

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (représentation professionnelle)

Avant-projet et rapport explicatif

Septembre 2013

Condensé

La motion Rutschmann 10.3780 demande un libre accès à tout le marché suisse pour toutes les personnes autorisées à exercer la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée. Il existe aujourd'hui des obstacles au libre exercice de cette activité sous forme de règles cantonales la réservant aux avocats et aux agents d'affaires.

Pour réaliser l'objectif de la motion, il faut supprimer la compétence actuelle des cantons de régler la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée. Toute personne ayant l'exercice des droits civils pourra alors pratiquer la représentation dans ces procédures, dans toute la Suisse, si bien que le libre accès au marché sera garanti. Cette pratique correspond à celle de nombreux cantons. Elle s'appliquera aussi aux procédures sommaires relevant de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, qui ont un lien étroit avec la procédure d'exécution forcée proprement dite et sont en général moins complexes.

1

Motion Rutschmann (10.3780)

Le 30 septembre 2010, Hans Rutschmann, conseiller national, a déposé une motion ayant la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est chargé de présenter au Parlement une modification de l'article 27 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), garantissant que toutes les personnes autorisées à exercer la représentation professionnelle aient un libre accès à tout le marché suisse et que les communications par voie électronique puissent être effectuées dans toute la Suisse dans le cadre de procédures relevant de la LP conformément au nouvel article 33a LP qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011.»

Il avance, à l'appui de cette motion, que l'art. 27 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes ou la faillite (LP)¹, qui laisse les cantons libres de régler la représentation professionnelle dans une procédure d'exécution forcée, contrevient à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI)². Dans certains cantons, seuls les agents d'affaires établis dans le canton peuvent exercer la représentation professionnelle, si bien que, dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, les créanciers doivent engager eux-mêmes la poursuite ou mandater un agent d'affaires (ou un avocat) établi dans le canton.

Le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion le 17 novembre 2010. Elle a été adoptée par le Conseil national le 17 décembre 2010³ et par le Conseil des Etats le 30 mai 2011⁴, puis transmise au Conseil fédéral.

2

Contexte

Selon l'art. 27, al. 1, LP en vigueur, les cantons peuvent fixer les conditions auxquelles il est permis de représenter professionnellement des tiers dans les procédures d'exécution forcée, c'est-à-dire devant les offices des poursuites et les offices des faillites⁵. Ils peuvent notamment prescrire que les personnes qui entendent exercer cette activité fassent la preuve de leurs aptitudes professionnelles et de leur moralité et exiger la fourniture de sûretés. Ils ne sont toutefois pas tenus de légiférer. Un grand nombre de cantons n'a pas fait usage de cette compétence, si bien que toute forme de représentation y est licite⁶: société de recouvrement, fiduciaire, gérance immobilière, assurance de protection juridique, etc. A l'opposé, Genève et Vaud, en particulier, ont limité la représentation professionnelle devant les offices des poursuites et des faillites aux avocats habilités à exercer au sens de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats⁷ et aux agents d'affaires brevetés⁸.

¹ RS 281.1

² RS 943.02

³ BO 2010 N 2159

⁴ BO 2011 E 356 s.

⁵ Par contre, selon le droit actuel, la représentation non professionnelle est admise sans restrictions tant dans les procédures d'exécution forcée que dans les procédures civiles.

⁶ Roth/Walther, in: Staehelin/Bauer/Staehelin Daniel (éd.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2^e éd., Bâle 2010, ad art. 27 n^o 4; Muster, in: Hunkeler (éd.), Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Bâle 2009, ad art. 7 n^o 3.

⁷ RS 935.61

Concernant la libre circulation entre les cantons, la loi prévoit que les représentants autorisés d'un canton ne sont admis à exercer cette activité dans un autre canton que si leurs aptitudes professionnelles et leur moralité ont été vérifiées de manière appropriée dans le canton d'origine (art. 27, al. 2, LP). A ce sujet, le Tribunal fédéral a énoncé qu'un représentant établi dans un canton qui n'impose pas de régime d'autorisation ne peut pas simplement invoquer l'art. 27, al. 2, LP pour être admis à exercer dans un canton qui impose un régime d'autorisation; il doit demander une autorisation dans le deuxième canton⁹.

De fait, cette règle empêche les représentants établis dans les cantons où ils peuvent exercer librement d'exercer leur activité dans les cantons de Vaud et de Genève. C'est le cas des sociétés de recouvrement et des assurances de protection juridique d'autres cantons, par exemple, bien qu'elles disposent généralement de la compétence et de l'expérience nécessaires pour représenter des parties devant les offices des poursuites et des faillites. Si un créancier veut engager une poursuite contre un débiteur dans un de ces deux cantons, sans agir lui-même, il n'a d'autre choix que d'avoir recours à un agent d'affaires local. S'il a comme représentant une société de recouvrement de son propre canton, les frais de l'agent d'affaires viennent en sus, ce qui peut renchérir considérablement la réalisation de la créance.

Bien que cette règle restreigne la libre circulation intercantonale, le Tribunal fédéral a constaté en 2008 que la compétence conférée aux cantons par l'art. 27 LP était à considérer comme une *lex specialis* par rapport à la LMI et qu'elle avait donc la primauté sur cette dernière¹⁰.

3 Proposition de révision

3.1 Représentation devant les offices des poursuites et des faillites

La motion vise à assurer le libre accès des représentants professionnels à tout le marché suisse. Mais introduire la libre circulation tout en maintenant la compétence que l'art. 27 LP réserve aux cantons de limiter la représentation professionnelle sur leur territoire ne donnerait guère de résultat satisfaisant: dans les cantons qui maintiendraient leur réglementation restrictive, les représentants du canton ne pourraient exercer que s'ils respectent les conditions prescrites tandis que ceux des autres cantons exerceraient librement.

En toute logique, il faut donc *totalemment supprimer* la possibilité donnée aux cantons de restreindre la représentation professionnelle. Ce n'est qu'ainsi que l'on pourra éviter des inégalités et réaliser de manière appropriée les objectifs de la motion.

Il existe également un autre motif pour supprimer cette disposition: l'entrée en vigueur du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)¹¹, le 1^{er} janvier 2011, a permis dans une large mesure de faire de la Suisse un *espace d'exécution*

⁸ VD: loi du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPag, RSV **179.11**); règlement du 15 juillet 1997 concernant les représentants professionnels autorisés conformément à l'article 27, alinéa 2, LP (RRPLP; RSV **280.07.1**); GE: loi du 2 novembre 1927 réglementant la profession d'agent d'affaires (RSG **E 6 20**); règlement du 4 septembre 1928 sur l'exercice de la profession d'agent d'affaires (RSG **E 6 20.01**).

⁹ ATF **135 I 111**

¹⁰ ATF **135 I 106**

¹¹ RS **272**

unique, comme on l'ambitionnait¹². Cela signifie que les modalités d'exécution sont les mêmes dans toute la Suisse. De ce point de vue, la compétence accordée aux cantons par l'art. 27, al. 1, LP ne répond plus aux conceptions contemporaines.

A l'occasion de cette adaptation, on peut aussi abroger l'art. 27, al. 3, 1^{re} phrase, LP, qui énonce que nul ne peut être contraint d'avoir recours à un représentant. Le droit procédural suisse tout entier repose sur l'*absence d'obligation de désigner un représentant*¹³. La capacité de revendiquer est une part intégrante de la capacité d'ester en justice en matière civile¹⁴, qui elle-même est l'aspect procédural de l'exercice des droits civils, que possède toute personne majeure capable de discernement. Il n'est plus utile aujourd'hui de répéter ce principe dans la LP. Par contre, comme tant le créancier que le débiteur ou d'éventuelles tierces parties peuvent se faire représenter, il faut préciser que l'interdiction actuelle de mettre les frais de représentation à la charge de la partie adverse vaut pour toutes les parties et non pas seulement pour le débiteur¹⁵.

Dans le nouveau droit, toute personne ayant l'exercice des droits civils pourra représenter un tiers devant un office des poursuites ou des faillites, y compris donc les *personnes morales* (sociétés de recouvrement, assurances de protection juridique, etc.). Cela correspond à une pratique largement répandue aujourd'hui¹⁶.

Les dispositions cantonales prévoyant des conditions particulières pour la *fonction de commissaire* ne seront pas touchées. Le canton de Lucerne exige par exemple un brevet de commissaire lucernois ou une attestation équivalente d'un autre canton¹⁷. Il ne s'agit pas là de la représentation de tiers au sens de l'art. 27 LP.

3.2 Représentation devant les tribunaux civils dans les procédures sommaires relevant de la LP

Le droit fédéral règle de manière exhaustive la représentation devant les juridictions civiles depuis l'entrée en vigueur du CPC (art. 68 CPC). La représentation professionnelle obéit au principe du monopole des avocats. Toutefois, dans les procédures sommaires relevant de la LP visées par l'art. 251 CPC, l'art. 68, al. 2, let. c, CPC admet les « représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP ». Dans un arrêt du 23 avril 2012, le Tribunal fédéral a confirmé que, depuis l'entrée en vigueur du CPC, l'art. 27 LP portait aussi sur la réglementation de la représentation professionnelle dans ces procédures sommaires¹⁸; en d'autres termes, que les cantons, se fondant sur l'art. 27 LP, sont libres de légiférer sur la représentation professionnelle non seulement dans les procédures devant les offices des poursuites et des faillites

¹² Voir le message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6990, et le message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, FF 2009 1526, 1528, 1537, 1548.

¹³ Voir le message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4091: « *Selon une tradition bien établie en Suisse, toute partie peut conduire seule un procès jusqu'au Tribunal fédéral.* »

¹⁴ ATF 132 I 5

¹⁵ Sur le droit en vigueur, voir *Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1–88, ad art. 27 n° 51.

¹⁶ Voir la décision du Tribunal cantonal du canton de Berne, ZK 11 184, du 16 mai 2011; consultable à l'adresse:

http://www.justice.be.ch/justice/fr/index/entscheide/entscheide_rechtsprechung.html.

¹⁷ § 8 EGSchKG Luzern (SRL n° 290).

¹⁸ ATF 138 III 399

mais aussi dans les procédures sommaires visées par l'art. 251 CPC. Le Tribunal fédéral a en outre déclaré admissible qu'un canton ne règle la représentation qu'en relation avec les procédures sommaires visées par l'art. 251 CPC¹⁹. Mais lorsque les cantons n'ont pas fait usage de la compétence que leur confère l'art. 27 LP, la représentation professionnelle dans les procédures sommaires relevant de la LP peut y être exercée sans restrictions.

Comme on l'a constaté plus haut, seuls quelques cantons ont fait usage de la compétence qui leur a été conférée à l'art. 27 LP, si bien que le droit d'exercer la représentation professionnelle est presque partout ouvert à toutes les personnes ayant l'exercice des droits civils. Ainsi, il est tout à fait possible de se faire représenter par quelqu'un d'autre qu'un avocat dans une instance en mainlevée de l'opposition, par exemple, ce qui est sensé: il s'agit d'une continuation de la procédure de poursuite qui n'est en général pas d'une grande complexité. Limiter ce droit aux représentants des assurances de protection juridique ou des sociétés de recouvrement, par exemple, n'aurait pas de sens car cela exclurait sans motif d'autres types de représentants tout aussi qualifiés et contreviendrait au principe constitutionnel de l'égalité. On continuera donc de se référer à l'art. 27 LP, ce qui permettra d'admettre toutes les personnes (physiques et morales) ayant l'exercice des droits civils. La pratique des cantons a montré que c'était une bonne solution.

L'art. 27 AP-LP ne s'applique en principe qu'aux procédures devant les offices des faillites et les offices des poursuites. L'art. 68, al. 2, let. c, CPC se réfère à cet article pour la représentation professionnelle, si bien que les adaptations proposées ici auront pour conséquence que toute personne ayant l'exercice des droits civils pourra aussi exercer la représentation professionnelle dans les procédures sommaires relevant de la LP. Il n'est pas nécessaire de modifier le CPC à cet effet.

La référence ne s'applique par contre pas à l'interdiction faite à l'art. 27, al. 2, AP-LP de mettre les frais de représentation à la charge de la partie adverse²⁰. A l'entrée en vigueur du CPC, le 1^{er} janvier 2011, on a abrogé l'ancienne disposition²¹ qui permettait explicitement de condamner aux dépens le débiteur qui succombe dans une procédure de mainlevée²², mais le but n'était pas de modifier la réglementation. Les dépens devaient désormais être régis directement par les art. 95 ss CPC²³. Les cantons ont la compétence de fixer concrètement le tarif des dépens (art. 96 CPC).

3.3 Facilitation des communications par voie électronique

La motion demande que les communications par voie électronique puissent être effectuées dans toute la Suisse. Depuis le 1^{er} janvier 2011, il est possible d'adresser des actes sous forme électronique aux offices des poursuites et des faillites (art. 33a

¹⁹ ATF 138 III 400

²⁰ Voir, concernant le droit actuel, *Gillieron*, op. cit., ad art. 27 n° 52; *Lorandi*, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Bâle/Genève/Munich 2000, ad art. 27 n° 33.

²¹ Art. 62, al. 1, de l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, RO 1996 2937.

²² Arrêt du Tribunal fédéral du 10 septembre 2009, n° 5A_225/2009, consid. 3.2, avec des références; sur l'ensemble de la question, voir le message du Conseil fédéral du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 49.

²³ Voir la décision du Tribunal cantonal du canton de Schaffhouse du 8 juin 2012, 40/2012/2, CAN 2013, n° 3, et la circulaire n° 7 de la Cour suprême du canton de Berne du 1^{er} janvier 2011, « Les indemnités de partie en matière de mainlevée de l'opposition ».

LP), en utilisant une plateforme reconnue²⁴. Des actes peuvent ainsi être échangés aujourd'hui avec les offices des poursuites sur le « réseau e-LP »²⁵. Le problème évoqué dans la motion – le fait que la représentation devant un office des poursuites du canton de Vaud ou de Genève est réservée aux avocats et aux agents d'affaires – reste toutefois le même que pour les communications traditionnelles. L'art. 27 AP-LP remédie aussi à cette difficulté: toute personne ayant l'exercice des droits civils pourra transmettre ses actes sous forme électronique dans toute la Suisse.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

Le projet n'a pas de conséquences pour la Confédération.

4.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les cantons perdront leur compétence de régler la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée.

4.3 Conséquences pour l'économie

Chaque année, plus de 2,5 millions de poursuites sont engagées en Suisse; il s'agit donc d'échanges en masse. La création d'un espace d'exécution unique, aux règles uniformes, simplifiera considérablement les procédures et épargnera des frais aux créanciers. Une entreprise pourra mandater un représentant pour ses recouvrements de créance dans toute la Suisse; la possibilité de se faire représenter par une société de recouvrement (au lieu d'un avocat) dans tous les cantons dans les procédures de mainlevée entraînera de nettes économies, surtout pour les PME.

5 Constitutionnalité et légalité

L'avant-projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution²⁶, qui attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile.

²⁴ Art. 4 de l'ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite (RS 272.1).

²⁵ Ordonnance du DFJP du 9 février 2011 concernant la communication électronique dans le domaine des poursuites pour dettes et des faillites (RS 281.112.1).

²⁶ RS 101