

Acte de la journée d'automne du 25 novembre 2010

## Quand les dettes enchaînent à l'aide sociale

### III. Les obstacles légaux au processus de désendettement

Anne-Sylvie Dupont, avocate, vice-présidente de l'ASSUAS-Vaud et  
Gilles Antoine Hofstetter, avocat-conseil de l'ASSUAS et avocat à Lausanne

Jeudi 25 novembre 2010  
Lausanne, Palais de Beaulieu

## 1. Une situation parmi d'autres...

Les organisateurs de cette journée ont choisi l'histoire de Mireille pour illustrer le thème de cette journée, une femme qui tente de repartir à zéro après quelques erreurs de parcours, mais qui renonce à cause d'un passé (passif?) trop lourd.

Une tranche de vie, réelle ou fabriquée pour les besoins du programme, peu importe, qui interpelle immanquablement car il paraît à première vue inconcevable qu'une personne qui *«veut s'en sortir»* soit enchaînée à l'aide sociale par un système juridique qui devrait pourtant lui offrir quelque protection.

Du point de vue de l'avocat, la situation de Mireille est compliquée à bien des égards. La première difficulté consiste en ce qu'il n'a en règle générale pas la possibilité de la rencontrer, car les personnes dans son cas, à moins d'avoir besoin de conseils juridiques spécifiques pour une affaire particulière, par exemple pour l'obtention de prestations d'assurances sociales, ne poussent pas la porte de son étude. On ne vient pas voir un avocat *«parce qu'on a des dettes»*, ne serait-ce que pour éviter de s'en créer une de plus avec les honoraires que cela entraîne.

Une deuxième difficulté réside en ce que remettre à flot une personne enchaînée à l'aide sociale par les dettes accumulées au fil des années est une tâche sociale de longue haleine, qui dépasse de loin l'activité en principe strictement juridique de l'avocat. Ce dernier peut intervenir, pour l'une ou l'autre dette en particulier, qui aura déclenché telle ou telle procédure, mais son rôle reste en général celui du pompier qui s'efforce d'éteindre un feu de forêt. Si l'avocat se charge de négocier des remises de dettes, les créanciers lui feront cette réponse narquoise que l'on m'a faite un jour: *«si elle a les moyens de payer un avocat, elle a moyen de payer ses dette»*.

Si l'on veut parler des obstacles légaux au désendettement, il faut en effet supposer que l'on est déjà trop tard. Pour Mireille, les dettes existent, des commandements de payer ont sûrement été notifiés, des actes de défaut de biens ont selon toute vraisemblance été délivrés.

- Peut-on faire quelque chose pour elle, juridiquement parlant?
- Le système légal fait-il réellement obstacle à sa réinsertion?
- Si oui, faut-il et peut-on changer ce système?

C'est le bilan que cette intervention veut tenter d'esquisser.

## 2. Quelques éléments généraux

L'examen que je propose suppose que je rappelle très brièvement quelques éléments généraux:

- les obligations d'un sujet de droit, dont font partie les dettes que l'on contracte auprès d'un tiers, sont régies par le Code des obligations. Ce texte contient les règles générales s'agissant de la naissance et de l'extinction des dettes, mais également de leurs modalités de paiement, en particulier de leur échéance, et de la prescription. La prescription est un moyen que le débiteur peut faire valoir, après un certain temps, pour s'opposer au recouvrement d'une créance en particulier;
- lorsqu'une obligation (ou une dette) existe et est échue, autrement dit que le délai de paiement est écoulé, son exécution forcée intervient par le biais d'un commandement de payer. Cette opération interrompt le délai de prescription. Un commandement de payer correctement notifié est valable une année, délai pendant lequel le créancier doit se manifester auprès de l'Office des poursuites compétent s'il entend poursuivre la procédure d'exécution forcée;
- s'il le fait et requiert la saisie de son débiteur – je pars ici de l'hypothèse d'un débiteur non inscrit au Registre du commerce, l'office exécutera la saisie, le plus souvent par le biais d'une saisie sur salaire. Si le débiteur est insaisissable, on délivre au créancier un acte de défaut de biens. La créance constatée par un tel acte se prescrit par vingt ans, ce qui n'est évidemment pas à l'avantage du débiteur. En revanche, l'acte de défaut de biens présente l'intérêt, pour ce dernier, de stopper le cours des intérêts moratoires, par exemple sur les mensualités d'un petit crédit, ce qui empêche que la dette ne s'accroisse par le seul écoulement du temps.

### **3. Les obstacles légaux au désendettement**

1. Les obstacles au désendettement sont principalement érigés par la procédure de poursuite telle qu'elle est consacrée par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il s'agit avant toute chose de la notion de revenu saisissable, défini à l'art. 93 al. 1 LP et par les directives concrétisant le calcul de la part du revenu qui doit, en application de cette disposition, en priorité être affectée au remboursement des dettes.

On le sait, le minimum vital laissé à disposition du débiteur est calculé au plus juste: un montant forfaitaire, le loyer, quelques charges extraordinaires justifiées par une situation qui doit l'être aussi (par exemple les frais de régime pour une personne sérieusement atteinte dans sa santé)... Effectivement, avec cela, Mireille aura bien de la peine à rembourser ses dettes tout en préservant de quoi jouir, ne serait-ce qu'un tout petit peu, de son intégration professionnelle retrouvée.

2. Le deuxième obstacle tient aux effets de l'acte de défaut de biens délivré au créancier lorsque le débiteur n'est pas inscrit au Registre du commerce. Ce document, plus précisément un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens, n'a pas les mêmes effets que l'acte de défaut de biens délivré au

terme d'une faillite. En particulier, il ne permet pas au débiteur d'opposer au créancier qui revient à la charge son non-retour à meilleure fortune. Le débiteur failli peut, lui, s'il est recherché à nouveau pour une dette antérieure à la faillite, démontrer qu'il n'est pas revenu à meilleure fortune, et faire ainsi échec à la nouvelle poursuite.

Pour être considéré comme revenu à meilleure fortune, le débiteur *«doit ainsi avoir acquis de nouveaux actifs auxquels ne correspondent pas de nouveaux passifs, c'est-à-dire de nouveaux actifs nets. Le revenu du travail peut également constituer un nouvel actif net, partant entraîner un retour à meilleure fortune, lorsqu'il dépasse le montant nécessaire au débiteur pour mener une vie conforme à sa condition et qu'il lui permet de réaliser des économies. Il ne suffit donc pas que le débiteur dispose de ressources supérieures au minimum vital de l'art. 93 LP, encore faut-il qu'il puisse adopter un train de vie correspondant à sa situation et, en plus, épargner»* (ATF 129 III 385 c. 5.1.1).

Précisément ce que l'on souhaiterait pour Mireille, mais qu'elle n'obtiendra pas si elle n'a pas fait l'objet d'une faillite, mais d'une saisie, faute d'être inscrite au Registre du commerce.

C'est particulièrement choquant si l'on considère que la faillite d'un débiteur inscrit au Registre du commerce peut être prononcée pour des dettes privées, qui ne découlent pas de l'exercice de l'activité commerciale...

3. Le troisième obstacle réside dans les difficultés d'accès au règlement amiable des dettes ou à la faillite personnelle. En effet, dans les deux cas, la procédure n'est accessible qu'au débiteur qui, d'une part, peut avancer les frais nécessaires à la procédure et, d'autre part, dispose de biens réalisables en suffisance pour avoir *«au moins un petit quelque chose»* à offrir aux créanciers. Autrement dit, pour Mireille, son nouveau salaire. Retour à la case départ, donc.

#### **4. Quelques idées et propositions...**

Le propre d'un système juridique est de refléter les valeurs d'une société à un moment donné de son histoire. Assurément, notre société ne voit pas d'un bon œil les personnes qui n'ont pas un parcours de vie *«standard»*, qui s'écartent du *«bonus vir»* admiré par les Romains, même si ces personnes, au terme de leurs errances, tentent un nouveau départ.

Sous les règles que j'ai décrites, on entend murmurer le reproche de ceux qui ne sont jamais sortis du droit chemin, et qui, finalement, ne voient pas pourquoi on aiderait ceux qui ont *«fauté»*, par exemple en leur accordant une remise d'impôts,

alors qu'eux qui sont restés droits n'ont pas ce privilège. Actuellement, le droit, en tout cas celui de l'exécution forcée, est du côté des créanciers. C'est un choix de politique juridique.

On a voulu, au niveau fédéral, offrir une solution aux personnes surendettées en proposant d'inclure dans le minimum vital les impôts courants, en invoquant notamment l'égalité avec les étrangers, dont les impôts sont prélevés à la source et dont il est par conséquent tenu compte pour calculer le minimum vital dans le cadre de poursuites.

Cette proposition, qui faisait l'objet d'une initiative parlementaire, a été rejetée au stade de la commission. Dans les discussions en commission, c'est l'intérêt des créanciers qui a été mis en avant pour justifier le refus d'entrer en matière sur l'initiative. Difficile d'espérer un bouleversement des valeurs dans un proche avenir.

Puisque, comme je l'ai dit avant, les problèmes que rencontre la personne qui veut se désendetter relèvent d'une part du droit de procédure, d'autre part du droit de fond, il convient d'envisager des solutions de deux types également.

#### *A. Les solutions relevant du droit de procédure*

Sous l'angle du droit de procédure – ou du droit des poursuites, il est difficile d'envisager contourner les obstacles que j'ai évoqués plus haut puisqu'ils découlent de la loi, de la jurisprudence rendue en application ainsi que d'une pratique aujourd'hui bien établie.

On peut tout de même relever un «*angle d'attaque*», qui concerne finalement toujours la question du calcul du minimum vital du débiteur surendetté.

Je l'ai dit plus haut, l'acte de défaut de biens après saisie n'a pas les mêmes effets que l'acte de défaut de biens après faillite puisqu'en cas de poursuite ultérieure, le débiteur n'a pas la possibilité de faire valoir son non-retour à meilleure fortune. Le retour à meilleure fortune se calcule en tenant compte d'un minimum vital élargi qui comprend, entre autres choses, les impôts; rappelons encore que le débiteur inscrit au Registre du commerce fera l'objet d'une faillite quelle que soit la nature des dettes poursuivies. Autrement dit, le débiteur inscrit au Registre du commerce peut être mis en faillite, par exemple, pour n'avoir pas payé son assurance-maladie, ou son petit crédit personnel. S'il est recherché à nouveau pour ces dettes-là après la faillite, il pourra exciper de son non-retour à meilleure fortune et bénéficier du calcul du minimum vital élargi;

Le minimum vital des étrangers est également calculé de manière plus large que celui des citoyens suisses, puisque les premiers sont imposés à la source, et voient les impôts directement déduits de leurs revenus. De cette

manière, le minimum vital, calculé sur le revenu net après prélèvement des impôts est plus large que le minimum vital du citoyen suisse qui doit encore, sur la quotité qui lui sera laissée, payer les impôts courants;

Il y a donc une inégalité de traitement manifeste puisque les débiteurs suisses non inscrits au Registre du commerce frappés d'actes de défaut de biens voient leur minimum vital calculé sur l'ensemble de la quotité saisissable, sans tenir compte des impôts courants, et ne peuvent pas opposer au créancier le non-retour à meilleure fortune.

On l'a vu, cette inégalité de traitement n'est pas, à ce jour, jugée suffisamment choquante pour justifier une modification législative.

En revanche, puisque les préposés conservent un certain pouvoir d'appréciation dans le calcul du minimum vital du débiteur poursuivi, qui résulte de directives établies au niveau fédéral, il n'est pas inutile, à mon sens, de les sensibiliser à ce problème. On peut les approcher de manière individuelle, en négociant un dossier en particulier, mais on peut aussi tenter une rencontre avec la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, pour tenter d'obtenir une directive allant dans le sens souhaité. En attendant, il n'y a pas d'autre solution que la discussion des dossiers au cas par cas.

## *B. Les solutions relevant du droit de fond*

1. Comme je l'ai dit plus haut, la naissance d'obligations, plus particulièrement de dettes, dans le domaine qui nous occupe, est régie par des règles de droit matériel, de droit de fond, qui nous disent à quelles conditions ces créances naissent, s'éteignent ou, bien qu'elles existent toujours, ne peuvent plus être déduites en justice.

Il n'est donc pas inintéressant, pour la personne qui veut se débarrasser de poursuites, de faire «*auditer*» ses dettes par un juriste, pour que celui-ci détermine si la dette existe bel et bien, et si elle peut toujours être déduite en justice. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le fait de signer une reconnaissance de dette ne «*crée*» pas une dette qui n'existe pas. Il en va de même pour une poursuite qui aboutirait à un acte de défaut de biens. Si la dette n'existe pas, par exemple parce que le débiteur n'a jamais voulu s'engager, si le contrat est nul ou s'il peut encore être annulé en raison d'un vice du consentement, la poursuite peut être contrecarrée. Bien sûr, cela requerra peut-être les services d'un avocat si une procédure judiciaire s'avère nécessaire pour faire constater l'inexistence de la dette, mais le jeu peut en valoir la chandelle. En effet, on peut obtenir l'assistance judiciaire, et suivant le montant de la dette, les honoraires seront inférieurs.

2. Si les dettes résultent d'un petit crédit soumis à la LCC, il est aussi indispensable d'examiner si les prescriptions légales ont été respectées lors de la conclusion du prêt. Il faut notamment que le contrat ait été passé par écrit, et contiennent un certain nombre d'informations telles que, notamment, le montant net du crédit, le taux annuel effectif global et les conditions de remboursement. A défaut, le contrat est nul, et la dette en conséquence inexistante. Idem pour les contrats de leasing.

La LCC fait en outre obligation aux organismes de crédit que vérifier la capacité de contracter un crédit, sous l'angle du surendettement (art. 22). Les méthodes de calcul propres à chaque type de crédit sont décrites dans la loi. Si le prêteur ne se soumet pas à cette obligation, ou se trompe «*de manière grave*» dans le calcul, il perd le montant du crédit qu'il a consenti, y compris les intérêts et les frais. Le consommateur peut réclamer le remboursement des montants qu'il a déjà versés. Si une personne surendettée a contracté plusieurs petits crédits et leasing, ou un seul, mais pour un montant élevé, on peut avoir un doute sur la manière dont la capacité de s'endetter a été calculée. Il faut donc impérativement se procurer auprès de l'organisme de crédit les documents qui ont servi au calcul, pour déterminer si une violation de la LCC permet de se sortir du contrat sans bourse délier. Là encore, la consultation du juriste peut s'avérer rentable.

3. Une troisième piste à explorer, sous l'angle du droit fiscal, est celle de la remise d'impôt. Le droit fédéral prévoit cette possibilité pour l'impôt fédéral direct, et les droits cantonaux prévoient un système semblable, dont les conditions peuvent varier. Sans entrer dans les détails, une remise peut être accordée pour l'impôt échu, c'est-à-dire fixé par une décision définitive et exécutoire. Elle peut l'être si le fait de payer l'impôt placerait le contribuable dans une situation financière difficile. L'ordonnance topique parle de dénuement. Il faut cependant, en droit fédéral à tout le moins, mais les droits cantonaux reprennent cette même idée, que le dénuement soit dû à des circonstances exceptionnelles, inattendues, et, surtout, non imputables au contribuable. L'ordonnance fédérale topique précise que «*si le surendettement est dû à d'autres motifs (...), tels que, par exemple, des affaires peu florissantes, des engagements par cautionnement, des dettes hypothécaires élevées et des dettes fondées sur le petit crédit, conséquence d'un niveau de vie excessif, etc., la Confédération ne saurait renoncer à ses prétentions légales au bénéfice d'autres créanciers. Lorsque des créanciers renoncent à tout ou partie de leurs créances, une remise peut être accordée dans les mêmes proportions*».

Du point de vue de l'avocate, clairement, toutes les mesures que l'on peut prendre pour sortir la personne du désendettement ne sont qu'un pis-aller. C'est extrêmement

difficile d'éteindre un feu de broussailles, surtout si, comme c'est souvent le cas, d'autres foyers s'embrasent pendant que l'on s'échine à stopper les premiers.

Des solutions «*au cas par cas*» doivent souvent être imaginées, qui ne sont d'ailleurs pas tellement du ressort du juriste, mais bien plus du travailleur social. Ces démarches demandent de gros efforts et un important investissement en temps.

En l'état actuel du droit, c'est pourtant la seule solution. Le sort réservé à l'initiative parlementaire tendant à inclure les impôts courants dans le calcul du minimum vital montre que la Suisse n'est pas mûre pour un régime favorable aux errances de certains.

A mon sens, si des solutions peuvent être trouvées, elles doivent l'être en amont, avant que la situation de surendettement ne se produise. Je vise ici en particulier la possibilité de se procurer des cartes de crédit et des cartes de client en tous genres, en plus de crédits à la consommation et de contrats de leasing.

A cet égard, comme je l'ai déjà indiqué, l'organisme de crédit a l'obligation d'examiner la capacité de contracter un crédit de l'emprunteur, cela en fonction de son minimum vital (qui est la même notion qu'en droit des poursuites) avec le loyer effectivement dû, du montant de l'impôt courant ainsi que des engagements communiqués au centre de renseignements. C'est sur ce dernier point que le bât blesse souvent: si les autres crédits sont enregistrés, d'autres engagements, par exemple les contributions d'entretien en faveur des enfants et de l'époux, ne sont pas nécessairement communiqués, de sorte que la capacité de crédit est généralement mal évaluée.

On peut tous tenter l'exercice: en rassemblant nos cartes de crédit et cartes d'achat et en additionnant leurs limites respectives, quelle est notre capacité totale de crédit? Si l'on compare ce chiffre à notre revenu mensuel, on pourrait être surpris.

Clairement, je pense que les limites du petit crédit doivent être repensées et renforcées pour limiter autant que possible le risque de surendettement.