1- Le plan conventionnel 101

a- Le rôle déterminant de la commission dans l'élaboration du plan..... 101

b- Les effets du plan à l'égard des protagonistes du plan conventionnel..... 103

2- Les mesures recommandées et imposées 105

a- Les mesures recommandées..... 106

b- Les mesures imposées..... 108

B- La procédure de rétablissement personnel 109

Section 2 : l'étendue du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures de surendettement 112

Paragraphe 1- La corrélation entre la hausse des procédures de surendettement et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles..... 113

A- La concomitance des deux phénomènes 113

1- Le contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles 113

2- Les procédures de surendettement : une hausse colossale 116

B- L 'absorption du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles par les procédures de surendettement. 118

Paragraphe 2- les fondements juridiques du basculement du contentieux de l'impayé vers des procédures de surendettement 120

A- Les procédures de surendettement comme moyen légal d'inexécution pour le débiteur 121

B- La demande en justice du créancier : des procédures parfois décourageantes devant les procédures de surendettement 123

Chapitre 2 : Une dérivation croissante, fonction de l'élargissement du champ d'application des procédures du traitement des entreprises en difficulté 127

Section 1 : L'évolution positive du droit des entreprises en difficulté à l'avantage du débiteur 129

Paragraphe 1- l'évolution du domaine préventif des réformes des procédures collectives . 132

A- La conciliation dans sa nouvelle dimension 132

1- Le droit des poursuites individuelles et d'exécution pendant la recherche d'un accord amiable 133

2- Le droit des poursuites individuelles et d'exécution à la conclusion de l'accord amiable 135

a- L'accord constaté..... 135

b- L'accord homologué 136

B- La nouvelle procédure de sauvegarde 138

1- L'interdiction au débiteur du paiement de créances antérieures..... 139

2- L'arrêt des poursuites individuelles..... 141

Paragraphe 2- l'évolution du domaine de traitement des entreprises en difficulté 142

A- Le redressement judiciaire : une procédure sans grandes modifications..... 143

1- La situation des créanciers lors de la période d'observation issue de la procédure de redressement judiciaire..... 144

a- Interdiction du paiement des créances antérieures et suspension des poursuites 144

b- Les nouveaux effets de la non-déclaration de la créance 145

2- La situation des créanciers lors de l'arrêté du plan de redressement 148

B- La liquidation judiciaire dans sa nouvelle dimension..... 149

1- Les effets de la procédure de liquidation par extinction du passif 150

2- Les effets de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif 151

Section 2 : L'étendue du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives 154

Paragraphe 1- La corrélation entre la hausse des procédures collectives et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles. 155

A- La concomitance entre la hausse des procédures collectives et la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales 155

1- La hausse des procédures collectives..... 155

a- Les procédures de sauvegarde 155

b- Les procédures de redressement et liquidation judiciaires 157
2- La baisse du contentieux lié à l'impayé devant les juridictions commerciales 159
B- Le basculement du contentieux de l'impayé devant les tribunaux commerciaux vers des procédures collectives 160
Paragraphe 2- les fondements juridiques du basculement du contentieux de l'impayé vers les procédures collectives 163
A- Les procédures collectives : davantage que des mesures de sauvetage au regard du débiteur 164
B- L'inefficacité de l'action en justice du créancier face aux procédures collectives 166
Conclusion titre 168
Conclusion Partie 169
Partie 2 : Vers un processus de recouvrement Marocain inspiré de la législation et de la pratique Française ? 170
Titre I : Une politique de recouvrement fondée sur la déjudiciarisation et l'externalisation du traitement de l'impayé 171
Chapitre 1 : La déjudiciarisation du traitement de l'impayé 173
Section I : La déjudiciarisation de pondération du traitement de l'impayé 174
Paragraphe 1 : La déjudiciarisation à caractère légal du traitement de l'impayé 174
A- La médiation bancaire 174
1- Le domaine de la loi 176
2- Le rôle du médiateur et l'incidence de la médiation bancaire sur le contentieux de l'impayé 178
A- Les lois pour la lutte contre les retards de paiement 179
1- La loi de modernisation de l'économie 181
2- La directive Européenne relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. 182
Paragraphe 2 : La déjudiciarisation par l'intervention des acteurs du recouvrement 183
A- Les sociétés de recouvrement 184
1- Réglementation et développement des sociétés de recouvrement 186
a- Réglementation 186
b- Développement 189
2- La prédominance du recouvrement amiable et son impact sur le contentieux de l'impayé 190
a- La prédominance du recouvrement amiable 190
b- L 'impact sur le contentieux de l'impayé 192
B- Les huissiers de justice 193

1- L'intervention amiable de l'huissier de justice 194
a- Préalablement à l'obtention du titre exécutoire 194
b- Postérieurement à l'obtention du titre exécutoire 195
2- Les avantages d'une intervention amiable 197
a- Célérité 197
b- Profitabilité économique 198
c- Préservation des relations contractuelles 198
Section 2 : La déjudiciarisation par le renforcement des techniques contractuelles et bancaires visant à limiter l'impayé. 199
Paragraphe 1 : le renforcement des techniques contractuelles 199
A- La convention d'arbitrage 200
1- Un arbitrage réformiste 200
2- L'impact de la réforme sur le contentieux de l'impayé 202
B- La clause de conciliation 204
1- Un mode alternatif aux juridictions Etatiques pour éviter l'impayé 204
2- Le rôle du conciliateur en matière d'impayé 206
Paragraphe 2 : Les techniques bancaires d'évitement de l'impayé 207
A- La contre-passation 208
B- Le prélèvement automatique 210
Chapitre 2 : L'externalisation du traitement de l'impayé 215
Section 1 : Le recours à un affacturage structuré 216
Paragraphe 1 : Le régime juridique de l'affacturage 217
A- Les conditions et les caractéristiques du contrat d'affacturage 218
1- Les conditions de validité de l'affacturage 218
2- Les caractéristiques du contrat d'affacturage 221
B- Les effets de l'affacturage et son impact sur le contentieux de l'impayé 223
1- Les effets de l'affacturage 223
a- Les effets de l'affacturage à l'égard du débiteur cédé 223
b- Les effets de l'affacturage à l'égard des tiers 224
2- L'impact de l'affacturage sur le contentieux de l'impayé 224
Paragraphe 2 : les difficultés juridiques d'exécution de l'affacturage 227
A- L'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé 228
1- Les exceptions relatives à la mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance 228
2- Les exceptions relatives à la compensation 229

B- L'opposabilité de la transmission de la créance par les tiers 230
1- Les confits résultants d'une double mobilisation de créance 231
a- Le factor face à un cessionnaire Dailly 231
b- Le factor face à un porteur de lettre de change 232
b- Le factor face à un autre factor 233
2- Les conflits résultant des créanciers de l'adhérent 233
a- Le factor face à un rétenteur 234
b- Le factor face à un vendeur sous réserve de propriété 234
Section 2 : Vers une réglementation de l'assurance-crédit 236
Paragraphe 1 : Le régime juridique de l'assurance-crédit et les obligations des parties dans un contrat d'assurance-crédit. 238
A- Le régime juridique de l'assurance-crédit 239
1-Le cadre réglementaire de l'assurance-crédit 239
2- La nature juridique du contrat d'assurance-crédit 241
B- Les obligations des parties dans un contrat d'assurance-crédit 243
1- Les obligations à l'égard de l'assuré 243
2- Les obligations à l'égard de l'assureur 245
Paragraphe 2 : Les avantages et inconvénients de l'assurance-crédit 246
A- Les avantages de l'assurance-crédit 246
1- Le rôle préventif de l'assureur-crédit 247
2- La protection effective du créancier contre l'insolvabilité du débiteur 248
B- Les inconvénients de l'assurance-crédit 249
1- Les clauses de désengagement 249
2- Les clauses visant une intervention de l'assureur-crédit postérieurement à l'échec de la procédure judiciaire 251
Conclusion titre 252
Titre 2 : L'impact positif d'un droit des sûretés rénové sur le contentieux de l'impayé 254
Chapitre 1 : Le recours aux mécanismes de propriété-sûreté 257
Section 1 : La propriété retenue à titre de garantie 258
Paragraphe 1 : Le régime juridique de la clause de réserve de propriété après l'ordonnance de 2006 258
A- Les conditions de constitution de la clause de réserve de propriété 259
B- Les effets de la clause de réserve de propriété 262
Paragraphe 2 : L'impact de la clause de réserve de propriété sur le contentieux de l'impayé 264

A- L'efficacité de la clause de réserve de propriété 264
B- L'utilité de la clause de réserve de propriété à l'égard du contentieux de l'impayé .. 266
Section 2 : La propriété cédée à titre de garantie 268
Paragraphe 1 : Le régime juridique de la fiducie-sûreté 270
A- Les conditions de constitution d'une fiducie-sûreté 271
1- Les conditions de fond 271
2- Les conditions de forme 273
B- Les effets de la fiducie-sûreté 274
1- Les effets de la fiducie-sûreté à l'égard des parties et du patrimoine fiduciaire 274
a- Les effets à l'égard des parties 274
b- Les effets à l'égard du patrimoine fiduciaire 276
2- Les effets de la défaillance du débiteur dans le cadre de la fiducie-sûreté 277
Paragraphe 2 : L'efficacité de la fiducie-sûreté devant les procédures collectives et son utilité par rapport au contentieux de l'impayé 278
A- L 'efficacité de la fiducie-sûreté devant les procédures collectives 279
1- La fiducie-sûreté assortie d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires 279
2- La fiducie-sûreté non assortie d'une convention de mise à disposition des actifs fiduciaires 281
B- L'utilité de la fiducie-sûreté par rapport à la diminution du contentieux de l'impayé 282
Chapitre 2 : Les sûretés faisant jouer le pacte commissoire ou l'attribution judiciaire 287
Section 1 : Le gage à la lumière de l'ordonnance du 23 mars 2006 et son éventuelle influence sur la baisse du contentieux de l'impayé 289
Paragraphe 1 : les conditions de constitution du gage du droit commun et des gages spéciaux 289
A- Le gage du droit commun 290
1- Les conditions de fond 290
2- Les conditions de forme 291
B- Les gages spéciaux 292
1- Le gage sur stock 293
a- Les conditions de fond 293
b- Les conditions de forme 294
2- Le gage sur matériel et outillage 295
a- Les conditions de fond 296
b- Les conditions de forme 296

Paragraphe 2 : l'éventuelle influence du gage sur la baisse du contentieux de l'impayé 297
A- Une réalisation plus souple du gage..... 298
1- Le pacte commissoire 298
2- L'attribution judiciaire 302
B- Les effets de ces modes de réalisation à l'égard de la diminution du contentieux de l'impayé 304
1- Les effets du pacte commissoire vis-à-vis de la diminution du contentieux de l'impayé 304
2-Les effets de l'attribution judiciaire vis-à-vis de la diminution du contentieux de l'impayé 306
Section 2 : L'hypothèque à la lumière de l'ordonnance du 23 mars 2006 et son éventuelle influence sur la baisse du contentieux de l'impayé 308
Paragraphe 1 : Les conditions de constitution de l'hypothèque..... 308
A- Les conditions de fond..... 309
1- L'assiette de l'hypothèque 309
2- Le constituant..... 310
3- La créance garantie 311
B- Les conditions de forme 312
Paragraphe 2 : Les nouveaux modes de la réalisation de l'hypothèque et leur contribution éventuelle à la baisse du contentieux de l'impayé 313
A- Le pacte commissoire et son éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé 314
B- L'attribution judiciaire et son éventuelle contribution à la baisse du contentieux de l'impayé 318
Conclusion titre 319
Conclusion partie 321
CONCLUSION GENERALE 322
ANNEXES..... 325
INDEX ALPHABETIQUE 408
BIBLIOGRAPHIE 412

Zakaria BOUABIDI

Université du Sud Toulon-Var

Centre des études doctorales : Droit économie et gestion

Le contentieux de l'impayé : approche comparative entre le France et le Maroc

Le contentieux de l'impayé occupe une place importante dans les rapports personnels de l'individu, civils ou commerciaux. Son omniprésence devant l'ensemble des juridictions, est de nature à perturber non pas seulement la santé de l'économie, mais également celle des mécanismes juridiques. D'emblée, l'analyse du contentieux de l'impayé en France et au Maroc nous renvoie à observer une décrue et un accroissement respectifs, de ce type de contentieux devant les juridictions compétentes ces dernières années. En effet, ce type de contentieux ne cesse de s'accroitre devant l'ensemble des juridictions Marocaine, de plus en plus encombrées par ce contentieux et qui subissent avec résignation un phénomène d'impayé explosif. Cette hausse des affaires liées à l'impayé n'est pas un phénomène de circonstances, et n'est pas lié à la crise économique actuelle. Elle résulte d'un accroissement sans précèdent de l'impayé, et un mode de recouvrement qui s'appuie inconditionnellement sur la justice étatique. En France, La situation est bien différente. En effet, la baisse du contentieux de l'impayé devant les juridictions civiles et commerciales, ne résulte point d'un hasard, ou de causes purement accidentelles. Elle résulte vraisemblablement d'une relation synergique d'un ensemble de facteurs. Il s'agit d'une conjonction de plusieurs dispositions législatives, de procédés et de techniques qui ont contribués à cette baisse. Par ailleurs, L'exploration de l'évolution positive ou négative du contentieux de l'impayé ne constitue pas uniquement un moyen idoine pour appréhender la genèse et le fondement de l'impayé, elle constitue également un indicateur fiable de l'approche systémique adoptée en matière de recouvrement de créances dans les deux pays.

Mot clés : Contentieux, Impayés, Recouvrement.

Litigation of outstanding: a comparative approach between France and Morocco.

Litigation of outstanding plays an important role in personal relationships of the individual, whether civil or commercial. It's omnipresence in all courts, is likely to affect not only the health of the economy, but also the legal mechanisms. From the outset, the analysis of the outstanding litigation in France and Morocco refers us to observe a recession and a respective increase of this type of litigation in the courts the past few years.Indeed, this type of litigation keeps getting increased in front of all Moroccan courts that are more and more crowded by the litigation and that knows an explosive outstanding phenomenon. The increase related to the unpaid cases is not a phenomenon of circumstances, and is not related to the current economic crisis. It results from an unprecedented increase in the outstanding and a recovery mode that unconditionally supports the justice. In France, the situation is quite different. Indeed, the decline of the outstanding litigation in civil and commercial courts is not the result of chance or purely accidental causes but it's likely the result of a synergistic combination of different factors. It is a combination of several laws, processes and techniques that have contributed to this decline.

In addition, the exploration of the positive or negative trends in litigation is not only a suitable way to understand the origin and foundation of the unpaid but also a reliable indicator to the systemic approach adopted for the recovery of claims in both countries.

Keywords : Litigation, outstanding, recovery.