

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

RR/FM

312

Berne, 18 décembre 2013

Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite concernant la représentation professionnelle (art. 27 LP; motion Rutschmann, 10.3780)

Madame la Conseillère fédérale,

La Fédération Suisse des Avocats FSA vous remercie de l'occasion que vous lui donnez de prendre position sur le projet de révision cité en titre.

Situation actuelle

Aujourd'hui, les cantons ont la faculté de soumettre la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée (i.e. devant les organes de poursuite et les autorités de surveillance¹ ; art. 27 LP) et dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251 CPC² (cf. art. 68 al. 2 CPC qui renvoie à l'art. 27 LP) à certaines conditions, telles que aptitudes professionnelles, moralité et fourniture de sûretés. Les cantons de Genève, St-Gall, Lucerne³ et Vaud, auraient fait usage de cette compétence.

Il faut rappeler que les affaires que l'art. 251 CPC soumet à la procédure sommaire sont les décisions rendues en matière de mainlevée d'opposition, de faillite, de séquestre et de concordat, l'admission de l'opposition tardive et de l'opposition dans la procédure pour effets de change, l'annulation et la suspension de la poursuite, la décision relative au retour à meilleure fortune et le prononcé de séparation des biens (lorsque l'autorité de surveillance la requiert en vertu de l'art. 68b al. 5 LP).

¹ ATF 138 III 396, c. 3.3.

² ATF 138 III 396, c. 3.4.

³ ATF 138 III 396.

La motion Rutschmann⁴

Déposée le 30 septembre 2010, trois mois avant l'entrée en vigueur du CPC fédéral, cette motion fait suite à un arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 15 décembre 2008⁵ refusant à une société zurichoise de recouvrement le droit de représenter un créancier devant l'office des poursuites de Genève. Le rapport explicatif confirme que le but de la révision est avant tout de permettre à une entreprise de mandater une société de recouvrement (au lieu d'un avocat) pour ses recouvrements de créance dans toute la Suisse et en particulier dans les procédures de mainlevée⁶.

La motion vise à permettre à toute personne⁷ ayant l'exercice des droits civils de pratiquer la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée. Selon le rapport explicatif du Conseil fédéral (CF), il s'agit essentiellement des sociétés de recouvrement, des fiduciaires, des gérances immobilières et des assurances de protection juridique. Vu l'art. 68 CPC entré en vigueur depuis le dépôt de la motion, la modification proposée aurait toutefois pour conséquence que ces personnes pourraient également représenter les parties dans les procédures judiciaires énumérées à l'art. 251 CPC.

Appréciation

1. Une atteinte aux compétences cantonales

Le projet aurait pour effet de supprimer la compétence des cantons de légiférer en matière de représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée et dans les affaires LP soumises à la procédure sommaire (art. 251 CPC). Cette suppression conduirait à la disparition de règles cantonales en vigueur de longue date, qui ont fait leur preuve et qui sont considérées comme adéquates et opportunes par les juges et les praticiens des cantons qui ont fait usage de cette compétence.

Le rapport soutient que l'entrée en vigueur du CPC fédéral le 1^{er} janvier 2011 justifierait la suppression de la compétence accordée aux cantons par l'art. 27 al. 1^{er} LP car celui-ci ne répondrait plus aux conceptions contemporaines (sic !). L'argument est spécieux puisque c'est précisément le nouveau CPC qui fait référence à cette disposition, que ce renvoi a été soumis à la procédure de consultation et que **les compétences des agents d'affaires brevetés vaudois ont été débattues et même étendues** lors des débats devant le

⁴ http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20103780

⁵ ATF 135 I 106.

⁶ Rapport explicatif, p. 6.

⁷ Y compris les personnes morales: rapport explicatif, p. 4.

Parlement !⁸ A l'évidence, aucune circonstance nouvelle ne justifie la modification du système discuté et voté il y a trois ans à peine.

2. Les avantages de la représentation professionnelle par des personnes dont les aptitudes professionnelles et la moralité ont été contrôlées

L'expérience des procédures d'exécution forcée, surtout lorsqu'elles se déroulent devant un juge (mainlevée, faillite, concordat, retour à meilleure fortune) montre que les qualifications professionnelles des représentants des parties – créanciers et débiteurs – sont de nature à garantir une **bonne défense des intérêts** de celles-ci et une **saine administration de la justice**. On ne peut pas suivre le Conseil fédéral lorsqu'il affirme sans autre explication que les sociétés de recouvrement et les assurances de protection juridique « disposent généralement de la compétence et de l'expérience nécessaires pour représenter des parties devant les offices des poursuites et des faillites » (rapport explicatif, p. 3). Son affirmation est d'autant plus sujette à caution que le projet tend à permettre à toute personne ayant l'exercice des droits civils non seulement de représenter les parties dans les procédures d'exécution forcée, mais aussi dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251 CPC. A ce propos, le CF n'hésite pas à soutenir qu'« 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 ». Or et quoi que l'on puisse penser de la complexité des procédures de mainlevée, le CF oublie que des procédures qui peuvent se révéler incontestablement complexes sont également visées, tels que la faillite, le séquestre, le concordat, l'admission de l'opposition dans la procédure pour effets de change, l'annulation et la suspension de la poursuite ainsi que les décisions relatives au retour à meilleure fortune. Il est d'ailleurs douteux que *la pratique des cantons ait montré que c'était une bonne solution*⁹ de permettre à toute personne ayant l'exercice des droits civils de représenter les parties dans ce type de procédure, car une telle possibilité pour autant qu'elle ait été utilisée en pratique n'existe en tous les cas qu'à partir de l'entrée en vigueur du CPC fédéral, le 1^{er} janvier 2011.

La **complexité des procédures** concernées justifient incontestablement que les parties ne puissent être représentées que par des avocats ou des professionnels dont les aptitudes ont été contrôlées. Tel est le cas notamment des agents d'affaires genevois et des agents

⁸ BO CN 2008, p. 648 s. (Yves Nidegger, Rapporteur) ; Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 414 s.

⁹ Rapport explicatif, p. 5.

d'affaires vaudois, ceux-ci devant effectués un stage d'une durée de deux à trois ans, sanctionné par un examen¹⁰.

Certes, l'art. 27 LP projeté n'empêcherait pas le justiciable de recourir aux services d'un avocat ou d'un agent d'affaires breveté dans les affaires concernées. Toutefois, si elle était adoptée, cette disposition lui donnerait la fausse impression qu'il peut être représenté d'aussi bonne manière par toute personne ayant l'exercice des droits civils que par un avocat ou par un agent d'affaires, ce que l'on ne peut pas raisonnablement soutenir.

3. Les avocats et les agents d'affaires (brevetés) sont soumis des règles déontologiques

Les **règles déontologiques**, notamment l'exigence d'**indépendance**, les règles en matière d'**honoraires**¹¹, la possibilité pour le client de l'avocat ou de l'agent d'affaires¹² de demander la **modération** de la note d'honoraires, l'obligation de contracter une **assurance RC**¹³, le fait d'être soumis au **secret professionnel**¹⁴, l'interdiction de faire de la **publicité**¹⁵, le fait d'être soumis à une **autorité de surveillance** qui exerce le pouvoir disciplinaire, l'interdiction du **pactum de quota litis**¹⁶ et, *last but not least*, l'obligation d'accepter à tour de rôle des causes des parties au bénéfice de l'**assistance judiciaire**¹⁷ – règles auxquelles ne sont évidemment pas soumises les sociétés de recouvrement ou les assurances de protection juridique – sont des **garanties essentielles pour le justiciable** (comme d'ailleurs pour une saine administration de la justice) qu'il soit débiteur ou créancier. Il se justifie de permettre aux cantons qui considèrent que ces garanties doivent exister dans tous les cas de les conserver.

4. L'art. 27 LP ne viole pas la loi sur le marché intérieur (LMI)

La motion affirme que « Les principes du marché libre sont donc bafoués parce qu'un trop petit nombre d'agents d'affaires dans ces cantons s'entendent en partie sur les honoraires » et que « les cantons de Vaud et de Genève, par exemple, ont interdit la représentation professionnelle dans les poursuites pour dettes aux personnes domiciliés dans d'autres cantons ».

¹⁰ Art. 19 al. 2 de la loi vaudoise sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPag, RSV 179.11).

¹¹ Voir par ex. les art. 7 et 8 LPag.

¹² Voir par ex. l'art. 9 LPag.

¹³ Voir par ex. l'art. 22 al. 1^{er}, ch. 3 et 42 al. 1^{er} LPag.

¹⁴ Voir par ex. l'art. 48 LPag.

¹⁵ Voir par ex. l'art. 49 LPag.

¹⁶ Voir par ex. l'art. 53 al. 1^{er} lit. b LPag.

¹⁷ Voir par ex. l'art. 50a LPag.

Ces affirmations sont erronées. On rappellera d'abord que les ententes horizontales sur les prix sont prohibées et réprimées par de fortes amendes par la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (art. 5 al. 3 et 49a LCart).

Concernant ensuite le grief d'entrave à la libre circulation des services en Suisse, le TF a au contraire jugé en décembre 2008 que l'art. 27 al. 2 LP ne violait pas la LMI et que son alinéa 2 permettait au contraire la libre circulation souhaitée en disposant que « Quiconque a été autorisé dans un canton à exercer la représentation professionnelle peut demander l'autorisation d'exercer cette activité dans tout autre canton, pour autant que ses aptitudes professionnelles et sa moralité aient été vérifiées de manière appropriée ». Selon le TF, « cette disposition a précisément pour but d'accorder le libre passage aux professionnels tels que les agents d'affaires ayant été autorisés à exercer cette activité dans un canton, pour autant que leurs aptitudes professionnelles et personnelles aient été vérifiées de manière adéquate¹⁸. Le TF a ainsi considéré que le système mis en place par l'art. 27 LP représentait une *lex specialis* prévalant sur la LMI, se justifiait par l'intérêt public et respectait le principe de la proportionnalité¹⁹.

Conclusion

Le projet de modification de l'art. 27 LP constitue un empiètement injustifié dans les compétences cantonales. Son adoption serait néfaste pour les intérêts des plaideurs et l'administration de la justice. Elle doit être fermement combattue.

En vous remerciant de nous avoir donné l'occasion de formuler des observations, nous vous prions, Madame la Conseillère fédérale, de recevoir l'expression de notre considération très distinguée.

Pour la Fédération Suisse des Avocats :

Pierre-Dominique Schupp
Président

René Rall
Secrétaire général

¹⁸ ATF 135 I 106, c. 2.3.

¹⁹ ATF 135 I 106, c. 2.3.