

Prise de position de Dettes Conseils Suisse concernant la procédure de consultation relative à l'initiative parlementaire Abate « Annulation des commandements de payer injustifiés (09.530) »

Madame,

Mesdames, Messieurs,

Nous vous remercions sincèrement de l'opportunité offerte à notre faïtière de s'exprimer dans la présente procédure de consultation.

Dettes Conseils Suisse regroupe 37 services de désendettement à but non lucratif dont l'essentiel est soutenu par des cantons et communes de Suisse dans leur programmes de lutte contre le surendettement. Ainsi, notre faïtière défend les intérêts des personnes surendettées dont un nombre très important doit régulièrement faire face à des commandements de payer partiellement ou totalement injustifiés.

1. Introduction

1.1 Problématique

L'initiative parlementaire 09.530 (ci-après, l'initiative) soulève des problématiques tout à fait actuelles, à savoir le déséquilibre existant entre créanciers et débiteurs, les difficultés d'accès à la justice pour la partie faible aux rapports contractuels ainsi que l'effet stigmatisant du registre des poursuites.

En effet, le droit des poursuites ne prévoit aucun contrôle de la validité des créances. Partant, il est loisible à tout un chacun d'introduire une poursuite à l'encontre de quiconque, que la prétention soit fondée ou non. Pour obtenir justice, le/la poursuivi/e se doit ainsi d'introduire une action en justice complexe et avancer des frais de justice autrement plus conséquents que ceux correspondant aux actes effectués par le/la « pseudo-créancier/ère »¹. Partant, un commandement de payer peut provoquer un dommage financier relativement important.

Originellement, le registre des poursuites n'atteste précisément que de l'activité des offices des poursuites. Néanmoins, au travers du droit de consultation offert aux tiers, ce registre a fini par servir d'attestation de solvabilité et de « moralité financière » des personnes². Un extrait personnel est ainsi systématiquement exigé lors de la recherche d'un appartement et de plus en plus couramment demandé par les employeurs (commerce de détail, horlogerie, services financiers, etc.). Partant, et particulièrement lorsque les marchés de l'immobilier et/ou de l'emploi sont contractés, un commandement de payer injustifié peut considérablement nuire à la stabilité et/ou à l'accession sociale des personnes touchées.

En sus, si le/la poursuivi/e est généralement bien inspiré/e de faire opposition à un commandement de payer injustifié, le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence par trop restrictive, a limité l'accès à l'action en constatation de droit de l'art. 85a de la loi fédérale sur la poursuites pour dettes et la faillite (ci-après, LP). Partant, une personne ayant agi diligemment peut se retrouver dans l'impossibilité de faire radier une poursuite injustifiée si elle n'a pas les moyens d'introduire une action générale en constatation de droit de l'art. 88 du Code de procédure civile (ci-après, CPC).

¹ Voir l'exemple cités par M. le Conseiller national Abate dans le développement de l'initiative parlementaire 09.530

² Voir notamment le Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ; 91.034 ; FF 1991 III 1, p. 33ss

Enfin, la problématique des poursuites injustifiées est très étroitement liée aux activités des maisons de recouvrement. Celles-ci prétendent systématiquement à des frais injustifiés, régulièrement exorbitants, et tiennent des registres de « solvabilité et moralité financière » dont la « crédibilité » comme l'intérêt économiques dépendent du nombre de personnes poursuivies. Partant, la présente procédure de consultation se trouve en étroite connexité avec le postulat 12.3641 de M. le Conseiller aux Etats Raphaël Comte *Encadrement des pratiques de recouvrement*.

1.2 Constats de la pratique

Les actes de poursuites effectués par « pure malveillance » apparaissent relativement rares. Ils interviennent souvent lorsque des conflits préexistants dégèrent ; il peut s'agir de conflits interpersonnels (séparation/divorce ; problèmes de voisinage) ou de conflits liés à un rapport de droit préexistant (bail à loyer ; droit du travail). Nous doutons toutefois que le nombre de cas soit effectivement « extrêmement faible »³ et la « judiciarisation » des rapports sociaux nous laisse croire que le nombre de ces actes ne fera qu'augmenter à l'avenir. En effet, nous ne connaissons aucune étude sur le sujet, la jurisprudence fédérale⁴ réduit les possibilités des offices des poursuites de constater la nullité d'une telle poursuite aux cas « exceptionnels » d'abus de droit manifestes et les offices des poursuites renoncent souvent à répondre à de telles considérations de droit matériel, invitant généralement les personnes frappées par ce genre d'épreuves à faire opposition au sens des art. 74ss LP. Partant, si la casuistique juridique est faible, elle ne saurait à elle seule présumer de la rareté de telles actes purement malveillants.

Dans son rapport, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (ci-après, CAJ-CN) estime que les poursuites fondées sur des créances partiellement ou entièrement contestées sont « plus fréquentes que les poursuites à caractère purement malveillant » et que, dans ces cas, « le créancier poursuivant agit très souvent de bonne foi »⁵. La pratique des services membres de Dettes Conseils Suisse montre malheureusement que la CAJ-CN est fort loin du compte. En effet, ce type d'actes se rencontre quotidiennement et, dans certains domaines contractuels, la mauvaise foi semble s'être érigée en règle alors que les rapports juridiques entre créanciers institutionnels et consommateurs se sont complexifiés à l'excès.

Parmi les situations problématiques récurrentes, nous devons constater que le commandement de payer est devenu l'outil ordinaire d'un nombre important d'instituts pour, simplement, s'assurer des rentrées d'argent maximales en essayant de légaliser des prétentions soit inexistantes, soit complètement disproportionnées. Il s'agit par exemple :

- De crédits à la consommation ne respectant pas les règles des art. 22ss et de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (ci-après, LCC).
- De contrats de mandats douteux dont le but est impossible, dont les règles de l'art sont opaques ou inexistantes et dont la mise en œuvre est lacunaire quand elle n'est pas totalement absente.
- De contrats non valablement conclus (téléphonie, envois non commandés, arnaques téléphoniques, etc.).
- Des primes d'assurances-maladie LAMal en cas d'assurances multiples.
- Des frais exorbitants et injustifiés des maisons de recouvrement (nous remarquons que les maisons de recouvrement représentent ou rachètent régulièrement les créances douteuses des catégories citées ci-dessus).

³ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 25 avril 2013, p. 4

⁴ ATF 115 III 18, 24

⁵ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 25 avril 2013, p. 4

Enfin, nous relevons que les erreurs sur l'identité de la personne poursuivie sont relativement fréquentes, particulièrement lorsqu'une maison de recouvrement se trouve impliquée dans la procédure. Il peut s'agir de problèmes d'homonymies comme d'erreurs plus déplorables, et il est toujours difficile de faire rectifier ces erreurs lorsqu'une maison de recouvrement est impliquée.

1.3. Conclusions préliminaires

Si les membres de Dettes Conseils Suisse saluent la volonté de l'auteur de l'initiative comme celle de la CAJ-CN de corriger le déséquilibre en défaveur de la partie faible au rapport de force poursuivant-poursuivi, il appert que la solution préconisée par la CAJ-CN ne saura régler qu'une partie de la problématique.

Administrations fiscales mises à part, l'essentiel des créanciers poursuivant les particuliers sont les assureurs-maladie, les maisons de recouvrement, les instituts de crédit ainsi que divers autres créanciers institutionnalisés (opérateurs téléphoniques, fournisseurs de biens et services,...). En d'autres termes, tous connaissent ou sont des professionnels du recouvrement, rompus aux questions légales et disposant de moyens financiers colossaux. Le déséquilibre en défaveur des consommateurs est ainsi particulièrement marqué.

Le surendettement est généralement provoqué par différentes combinaisons de facteurs actifs (manque d'anticipation, de rigueur ou de regard critique concernant les incidences financières) et passifs (ruptures dans le parcours de vie ; séparation/divorce, maladie, accident, chômage,...). Dans son rapport, la CAJ-CN semble pourtant réduire la question du surendettement aux « mauvais payeurs patentés »⁶, ce que nous ne saurions accepter.

Ainsi, si la proposition de la CAJ-CN offrira un moyen satisfaisant pour les personnes faisant l'objet d'un commandement de payer injustifié, dite solution restera inefficace :

- pour les personnes faisant l'objet d'un commandement de payer injustifié d'un assureur-maladie (possibilité de lever l'opposition),
- pour les personnes faisant l'objet de l'acharnement d'une ou plusieurs maisons de recouvrement (certaines maisons de recouvrement agissent en effet sous couvert de plusieurs raisons sociales),
- pour les personnes dont des créances injustifiées ayant déjà fait l'objet d'un commandement de payer ont été « cédées » à des maisons de recouvrement
- pour les personnes ayant perdu la vision globale de leurs finances suite à un surendettement, par exemple. Celles-ci n'ont généralement pas les moyens financiers, ni l'énergie à disposition pour intenter des actions en justice.

Si le postulat 12.3641 de M. le Conseiller aux Etats Raphaël Comte *Encadrement des pratiques de recouvrement*, offrira, nous l'espérons, l'opportunité d'apporter des solutions complémentaires et utiles à cette solution, d'autres réglementations seront nécessaires.

⁶ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 25 avril 2013, p.

2. Prise de position, article par article

2.1 Art. 8b (nouveau) Exception au droit de consultation

Les membres de Dettes Conseils Suisse soutiennent vigoureusement l'avis de la CAJ-CN dans le sens où elle reconnaît que les moyens actuellement offerts à une personne injustement poursuivie sont inappropriés, bien trop complexes à mettre en œuvre et comportent trop de risques. Ils la soutiennent également dans sa volonté de créer une solution rapide, simple et économique sur des critères formels.

Ainsi, la solution proposée par la CAJ-CN est appropriée pour les situations relativement simples où seul un « pseudo-créancier » intervient. Et Dettes Conseil Suisse la soutient pour cette raison. Toutefois, dans les situations de surendettement, il arrive régulièrement qu'un créancier sachant pertinemment que ses prétentions sont soit infondées, soit disproportionnées introduise un commandement de payer pour faire pression sur le « pseudo-débiteur », et tenter ainsi d'obtenir de l'argent par le truchement de l'office des poursuites. Il est ainsi fréquent que des commandements de payer injustifiés frappés d'opposition se pérennisent dans une sorte de situation de pat : le « pseudo-créancier » sait qu'il ne peut rien obtenir ou qu'il prend des risques importants (par exemple en matière de crédit à la consommation) et le débiteur n'a ni les moyens ni l'envie de prendre les risques d'une action en libération de dette.

Afin de dissoudre ces situations et d'en limiter l'effet néfaste de l'inscription au registre des poursuites, nous proposons la solution complémentaire suivante :

- Renoncer à communiquer aux tiers les poursuites frappées d'opposition qui n'ont pas fait l'objet d'une procédure de mainlevée ou de reconnaissance de dette dans le délai de péremption imparti. En effet, lorsqu'un créancier renonce à requérir la mainlevée, c'est généralement qu'un accord satisfaisant est intervenu entre les parties ou que le fondement de la créance est fort incertain. Partant, dite solution ne nuira aucunement à la fiabilité du registre des poursuites, sera économique, simple et rapide.

Notons également que la solution proposée par la CAJ-CN ne tient non plus pas compte des maisons de recouvrement qui agissent sous plusieurs raisons sociales ni du marché passablement agressif des cessions de créances. Il est donc à craindre qu'une personne injustement poursuivie se fasse piégée pour une seule et même créance injustifiée.

Enfin, la CAJ-CN semble méconnaître le rôle et la réalité du registre des poursuites et ignorer l'existence d'une multitude de fichiers de solvabilité, parfois douteux. Le registre sert avant tout à attester de l'activité des offices du fait, justement, que l'absence d'examen de validité de la créance nuit considérablement à sa fiabilité en tant qu'image de la « solvabilité et moralité économique ». Partant, la CAJ-CN semble omettre que ledit registre se doit de représenter un équilibre suffisant entre la protection de la personnalité et sa fonction de police de commerce⁷. C'est donc à notre sens tout le débat ayant suivi la publication du Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991⁸ qui doit être repris à la lumière de la métamorphose socio-économique et consumériste de ces 20 dernières années.

⁷ Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991, *Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, 91.034, FF 1991 III 1, p. 33ss

⁸ BLSchKG 2002, p. 43

2.2 Art. 73 al. 1 et 2 *Présentation des moyens de preuve*

Les membres de Dettes Conseils Suisse revendiquent un véritable renforcement des droits des débiteurs comme des poursuivis. Une difficulté des situations de surendettement, une fois qu'une personne ou un couple a perdu pied, est justement de dresser un tableau véridique et actuel de ses dettes. Les problèmes les plus fréquents se rencontrent avec les maisons de recouvrement, les assureurs-maladie, certains instituts de crédit ainsi que divers mandataires douteux qui tardent ou renoncent à fournir des documents ou en fournissent d'incomplets ou douteux.

La refonte proposée par la CAJ-CN a ceci d'insuffisant qu'elle ne prévoit pas de véritable sanction d'un défaut de diligence du poursuivant. Partant, dite proposition restera inefficace. La brièveté des délais et le fait qu'une représentation professionnelle n'est pas prescrite ne saurait suffire à exempter le créancier défaillant d'une sanction, considérant que l'écrasante majorité des créanciers poursuivants sont ou embauchent des professionnels du recouvrement.

L'interdiction de présenter dans une procédure ultérieure les justificatifs n'ayant pas été remis après la sommation prévue à l'art. 73 apparaît effectivement disproportionnée. Néanmoins, une solution équitable doit être trouvée afin de renforcer les droits du débiteurs et celle-ci devra tenir compte du délai d'opposition.

Une demande au sens de l'art. 73 al. 1 devrait déployer les effets d'une opposition provisoire lorsqu'elle intervient dans le délai de l'art. 69 al. 2 ch. 3 LP. Celle-ci aurait le mérite de suspendre la procédure au sens de l'art. 78 al. 1 qui devrait également être modifié dans ce sens. Une fois que le créancier satisfait à son obligation, le débiteur devrait obtenir un délai pour confirmer son opposition, sous peine de nullité. Le créancier devrait également avoir la possibilité de lever une telle opposition provisoire au moyen d'un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 LP. Par contre, la demande de mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP ne devrait pas être acceptée.

A tout le moins, la proposition de l'alinéa 2 devrait être modifiée dans le sens où, en cas de procédure ultérieure, le/la juge devra mettre les frais de justice à charge du créancier et rejeter ses dépens. Ainsi, le créancier sera invité à diligence et le poursuivi pourra mieux défendre ses droits. En effet, la formulation « le juge dans un litige ultérieure *tient compte* » (nous mettons en évidence) apparaît trop faible car la partie adverse, la plus faible, n'aura jamais eu assez de temps pour se défendre lorsque le créancier ou « pseudo-créancier » aura retenu les informations dont il dispose. Partant, il est important d'offrir une véritable motivation au créancier ou « pseudo-créancier ».

2.3. Art. 85a al. 1 *Annulation ou suspension de la poursuite par le juge en procédure ordinaire ou simplifiée*

Les membres de Dettes Conseils Suisse soutiennent la modification proposée dans le sens où elle corrige une jurisprudence par trop restrictive du Tribunal fédéral. Sans autre commentaire.

3. Proposition supplémentaire

Les membres de Dettes Conseils Suisse revendiquent l'introduction d'une véritable procédure de désendettement des particuliers telle que « l'Insolvenzverfahren » du droit allemand. Le contexte de l'initiative Abate 09.530 n'offre cependant pas l'opportunité concrète d'une telle revendication. Néanmoins, considérant que dite initiative concerne directement les extraits du registre de l'office des poursuites, il apparaît opportun de proposer un tempérament de l'art. 8a LP qui permette de tenir compte des efforts déployés par les particuliers qui s'investissent à se relever d'un surendettement.

L'idéal serait certainement de permettre aux personnes ayant réussi à assainir leur situation financière dans sa totalité de requérir l'effacement complet des inscriptions au registre. Si pour garantir la fiabilité du registre, la satisfaction d'une telle requête est facilement imaginable dans les procédures où une publication officielle a été requise, les contrôles nécessaires deviendraient problématiques ou causeraient une charge de travail relativement importante pour les désendettements extra-judiciaires.

Afin d'atteindre le but fixé et de ne pas encombrer les offices, limiter la durée du droit de consultation des tiers à une période de 3 ans tel que le pratiquent déjà les offices de certains cantons pourrait avoir l'effet escompté. En effet, une telle période correspond à la durée maximale d'un désendettement telle que recommandée par notre faïtière. L'art. 8a al. 4 LP devrait donc être modifié en conséquence.

4. Condensé

A l'instar de l'auteur de l'initiative et de la CAJ-CN, les membres de Dettes Conseils Suisse revendiquent un rééquilibrage des droits et obligations entre les parties en procédure d'exécution forcée et le règlement de la problématique des commandements de payer injustifiés. Toutefois, nous estimons que la proposition de la CAJ-CN ne tient pas suffisamment compte de l'évolution de notre société de consommation ni de la réalité du surendettement. Raison pour laquelle les membres de Dettes Conseils Suisse revendiquent :

- Une meilleure prise en compte de la protection de la personnalité dans le registre des poursuites. Les poursuites frappées d'opposition n'ayant pas fait l'objet d'une procédure de mainlevée ou de reconnaissance de dette dans le délai de péremption ne devraient plus être visibles par les tiers.
- Une meilleure prise en compte des droits de la personne poursuivie ou débitrice. Hormis lorsque le créancier possède un titre de mainlevée définitive, la demande à l'office de sommer le créancier de présenter des justificatifs devrait être considérée comme opposition provisoire et empêcher la mainlevée provisoire. En sus, soutenons-nous également la modification proposée de l'art. 85a.
- Un meilleur tempérament entre l'effet stigmatisant et l'intérêt commercial du registres des poursuites ainsi qu'une véritable possibilité de redressement pour les personnes qui se désendettent. Les poursuites ne devraient plus être visibles après 3 ans au lieu des 5 ans actuels.

En vous remerciant de la considération que vous accorderez à la présente, nous vous prions de recevoir, Madame, Mesdames et Messieurs, nos salutations distinguées.

Berne, le 20 septembre 2013



Pour Dettes Conseils Suisse
Sébastien Mercier, membre du comité