

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Réf. : PM/15015064

Lausanne, le 11 décembre 2013

Consultation fédérale relative à la représentation professionnelle en matière de poursuites et faillites (projet de modification de la LP)

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud a pris connaissance des documents que votre département lui a adressés le 19 septembre 2013 et vous remercie de l'avoir consulté. Après avoir mené une consultation auprès de nombreux organismes du Canton, il vous transmet, ci-après, sa prise de position sur l'avant-projet modification de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (AP LP) élaboré par le DFJP après que le Conseil fédéral a donné un avis favorable sur la motion Rustschmann 10.3780.

I. Position générale

Le Gouvernement vaudois n'est pas favorable au projet de révision de l'art. 27 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), lequel tend à supprimer la compétence des cantons de légiférer en matière de représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire.

Le Canton de Vaud a de longue date fait usage de cette compétence, d'abord sur la base de ses art. 2 et 4 de sa loi du 5 septembre 1944 sur la représentation des parties (aLReP, abrogée par décret du 16 décembre 2009), puis des art. 44 et suivants de la loi vaudoise d'application de la LP (LVLP, RSV 280.05), adoptés à l'occasion de la réforme de la juridiction civile également le 16 décembre 2009. L'art. 44b LVLP prévoit ainsi qu'en matière de poursuite pour dettes, de faillites et de concordats, une partie peut être représentée exclusivement par son représentant légal, son fondé de pouvoirs spécial, un avocat, un agent d'affaires breveté ainsi que par tout autre représentant professionnel autorisé conformément à l'art. 27 al. 2 LP.

D'autres cantons ont fait un usage similaire de la compétence accordée par l'art. 27 LP, soit non seulement celui de Genève, mentionné dans le rapport explicatif du DFJP, mais également ceux de Lucerne (cf. ATF 138 III 396) et de Saint-Gall à notre connaissance.

Globalement, si les autorités vaudoises sont sensibles à l'argument économique selon lequel l'abandon de telles exigences en matière de représentation pourrait conduire à une diminution des frais en matière de poursuite tant pour les créanciers que pour les débiteurs, elles prônent néanmoins le maintien de la réglementation cantonale actuelle pour le motif d'intérêt public de protection du justiciable et de garantie d'une représentation professionnelle de qualité. Justifier, en particulier, cette suppression par le motif que l'actuel art. 27 LP ne répondrait plus aux conceptions contemporaines (cf. rapport explicatif, p. 4) apparaît infondé. On rappelle en effet que, dans le cadre du renvoi de l'art. 251 du code de procédure civile (CPC), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, les compétences des agents d'affaires brevetés vaudois ont été débattues et même étendues lors des débats devant le parlement (BO CN 2008, p. 648 s. ; Bohnet / Martenet, droit de la profession d'avocat, Berne 2009, p. 414 s.). Remettre en cause cette disposition en se fondant sur l'évolution de la situation survenue depuis lors se révèle ainsi à tout le moins prématuré et insuffisamment argumenté.

De manière générale, il convient encore de souligner le Tribunal fédéral a admis que cette réglementation, en tant que *lex specialis*, est compatible avec la législation sur le marché intérieur (cf. ATF 135 I 106, c. 2.3). Cette jurisprudence fédérale a, au demeurant, été rendue dans des causes qui se sont révélées défavorables, sur la question de la représentation, à des sociétés de recouvrement de créances, ce qui a vraisemblablement conduit au dépôt de la motion Rutchsmann. Dans ce contexte, il est malheureusement à craindre qu'en tant qu'elle vise à favoriser l'expansion de l'activité de sociétés de recouvrement, l'ouverture du marché de la représentation professionnelle prônée par le projet contribue à exposer davantage les parties concernées aux pratiques parfois contestables de certaines de ces sociétés. Il ne s'agit donc pas ici d'adopter une attitude protectionniste de mauvais aloi, mais uniquement de protéger le public contre des pratiques douteuses de recouvrement de créances.

II. Argumentaire détaillé

Le Conseil d'Etat vaudois se prononce, ci-après, de façon plus détaillée sur les différents arguments présentés dans le rapport explicatif en faveur du projet.

Selon le rapport précité, l'obligation pour le créancier qui n'entend pas procéder lui-même de recourir aux services d'un agent d'affaires ou d'un avocat autorisé à pratiquer au for de la poursuite aurait pour conséquence de renchérir considérablement la réalisation de la créance. Cet argument doit être nuancé. D'abord, les honoraires d'agent d'affaires ou d'avocat sont susceptibles de modération. De plus, la partie assistée d'un agent d'affaires ou d'un avocat qui obtient gain de cause peut prétendre, devant les autorités judiciaires, à des dépens fixés selon un tarif officiel. A l'inverse, les frais facturés par les sociétés de recouvrement pour les procédures qu'elles mènent pour leurs clients ne sont soumis à aucun tarif.

Par ailleurs, le projet proposé tend à ce que la représentation professionnelle en procédure sommaire devant les tribunaux soit également ouverte à toute personne physique ou morale, à l'unique condition que cette-ci jouisse de l'exercice des droits civils. Une telle solution se justifierait par l'absence de grande complexité de telles procédures, qui ne constitueraient qu'une continuation des procédures de poursuite. Les autorités vaudoises ne peuvent cependant adhérer sans autre à l'appréciation fédérale

selon laquelle les sociétés de recouvrement et les assurances de protection juridique « *disposent généralement de la compétence et de l'expérience nécessaire pour représenter des parties devant les offices des poursuites et des faillites* » (rapport explicatif, p. 3). En effet, les procédures sommaires de la LP ne se limitent pas, contrairement à ce que le rapport explicatif laisse entendre, à des procès en mainlevée dénués de grande complexité. Les autres procédures – soit de séquestre, de faillite ou de concordat – peuvent, comme d'ailleurs la procédure de mainlevée d'opposition, s'avérer complexes et poser des questions juridiques ardues, nécessitant l'intervention d'un mandataire professionnel dûment formé et rompu au droit des poursuites et faillites et à la procédure.

La solution vaudoise répond en outre à des exigences d'intérêt public qui demeurent entièrement d'actualité, soit un contrôle des aptitudes et de la moralité professionnelles du représentant, la fourniture de garantie et de sûretés, l'obligation de se conformer à un cadre disciplinaire, la modération possible des honoraires et la fixation d'un tarif des dépens. Les mécanismes de contrôle de ces exigences sont multiples. Pour ce qui est des aptitudes professionnelles, il est dans l'intérêt premier des parties de pouvoir compter sur l'assistance d'un mandataire qualifié, ayant acquis de solides connaissances juridiques et pratiques. Dans le canton de Vaud, ce contrôle se traduit par un stage de deux ans au moins suivi d'examens écrits et oraux, décrits dans les lois cantonales sur la profession d'avocat (LPAv) et sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAg). Ouvrir le marché de la représentation professionnelle à tout un chacun, comme le préconise le projet, ne serait pas sans conséquence sur l'activité des offices et des magistrats, qui n'auraient plus pour interlocuteurs des mandataires professionnels formés tant en droit de fond que de procédure. En ce qui concerne l'exigence de moralité professionnelle, celle-ci relève aussi de l'intérêt public de protéger les parties ; elle est toujours d'actualité et ne constitue pas une valeur désuète à écarter au profit d'une déréglementation prétendument moderne de la représentation professionnelle. C'est le lieu de rappeler l'existence d'un projet de modification de la LP visant à améliorer la position des personnes ciblées par des poursuites injustifiées, projet de la Commission des affaires juridiques du Conseil national mis en consultation durant l'été 2013 à la suite d'une initiative parlementaire. Le présent projet nous paraît aller à l'encontre de cet objectif : la libéralisation de ce marché afin de prétendument faciliter les démarches de recouvrement pour le créancier permet en réalité de favoriser l'expansion de l'activité de sociétés de recouvrement dont les pratiques sont parfois particulièrement agressives, allant jusqu'à la notification d'actes de poursuite injustifiés aux seules fins de faire pression sur un débiteur. Ainsi, il y a fort à craindre que la dérégulation de la représentation professionnelle expose les parties, créanciers comme débiteurs, à des pratiques moralement douteuses : quérulents qui s'improviseraient spécialistes de l'exécution forcée ; individus qui joueraient de leur ascendant sur des personnes vulnérables ou en situation précaire pour obtenir d'elles qu'elles leur confient des mandats ; sociétés de recouvrement aux procédés parfois discutables, notamment le fait d'inciter le débiteur à signer un plan de paiement par acomptes, alors que celui-ci constitue essentiellement une reconnaissance de dette qui augmente considérablement le montant de la créance initiale en lui ajoutant des sommes proportionnellement importantes et dépourvues de toute justification économique. L'Association suisse des sociétés fiduciaires de recouvrement a certes adopté en 2012 des directives sur le recouvrement des créances, déclarées contraignantes pour ses membres, mais la protection ainsi générée apparaît insuffisante. Ainsi par exemple, les prises de contact téléphoniques et les visites personnelles sont admises mais doivent juste ne pas être

"importunes" ; la prise de contact peut se faire à l'occasion d'une visite personnelle sur le lieu de travail du débiteur, la seule restriction posée en de telles circonstances étant que le motif de la visite ne peut être communiqué à l'employeur ou aux collègues de travail du débiteur ; en cas de non-paiement de la créance, la société de recouvrement ne peut certes exercer aucune menace sur le débiteur, pour autant cependant que celle-ci ne soit pas en lien matériel avec ladite créance. En outre, ces directives ne s'appliquent qu'aux sociétés membres de l'association susmentionnée, les sociétés de recouvrement qui le sont pas n'étant soumises à aucune règle déontologique. S'agissant, de surcroît, des exigences relatives à l'assurance RC et l'absence d'insolvabilité durable et de casier judiciaire imposées aux représentants professionnels vaudois, celles-ci s'imposent à l'évidence dans l'optique de protéger les intérêts des clients en général et, en particulier, le patrimoine du client pour le compte duquel des encaissements seront perçus. Enfin, pour ce qui est du cadre disciplinaire, les lois vaudoises susmentionnées fixent diverses exigences, notamment le secret professionnel, l'obligation de tenir une comptabilité, l'obligation de renseigner rapidement le client sur les encaissements obtenus, l'interdiction d'entrer en conflit d'intérêts avec le client en acquérant des droits litigieux et l'interdiction de stipuler un pactum de quota litis, toutes exigences s'imposant elles aussi dans l'optique de protéger les intérêts du mandant.

III. Conclusions

Le gouvernement vaudois invite dès lors les autorités fédérales à s'en tenir au statu quo, c'est-à-dire au maintien de l'art. 27 LP dans sa version actuelle, en tant qu'il préserve la possibilité offerte aux cantons qui le souhaitent de soumettre la représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée à certaines conditions, telles que celles relatives aux aptitudes professionnelles, à la moralité et à la fourniture de sûretés. Laisser subsister cette compétence cantonale ne signifie pas pour autant que les cantons qui l'ont exercée sont hostiles à tous les arguments avancés en faveur du projet ; sensibles aux aspects économiques susceptibles de justifier un changement, ces cantons peuvent ainsi continuer d'observer l'évolution des pratiques et besoins en la matière ainsi que le bien-fondé de leur réglementation et pourront, si ceci se révèle nécessaire, la modifier pour aller dans le sens proposé par le projet.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT

Pierre-Yves Maillard

LE CHANCELIER

Vincent Grandjean

Copies

- SJL
- OAE