



Genève, le 21 septembre 2022

Le Conseil d'Etat

4140-2022

Département fédéral de justice et police
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Concerne : consultation relative à la modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (assainissement des dettes des personnes physiques)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons bien reçu votre courrier du 3 juin 2022, adressé à l'ensemble des gouvernements cantonaux concernant l'objet cité sous rubrique, et nous vous en remercions.

Après avoir pris connaissance de votre courrier précité, de l'avant-projet de modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après : avant-projet de loi) et du rapport explicatif l'accompagnant, nous vous informons que notre Conseil approuve les grandes lignes des modifications proposées dans l'avant-projet de loi.

Le surendettement des ménages est un problème social et économique préoccupant. Il constitue un obstacle majeur à l'intégration sociale et professionnelle des personnes concernées, et un frein à la sortie de l'aide sociale. Le surendettement a aussi un impact important sur la santé physique et psychique des personnes concernées et il se répercute notamment sur les coûts de la santé. Dès lors, notre Conseil accueille favorablement la proposition d'instaurer deux nouvelles procédures offrant à des débiteurs surendettés la perspective d'un assainissement complet de leurs dettes.

En particulier, nous approuvons sans réserve la nouvelle procédure simplifiée de règlement conventionnel par concordat, accessible aux débiteurs non soumis à la poursuite par voie de faillite. Cette procédure plus efficace et moins coûteuse permettra d'augmenter le nombre de solutions pragmatiques d'assainissement des dettes mises en place par les débiteurs eux-mêmes.

Nous saluons également l'introduction de la faillite par assainissement des dettes, ouverte aux personnes physiques surendettées qui n'ont, selon le droit actuel, aucune possibilité de sortir de leur situation de surendettement. Ce volet appelle toutefois plusieurs remarques, dont notamment les suivantes :

- a) S'agissant de l'accès à la procédure, nous relevons que tout l'avant-projet de loi est axé sur le prélèvement des revenus courants et futurs des débiteurs pendant une certaine durée. Or, comme cela est indiqué dans le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet de loi, les personnes sans perspectives de remboursement et celles qui dépendent de l'aide de l'Etat, par exemple de l'aide sociale, doivent pouvoir se soumettre à cette procédure et prendre un nouveau départ financier. A ce stade, cette volonté n'est pas traduite dans le texte de l'avant-projet de loi. Dès lors, dans un souci de sécurité juridique, nous souhaitons que celui-ci soit précisé afin que la loi fédérale garantisse d'une manière explicite l'accès à la procédure d'assainissement aux personnes qui disposent d'un taux de remboursement faible à inexistant, et qu'elle contienne des indications sur la procédure à suivre pour ces personnes et les conditions pour bénéficier de la libération de leurs dettes.
- b) Si la durée proposée de 4 ans de la procédure d'assainissement (art. 346 al. 4 de l'avant-projet de loi) résulte d'un compromis entre les intérêts des débiteurs et ceux des créanciers qui doivent espérer bénéficier de remboursements, nous sollicitons néanmoins sa réduction à 3 ans. Une durée maximale de 36 mois s'impose afin d'éviter l'essoufflement des débiteurs, diminuer le risque de modification des circonstances sur lesquelles est bâti le processus d'assainissement et, enfin, ne pas péjorer la pratique actuelle largement reconnue dans le cadre des procédures de désendettement, tant par les créanciers que par les tribunaux.
- c) Nous estimons que les vérifications à accomplir en cours de procédure par l'office des faillites et l'office des poursuites doivent se limiter à des contrôles objectifs des conditions de l'article 337 et de l'article 348 alinéa 1 lettre c de l'avant-projet de loi (absence de nouvelles réquisitions de continuer la poursuite); ceux-ci reposent sur des processus bien établis et correspondent à la position de ces offices d'intermédiaires neutres entre le débiteur et ses créanciers. En revanche, ces offices devraient opérer un changement de paradigme important et se doter de nouveaux profils de compétences pour être en mesure de vérifier que le débiteur recherche des revenus et juger s'il ne les diminue pas par sa faute (art. 347, art. 348 al. 1 let. a et b de l'avant-projet de loi). A ce titre, nous souhaitons qu'ils soient uniquement tenus de prendre en compte les manquements du débiteur signalés par les autres autorités compétentes pour évaluer cet aspect (chômage ou aide sociale).
- d) En outre, pour garantir le succès de l'assainissement, un accompagnement social individuel de la personne surendettée sera crucial, notamment en amont de la requête adressée au tribunal puis tout au long de la procédure devant les offices, pour éviter les entorses au plan d'assainissement et inclure sans délai les dépenses supplémentaires exceptionnelles dans le calcul du minimum vital. Le rapport explicatif souligne aussi le caractère indispensable de telles mesures de soutien professionnel et d'accompagnement. Dès lors, nous suggérons que le rôle des services spécialisés dans le soutien et le conseil en désendettement soit inscrit expressément dans la loi fédérale.
- e) S'agissant de l'organisation de la procédure, menée d'abord sous la responsabilité de l'office des faillites puis sous celle de l'office des poursuites, le nouveau processus introduit un chevauchement de leurs compétences respectives sur une durée variable pouvant excéder une année (depuis le calcul du revenu saisissable initial lors de l'ouverture de la procédure jusqu'au dépôt du plan d'assainissement des dettes et de l'état de collocation définitif). Des précisions sont encore nécessaires pour faciliter la coordination, voire autoriser la délégation générale de certaines tâches à l'office des poursuites.

Enfin, notre Conseil appelle de ses vœux une prochaine révision indispensable pour apporter une réponse à la spirale de l'endettement automatique en cas de saisie, en prenant en compte les impôts dans la détermination du minimum vital au sens de l'article 93 LP.

De même, une modification du régime de la faillite au sens de l'article 191 LP et de l'exception de non-retour à meilleure fortune (art. 265 et 265a LP), semble toujours nécessaire pour offrir également des perspectives aux personnes surendettées non éligibles à la procédure d'assainissement. Les débiteurs endettés qui ne disposent pas d'actifs à offrir à leurs créanciers devraient pouvoir obtenir la faillite personnelle. Parallèlement, l'art. 265a LP devrait être adapté pour admettre un retour à meilleure fortune dès que le débiteur atteint le minimum vital élargi (double de la base mensuelle LP, loyer, assurances privées, impôts...).

D'autres observations et attentes, plus détaillées, sont développées dans la note annexée à la présente.

Vous remerciant d'avoir consulté notre Conseil, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

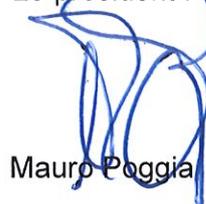
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière



Michèle Righetti

Le président :



Mauro Poggia

Annexe mentionnée

Copie à : zz@bj.admin.ch

Madame Sarah Namer (tél. 022 388 89 80; sarah.namer@etat.ge.ch) se tient à votre disposition pour toute question ou information complémentaire.

**Modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
(Assainissement des dettes des personnes physiques)
(ci-après : AP-LP) – ouverture de la procédure de consultation**

Prise de position du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève

Remarques et commentaires relatifs à la révision proposée

1. La procédure concordataire simplifiée pour les débiteurs qui ne sont pas soumis à la poursuite par voie de faillite (art. 333 à 336 AP-LP)

La proposition d'une procédure concordataire simplifiée apportera une amélioration au concordat et simplifiera le droit existant. Elle permettra, notamment, de passer directement d'une tentative d'un règlement à l'amiable, qui nécessite l'accord de tous les créanciers, à un concordat simplifié, dans lequel une simple majorité des créanciers pourra avaliser un accord portant sur le paiement partiel des dettes. De plus, le fait de ne plus devoir tenir compte des créanciers passifs qui ne se manifestent pas au cours de la procédure, permettra de trouver plus facilement des majorités et donc de mener plus de concordats à leur terme. Dès lors, nous saluons cette nouvelle procédure qui simplifiera la procédure judiciaire sur les plans de l'efficacité et des coûts, et qui permettra d'augmenter le nombre de solutions pragmatiques et d'assainissements de dettes.

2. Procédure de faillite des personnes physiques par assainissement des dettes

La proposition d'une procédure de faillite par assainissement des dettes permettra aux débiteurs de se libérer définitivement de leurs dettes, de prendre un nouveau départ et de se libérer du poids du surendettement. Un mécanisme juridique permettant de désendetter les personnes physiques surendettées et sans autres perspectives, de manière sûre, concrète et durable, fait actuellement défaut en Suisse. Dès lors, nous soutenons clairement la création d'une procédure permettant le désendettement des personnes qui n'ont, selon le droit actuel, aucune possibilité de sortir de leur situation de surendettement et qui sont, de ce fait, endettées à vie.

C'est le lieu de relever que la totalité des pays européens connaissent une procédure d'assainissement et qu'il était temps que la Suisse comble son retard en la matière. La procédure choisie par le Conseil fédéral s'inspire de celle de plusieurs pays européens (notamment l'Allemagne et l'Autriche) et consiste à l'effacement des dettes restantes après une période de prélèvement des biens et des revenus du débiteur.

La procédure proposée est donc très intéressante, mais il y a des aspects auquel il faut prêter attention et qui doivent être ajustés ou corrigés, afin de garantir que ce nouvel instrument soit utile et applicable, dans le sens qu'il permettra réellement d'assainir la situation des personnes gravement endettées.

a. Accès à la procédure des personnes dont le budget ne dégage pas de disponible et qui n'ont donc pas de capacité de remboursement

Conformément au mandat conféré par le parlement¹, la procédure d'assainissement doit être ouverte à toutes les débitrices et à tous les débiteurs durablement insolubles, donc aussi aux personnes dont le budget ne permet pas de dégager un solde disponible pour le remboursement de dettes, y compris les personnes bénéficiant de prestations d'aide sociale. A ce sujet, le rapport explicatif indique que *"Les personnes sans perspectives de remboursement et celles qui dépendent de l'aide de l'Etat, par exemple de l'aide sociale, doivent pouvoir se soumettre à cette procédure et prendre un nouveau départ financier"*².

Selon l'avant-projet, afin de permettre au juge de la faillite d'ouvrir la procédure d'assainissement, le débiteur doit disposer d'un budget équilibré (art. 337 al. 3 let. c AP-LP). A ce propos, il est indiqué dans le rapport explicatif : *"Peu importe la provenance des fonds : il peut s'agir de revenus d'une activité dépendante ou indépendante, mais aussi de prestations de l'assurance-chômage ou de l'aide sociale"*³.

Le surendettement constitue un obstacle majeur à l'intégration sociale et professionnelle des personnes concernées, et un frein à la sortie de l'aide sociale⁴. Il a aussi un impact important sur la santé physique et psychique des personnes concernées. Dès lors, un assainissement financier dans ces situations aura d'une part l'avantage de donner de meilleures perspectives d'avenir aux personnes surendettées, et, d'autre part, il aura pour effet de diminuer la charge des services publics (notamment aide sociale, curateurs, offices des faillites et de poursuites) et les coûts de la santé.

La procédure d'assainissement doit donc être possible même s'il n'y a pas de montant disponible pour des remboursements. Cette volonté est mentionnée à plusieurs reprises dans le rapport explicatif⁵. Cependant, paradoxalement, elle n'est pas traduite dans le texte légal proposé, lequel ne mentionne jamais explicitement cette catégorie de personnes qui risque, pourtant, de constituer la majeure partie des débiteurs concernés par cette nouvelle procédure.

En effet, selon les statistiques de Dettes Conseils Suisse, une partie importante des personnes surendettées qui consultent ses membres ont des revenus qui ne dépassent pas le minimum vital de saisie (personne à l'aide sociale, working poor, etc.) et qui seraient donc insaisissables en cas de poursuites. Cette tendance est d'ailleurs confirmée par l'étude de la société ECO-PLAN, citée dans le rapport explicatif, qui parle de 6% des personnes physiques en Suisse (soit environ 520'000 personnes) qui possèdent au moins un acte de défaut de biens⁶, ce qui témoigne probablement de leur insaisissabilité.

Selon l'article 339, lettre a, chiffre 1 AP-LP, le minimum vital de saisie pendant la procédure de prélèvement serait augmenté des impôts courants. Cette proposition est bien évidemment à saluer. Cependant, elle aurait pour effet d'augmenter encore la proportion de personnes totalement insaisissables et donc dépourvues de capacité de remboursement.

¹ Motions 18.3510 Hêche et 18.3683 Flach

² Rapport explicatif No 3.1.3.2, page 25

³ Rapport explicatif page 39, dernier paragraphe

⁴ Projet de loi sur l'aide sociale et la lutte contre la précarité (LASLP – PL 13119), exposé des motifs page 57 (<https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL13119.pdf>)

⁵ Rapport explicatif pages point 1.1.1 page 6, page 13; point 3.1.1 page 22; point 3.1.3.2 page 25 et page 39

⁶ Rapport explicatif pages 11 et 12

Malgré la prédominance de cette catégorie de personnes insaisissables comme candidats potentiels à l'assainissement, tout le projet est axé sur le prélèvement des revenus du débiteur pendant une certaine durée (art. 343 al. 1 let. c, d et e, AP-LP). Il prévoit le transfert de la procédure à l'office des poursuites en vue du prélèvement de revenus (art. 346 à 348 AP-LP) et la clôture de la procédure après 4 ans de prélèvement (art. 349 al.1 AP-LP, en lien avec l'art. 346 al. 4 AP-LP).

L'article 343, alinéa 1 AP-LP énumère les éléments que doit comporter le plan d'assainissement, dont la lettre e : "*le cas échéant, le taux de remboursement escompté et la distribution prévue*". Ce texte ne contenant pas d'exigence minimale de remboursement, on pourrait penser, par un raisonnement a contrario, qu'il n'y a pas d'exigence relative à la capacité de remboursement du débiteur. Toutefois, ceci n'est pas clair.

Aussi, l'avant-projet ne contient aucune indication sur la procédure à suivre pour les personnes insaisissables et sur les conditions qui leur seraient fixées pour bénéficier de la libération de leurs dettes. L'avant-projet de loi ne contient même pas une allusion à cette population et au fait qu'elle est admise à bénéficier de cette procédure. Cette absence d'indication nous préoccupe.

Dans un souci de sécurité juridique et aussi dans le but de prévenir des malentendus futurs au niveau de la jurisprudence, il faut que le texte légal garantisse de manière explicite l'accès à la procédure d'assainissement aux personnes qui disposent d'un taux de remboursement faible à inexistant.

En effet, les expériences passées notamment en matière de faillite personnelle, laquelle a été complètement dénaturée par des jurisprudences du Tribunal fédéral en défaveur des débiteurs, sous prétexte que le texte légal n'était pas assez explicite, démontrent qu'il convient de préciser dans la loi l'inclusion de cette catégorie de débiteurs. On pourrait, par exemple, le faire en ajoutant à la fin de l'article 337 alinéa 3, lettre c la phrase " ..., *même s'il est insaisissable*; " ou en complétant l'article 343, alinéa 1, lettre e par la phrase " ..., *étant précisé qu'un débiteur insaisissable peut également participer à cette procédure*".

Sans une telle précision, il est malheureusement possible qu'une décision du Tribunal fédéral exclue rapidement les personnes insaisissables de la possibilité d'être assainies, sous couvert d'abus de droit, comme cela a été le cas dans l'accès à la faillite personnelle (arrêt du TF 5A_915/2014).

Or, en cas d'exclusion des personnes insaisissables, cette nouvelle institution perdrait presque l'intégralité de sa raison d'être.

Enfin, pour ces personnes, qui n'ont pas de capacité de remboursement, la condition pour une libération des dettes pourrait consister dans le fait que durant le délai d'épreuve, elles gèrent leur budget de manière exemplaire, sans faire de nouvelles dettes, et paient leurs charges courantes. L'article 346 pourrait éventuellement être complété dans ce sens, avec une modification de la note marginale (*E. Prélèvement ou délai d'épreuve*).

b. Durée de la procédure : une durée maximale de 3 ans doit être retenue

L'avant-projet du Conseil fédéral prévoit une durée de prélèvement des revenus du débiteur de 4 ans avant d'être libéré des dettes restantes (cf. art. 346, al. 4 et 349, al. 1 AP-LP). Une telle durée est trop longue et conduira à de nombreux échecs dans les futures procédures d'assainissement.

En effet, l'expérience des services spécialisés dans le domaine du désendettement a démontré qu'il est extrêmement difficile de motiver une personne réduite à vivre au minimum vital de l'office des poursuites, de persévérer plus de trois ans dans ses efforts d'assainissement et surtout de ne pas faire de nouvelles dettes par un effet de découragement.

C'est d'autant plus vrai qu'une bonne partie des personnes qui demanderont à être mises au bénéfice de cette procédure, aura préalablement déjà été saisie depuis plusieurs années dans le cadre des poursuites ordinaires. Pour elles la continuation, pendant une nouvelle période de 4 ans, de la vie au minimum vital de l'office des poursuites (même incluant l'impôt courant), n'offre aucune perspective encourageante à même de les motiver.

Si cette durée est trop longue, le débiteur risque donc de s'essouffler, et avec chaque année qui passe, il y a une augmentation du risque d'une modification imprévisible des circonstances sur lesquelles est bâti le processus d'assainissement. Ainsi, les situations peuvent se modifier notablement et de manière imprévisible (maladie, perte d'un emploi, naissance d'un enfant, divorce ou séparation, résiliation du bail, notamment) sur des durées supérieures à trois ans et réduire à néant toute possibilité de prévision budgétaire.

C'est d'ailleurs pour ces mêmes motifs que le législateur suisse a repris cette durée de trois ans dans la loi sur le crédit à la consommation (art. 28 al. 4 de la loi fédérale sur le crédit à la consommation), pour fixer la période durant laquelle un crédit doit pouvoir être remboursé par l'emprunteur pour considérer que son emprunt est raisonnable.

Une durée de prélèvement de 4 ans dans les procédures d'assainissement mettrait également à mal la pratique de négocier des accords portant sur une durée maximale de 3 ans, que les services spécialisés en matière de désendettement ont patiemment réussi à généraliser par l'intermédiaire des directives de Dettes Conseils Suisse et qui est aujourd'hui admise comme raisonnable tant par les tribunaux, que par les créanciers pour une procédure de désendettement.

Si une durée de 4 ans devait s'imposer pour la procédure d'assainissement, il y a un très grand risque que pour tous les futurs accords extra-judiciaires à l'amiable, ainsi que pour les concordats, les créanciers exigeraient également une durée de paiement de 4 ans, sachant bien qu'en cas de refus, le débiteur n'aura pas d'autre choix que de se soumettre à un prélèvement de 4 ans.

Ainsi, une durée de 4 ans dans la procédure d'assainissement aboutirait à péjorer le droit existant pour toutes les autres procédures de désendettement, ce qui ne peut pas être un résultat voulu pour l'adoption d'une nouvelle procédure censée améliorer la situation des débiteurs.

Enfin, au niveau européen, si des délais plus longs étaient initialement prévus pour les pays qui connaissent ce type de procédure, une récente tendance, motivée par un trop grand nombre d'échecs et appuyée par une directive européenne, a conduit à réduire la durée d'un assainissement à 3 ans (notamment en Allemagne et en Autriche)⁷.

Pour une procédure qui puisse réellement désendetter un grand nombre de personnes, il faut offrir une perspective réaliste aux débiteurs. Un horizon de maximum 3 ans pour être libéré d'un endettement, souvent déjà ancien, constitue une telle perspective stimulante et réaliste.

⁷ Rapport explicatif, pages 20 et 21

c. Accompagnement social – soutien professionnel avant et pendant la procédure

La nécessité d'un accompagnement social est largement reconnue⁸. Un tel accompagnement est important tant dans le cadre de la préparation de la procédure (stabilisation de la situation au sens de l'art. 337, al. 3, let. c AP-LP), que durant la procédure de prélèvement.

L'expérience pratique des services privés spécialisés en conseil en désendettement montre clairement que le redressement d'une situation gravement obérée n'a rien de purement mécanique ou de purement comptable, mais qu'elle nécessite généralement, en amont du processus et pendant celui-ci, une prise en charge psycho-sociale au long cours.

Les personnes endettées de longue date ont souvent perdu complètement la maîtrise et la compréhension de leur situation financière et/ou administrative. Elles n'ouvrent plus leur courrier, n'ont plus la moindre idée du montant de leurs dettes, sont incapables de fixer des priorités dans leurs paiements et se laissent saisir passivement par l'office des poursuites sans chercher à améliorer leur situation. Ce découragement, parfois de nature dépressif, les fait renoncer à leurs droits sociaux, tels que les allocations de logement, les subsides destinés à la réduction des primes de l'assurance-maladie, les prestations complémentaires, et aboutit souvent à de nouvelles dettes pour retard de paiement, à la perte d'un logement ou même à une condamnation pénale pour non-paiement de pensions alimentaires.

Aussi, le premier travail de ces services spécialisés consiste à motiver les consultants, à les faire reprendre de simples gestes comme l'ouverture de leur courrier et le paiement des charges indispensables à leur minimum vital. Cette première étape connaît malheureusement beaucoup d'échecs et d'interruptions.

Ce n'est que dans un deuxième temps, après cette stabilisation, que les services spécialisés pourront déterminer l'ampleur de l'endettement et dessiner avec les personnes concernées des stratégies pour vivre avec leurs dettes et, dans de rares cas, à trouver des accords avec leurs créanciers ou d'autres solutions pour assainir leur situation.

Dès lors, il n'est pas réaliste d'imaginer que des débiteurs fortement endettés (puisque c'est la cible de cette nouvelle procédure) puissent s'adresser seuls au juge de la faillite, en ayant préalablement stabilisé leur situation et en ne contractant aucune nouvelle dette pendant plusieurs années.

Il existe sans doute des cas atypiques de personnes ayant de très bonnes compétences administratives et se retrouvant endettées à la suite d'un accident de parcours (par exemple la faillite d'une entreprise personnelle), et qui pourront se débrouiller seules dans la nouvelle procédure. Mais pour la majorité des situations, un accompagnement par un service spécialisé dans le désendettement s'avérera indispensable non seulement pour préparer la procédure (stabilisation de la situation, art. 337 al. 3 let. c AP-LP) mais également pour aider la personne candidate à un assainissement à ne pas se perdre en route, en arrêtant le paiement de factures indispensables ou parce que des changements survenus dans sa situation nécessitent un réaménagement des conditions de la procédure (art. 348 AP-LP).

⁸ Rapport explicatif, page 27

Même si le Conseil fédéral reconnaît le caractère indispensable d'un tel accompagnement social, il juge inutile, essentiellement pour des raisons de fédéralisme, la prévention du surendettement et du risque de pauvreté incombant principalement aux cantons, d'inscrire ou même de mentionner dans la loi le principe et la nécessité d'un accompagnement par un service spécialisé⁹.

Or, si la réussite de ces nouvelles procédures suppose un accompagnement spécialisé, celui-ci doit être mentionné expressément dans la loi fédérale.

Ainsi, nous souhaitons que les services spécialisés en conseil de gestion de dettes et de désendettement soient explicitement inclus dans l'arsenal du juge, par exemple en complétant l'**art. 337 al. 1 AP-LP** par une phrase stipulant :

"En cas de besoin, le juge peut conseiller au débiteur de s'adresser à un service spécialisé en matière de conseil de dettes".

Dans ce cadre, nous relevons que, sur le plan genevois, les autorités sont conscientes du travail fourni par les services spécialisés en conseil en désendettement et le soutiennent, aussi financièrement. Par ailleurs, un projet de loi sur la prévention et la lutte contre le surendettement est actuellement pendant devant le Grand Conseil. Ce projet de loi intègre les services privés spécialisés explicitement dans le dispositif d'assainissement de la situation financière et de désendettement, en tant que pilier fondamental pour l'accompagnement individuel des personnes surendettées, et il permettra aussi de pérenniser le soutien financier que le canton fournit à ces services¹⁰.

Enfin, il importe de s'assurer d'une application homogène, par les différents cantons, des nouvelles dispositions de droit fédéral, ce qui implique que les personnes surendettées doivent avoir accès à un soutien professionnel en matière de conseil de dettes quel que soit leur canton de résidence. A cet effet, nous préconisons l'introduction d'une nouvelle disposition (Art. 337a - Mesures d'accompagnement), qui serait la suivante :

"Art. 337a Mesures d'accompagnement

Les cantons s'assurent que les personnes endettées puissent bénéficier de conseils spécialisés et de soutien lorsqu'elles souhaitent entreprendre une procédure d'assainissement."

Cette proposition s'inspire de dispositions analogues qui existent dans d'autres domaines du droit, par exemple en matière d'aide aux victimes d'infractions (art. 9 de la loi fédérale sur les victimes d'infractions - LAVI) ou en droit de la famille (art. 171 du Code civil suisse - CCS).

Ce n'est qu'à ces conditions que cette nouvelle procédure pourra atteindre sa cible et s'appliquer aux personnes qui en ont le plus besoin, soit celles qui n'ont pas de ressources personnelles et qui, aujourd'hui, sont condamnées à un endettement à vie.

d. Exigences posées aux débitrices et aux débiteurs

Le but recherché, tant par les auteurs des motions qui ont initié cette démarche, que par le Conseil fédéral, était de trouver une solution accessible en faveur des personnes surendettées. Or, les modalités de la procédure envisagée semblent plutôt teintées de méfiance à l'encontre des débiteurs, de la crainte d'abus éventuels et d'une volonté de contrôle des débiteurs.

⁹ Rapport explicatif page 27

¹⁰ Cf. art. 16 du projet de loi sur la prévention et la lutte contre le surendettement (PL 13063) : <https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL13063.pdf>

En effet, le concept "d'efforts" à fournir par le débiteur (art. 347 AP-LP) et surtout du contrôle de ces efforts par l'office de poursuites (art. 348 al. 1 let. b AP-LP), par le juge de la faillite (art. 349 al. 3 let. b AP-LP) et même par les créanciers (art. 349 al. 1 in fine AP-LP) s'agissant des recherches de revenus menées par le débiteur, semble difficile à définir objectivement.

Il est impossible de mesurer d'avance l'importance que pourraient prendre ces contrôles dans la pratique de la nouvelle procédure, mais il est à craindre qu'ils n'aboutissent à des pratiques très différentes d'un canton à l'autre, voire d'un office à l'autre et qu'ils conduisent à des refus de libération de dettes basées sur des prémisses peu convaincantes.

Dans ce cadre, est-ce que le travail à temps partiel sera considéré comme un manque d'effort à prendre en considération ? Est-ce que la perte d'un emploi, jugée fautive par la caisse de chômage (par exemple parce que le débiteur a un problème d'alcool), sera une cause d'interruption de la procédure d'assainissement ? Est-ce que le fait de demeurer à l'aide sociale est un manque de bonne volonté à l'égard des créanciers ?

On pourrait ainsi multiplier à l'infini les exemples de changements de situation imprévus, d'appréciations subjectives du comportement du débiteur dans la façon de mener sa vie, en somme d'un contrôle de la moralité des débiteurs qui n'a, jusqu'ici, pas sa place dans le droit des poursuites.

Les offices des poursuites sont parfaitement à même de contrôler si le débiteur contracte de nouvelles dettes ou s'il contrevient à des prescriptions pénales en matière de poursuite et de saisie (par exemple par la dissimulation de biens ou de revenus), car il s'agit de notions objectives et qu'un tel contrôle fait déjà partie de leurs tâches aujourd'hui.

Dès lors les vérifications à accomplir en cours de procédure par l'office des faillites et l'office des poursuites devraient se limiter à des contrôles objectifs des conditions de l'article 337 et de l'article 348 al. 1 let. c de l'avant-projet de loi, c'est-à-dire à surveiller l'absence de nouvelles réquisitions de continuer la poursuite.

En revanche, ces offices devraient opérer un changement de paradigme important et se doter de nouveaux profils de compétences pour être en mesure de vérifier que le débiteur recherche des revenus et juger s'il ne les diminue pas par sa faute (art. 347, art. 348 al. 1 let. a et b AP-LP).

En effet, de telles vérifications ne relèvent pas typiquement de l'exécution forcée et forceront les offices à abandonner leur posture neutre face au débiteur, pour obtenir des preuves de ses recherches de revenus et juger s'il diminue ses revenus par sa faute. Dans ce contexte, nous souhaitons qu'ils soient uniquement tenus de prendre en compte les manquements du débiteur signalés par les autres autorités compétentes pour évaluer cet aspect (chômage ou aide sociale).

La mise en œuvre de ces nouveaux contrôles exigerait que les offices se dotent de toutes nouvelles compétences, notamment en matière d'assurance sociale, de travail social, de psychologie, dont ils ne disposent pas aujourd'hui et qui seraient coûteuses à acquérir.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que de tels contrôles sont peu praticables, d'un coût disproportionné, qu'ils contiennent un grand risque de jugements de valeur et d'appréciations subjectives ou même arbitraires de la part des personnes qui seront chargées de les exécuter.

Aussi, des contrôles objectifs tels que mentionnés ci-dessus (nouvelles dettes, délits pénaux en vue de désavantager les créanciers), sont parfaitement adaptés et paraissent suffisants pour éviter les abus dans la nouvelle procédure.

Par conséquent, il nous paraît nécessaire que l'avant-projet soit adapté afin qu'il se limite à fixer des critères de contrôle clairs et objectifs.

e. Posture des autorités d'exécution

Même si l'office des poursuites est chargé du prélèvement pendant la procédure, il est très important de relever qu'il ne s'agit pas d'une procédure de saisie classique qui vise essentiellement à satisfaire les créanciers, mais d'une procédure nouvelle dont le but principal est l'assainissement du débiteur.

Or le risque d'échec de ces nouvelles procédures pourrait être élevé, en raison de l'apparition de nouvelles dettes ou du découragement de la personne cherchant un assainissement durable.

Dans cette optique, l'office des poursuites devra avoir une posture légèrement différente de celle d'organe d'exécution forcée, afin de faire en sorte qu'un maximum de procédures entamées puissent être menées à leur terme avec succès.

Ainsi, la réussite de la nouvelle procédure d'assainissement dépendra en très grande partie d'une certaine souplesse de la part des autorités d'exécution et d'une approche particulièrement bienveillante, permettant de régler les problèmes au fur et à mesure qu'ils se présenteront.

Dans ce contexte, il est essentiel que l'office soit informé très rapidement de tout changement de situation du débiteur, même s'il s'agit de charges exceptionnelles et ponctuelles (notamment frais médicaux, frais liés aux enfants ou frais de chauffage), au moyen des justificatifs pertinents, afin de pouvoir en tenir compte pour assurer le meilleur ajustement possible des éventuels prélèvements.

C'est pourquoi, si l'office observe que le débiteur a des difficultés pour annoncer régulièrement et rapidement ces changements de situation, il devra dès que possible lui conseiller de se faire accompagner par un service spécialisé dans le soutien et le conseil en matière de désendettement. Il s'agit en effet d'éviter d'aboutir à une situation que l'office serait tenu de signaler au juge (selon l'art. 348 AP-LP) et qui mettrait prématurément un terme à la procédure de désendettement.

Nous préconisons que la loi soit précisée dans ce sens.

f. Délimitation des phases de la procédure

La procédure d'assainissement prévoit deux phases successives, menée respectivement sous la responsabilité de l'office des faillites puis sous celle de l'office des poursuites.

Cependant, le processus induit un chevauchement de leurs compétences respectives sur une durée variable pouvant excéder une année, depuis le calcul du revenu saisissable initial, lors de l'ouverture de la procédure, jusqu'au dépôt du plan d'assainissement des dettes et de l'état de collocation définitif (au sens de l'art. 346 al. 1 AP-LP).

En pratique, ces deux phases vont s'imbriquer dès le début, bien que les profils de compétences ne soient pas identiques dans les offices des faillites et les offices des poursuites, souvent organisés en entités distinctes.

Ainsi, des précisions sont encore nécessaires pour faciliter la coordination entre les interventions respectives des offices. En particulier, l'office des faillites devrait pouvoir non seulement recourir à l'appui de l'office des poursuites dans la fixation du minimum vital et la mise en place des premiers prélèvements de revenus (art. 341 al. 6 AP-LP), mais aussi, le cas échéant, autoriser la délégation générale de ces tâches à l'office des poursuites.

g. Créances exclues de la libération du solde de dettes (art. 350a, al. 1)

Lettre c

En application de l'article 350a, alinéa 1, lettre c, les contributions d'entretien et d'aliments découlant du droit de la famille sont exclues de la libération du solde de dettes, sous réserve des situations où les prétentions sont passées à la collectivité publique, ce qui est le cas lorsque des avances sur pensions alimentaires sont versées à la personne créancière de la contribution d'entretien. Cette réglementation conduit à une inégalité de traitement entre les personnes débitrices de contributions d'entretien, suivant si la personne créancière a fait ou non appel à l'Etat et a obtenu des avances. Lorsque la personne créancière de la contribution d'entretien a obtenu des avances et que ses prétentions sont passées à l'Etat, la personne débitrice se verra libérée du solde de sa dette d'aliments, tandis que lorsque la personne créancière ne s'est pas adressée à l'Etat, la personne débitrice restera redevable de l'ensemble de sa dette alimentaire. Ainsi, la libération du solde de dettes de la personne débitrice dépend du comportement de la personne créancière.

Cette réglementation aura bien entendu aussi des conséquences financières importantes pour les cantons qui connaissent un système d'avances sur pensions alimentaires.

Lettre d

Les demandes de remboursement de prestations d'aide sociale figurent dans le catalogue des créances qui sont exclues de la libération du solde de dettes (art. 350a al. 1, let. d AP-LP). Comme cela est indiqué dans le rapport explicatif, dans certains cantons, les prestations d'aide sociale légalement touchées sont remboursables¹¹, contrairement à ce qui est le cas dans notre canton, où les prestations d'aide sociale ne sont pour le principe pas remboursables, sous réserve des exceptions telles que des prestations qui ont été versées à titre d'avances remboursables, des prestations qui ont été indûment touchées ou en cas de dessaisissement de ressources.

Dans le but d'une solution homogène au niveau Suisse en matière d'assainissement de dettes, nous préconisons que les demandes de remboursement de prestations d'aide sociale soient exclues de la libération du solde de dettes uniquement lorsque les prestations d'aide sociale ont été versées à titre d'avances remboursables, ou lorsqu'il s'agit de prestations indûment touchées ou en cas de dessaisissement de ressources. Il conviendrait dès lors d'adapter l'article 350a, alinéa 1, lettre d AP-LP en conséquence.

h. Coquilles

A toutes fins utiles, nous relevons qu'une coquille s'est glissée dans la version française de l'article 349 al. 2 de l'avant-projet de loi. Il faut lire non pas : "*il transmet à l'office chargé du prélèvement*" mais : "*l'office chargé du prélèvement transmet au juge de la faillite*".

¹¹ Rapport explicatif pages 66/67

Il existe aussi quelques coquilles du même type dans la version française du rapport explicatif, notamment aux commentaires des articles 348 et 349 en pages 49 et 50.

De plus, l'article 343 alinéa 1 lettre b fait référence à l'article 339 alinéa 1 lettre a de l'avant-projet de loi, dont la numérotation est erronée, l'article 339 comptant un seul alinéa.

3. Autres Remarques

a. Ajustement de la faillite personnelle (art. 191 LP)

Nous regrettons que le Conseil fédéral n'ait pas saisi l'occasion de cette réforme pour réparer un autre instrument important dans l'accompagnement des personnes surendettées, soit la faillite personnelle.

En effet, depuis le durcissement jurisprudentiel que nous évoquions ci-dessus (arrêt du TF 5A_915/2014), la faillite personnelle est devenue totalement inaccessible pour des personnes sans fortune.

Or, un certain nombre de personnes ne pourra pas entrer dans les critères stricts de la nouvelle procédure d'assainissement et il serait dès lors essentiel que la faillite personnelle leur soit à nouveau accessible.

Nous préconisons dès lors de préciser à l'article 191 LP que "*l'existence de biens à distribuer aux créanciers n'est pas une condition pour l'ouverture de la faillite*".

Nous préconisons également de supprimer l'avance des frais de liquidation dans le cas de la faillite personnelle, car l'exigence d'une telle avance (3 500 francs à Genève) constitue une barrière infranchissable pour des personnes surendettées.

Par ailleurs, il paraît indispensable de régler de façon compréhensible et uniforme les critères de retour à meilleure fortune (art. 265 et 265a LP), puisqu'à l'heure actuelle ces critères divergent de façon extrêmement importante d'un canton à l'autre et même d'un juge à l'autre.

Une telle imprévisibilité est contraire à la sécurité du droit et entraîne de nombreuses procédures inutiles, faute de pouvoir évaluer à l'avance les chances de succès d'une telle démarche, tant pour le créancier que pour le débiteur.

b. Prescription des actes de défauts de biens

La plupart des actes et procédures juridiques connaissent une limite au-delà de laquelle ils ne peuvent plus être exercés. Même des actes très graves tels que les crimes du code pénal finissent par être prescrits.

Or, en matière de dettes, les actes de défaut de biens ne se périment jamais puisque le créancier peut très facilement faire renaître un nouveau délai de prescription de 20 ans, aboutissant ainsi à l'endettement à vie.

Sachant qu'avec l'écoulement du temps, la probabilité d'un remboursement tend vers zéro¹², la survie illimitée d'un acte de défaut de biens n'a aucun intérêt économique. Elle a cependant pour effet de maintenir le débiteur dans une position stigmatisante.

¹² Rapport explicatif, page 12

En conséquence, nous préconisons que la durée de validité des actes de défaut de biens ainsi que les conditions d'interruption de la prescription soient réétudiées.

c. Inclusion des impôts courants dans le minimum vital

Nous regrettons également que le Conseil fédéral n'ait pas saisi l'occasion de la présente réforme pour inclure dans le minimum vital d'un débiteur faisant l'objet d'une saisie les impôts courants et qu'aucune modification de l'article 93 LP dans ce sens ne soit proposée.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs expressément déploré cette situation dans le cadre de l'exposé des motifs du projet de loi sur la prévention et la lutte contre le surendettement (PL 13063)¹³ :

"Le système en vigueur met d'ailleurs la personne faisant l'objet d'une saisie dans l'impossibilité de payer les impôts courants, étant donné qu'en cas de saisie sur salaire, le calcul du minimum vital opéré par l'OCP ne tient pas compte des impôts courants. Ainsi, la personne qui fait l'objet d'une saisie sur salaire n'est plus en mesure de payer ses impôts courants et elle s'endette de ce fait automatiquement auprès du fisc, et cela pendant toute la durée de la saisie. Cette pratique est malheureusement confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral et, à ce stade, les différentes interventions au niveau du parlement fédéral pour modifier cette situation ont échoué".

Il s'agit d'une revendication fondamentale et de vieille date. Si nous comprenons bien sûr qu'il s'agit d'une question très complexe, il est néanmoins regrettable que cet objet soit renvoyé à plus tard, comme indiqué dans le rapport explicatif¹⁴, maintenant ainsi la spirale de l'endettement automatique des personnes qui font l'objet d'une saisie.

¹³ PL 13063, exposé des motifs page 16

¹⁴ Rapport explicatif, point 1.2.4, page 19