

N° 6021¹²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2011-2012

PROJET DE LOI

portant modification:

1. de la loi modifiée du 8 décembre 2000 sur le surendettement
2. de l'article 2016 du Code civil
3. des articles 1er et 4 du Nouveau Code de procédure civile et
4. de l'article 536 du Code de commerce

* * *

**AVIS DE L'ASSOCIATION DES BANQUES ET
BANQUIERS DU LUXEMBOURG**

(4.1.2012)

Le projet de loi No 6021 a pour objet de modifier la loi du 8 décembre 2000 concernant la prévention du surendettement et portant introduction d'une procédure de règlement collectif des dettes en cas de surendettement. En raison des insuffisances de cette loi, le gouvernement a souhaité introduire de nouvelles dispositions visant d'une part à modifier les procédures prévues dans le cadre de la loi du 8 décembre 2000, et, d'autre part, à introduire un régime de faillite civile en droit luxembourgeois s'inspirant des régimes existant dans les pays voisins.

L'ABBL a émis un avis sur ce projet de loi en novembre 2009. Elle souhaite réitérer les remarques qu'elle a formulées, celles-ci n'ayant aucunement été prises en compte dans la rédaction des amendements gouvernementaux.

L'ABBL voudrait également préciser que son intention n'est pas ici de défendre l'intérêt des banques contre les personnes surendettées, mais de défendre les intérêts des débiteurs diligents contre ceux qui ne paient pas. Ce sont en effet les débiteurs diligents qui supporteront *in fine* le coût des exigences supplémentaires imposées aux professionnels du fait des débiteurs récalcitrants.

*

1. LA PREVENTION DU SURENDETTEMENT**1.1 L'absence de dispositions relatives à la prévention du surendettement**

Dans son avis de novembre 2009, l'ABBL avait insisté sur la nécessité de prévoir des mesures de prévention du surendettement. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, les situations de surendettement ne naissent pas systématiquement d'une politique d'octroi de crédits à la consommation trop laxiste de la part des établissements de crédit luxembourgeois. Elles naissent souvent d'une incapacité à établir un budget familial. Le Conseil d'Etat, dans son avis du 22 juin 2010, mettait également en avant l'importance de mesures de prévention, qui, „*pour être efficaces, doivent intervenir à un stade précoce de la dégradation financière du ménage et au plus tard dès l'instant où une évolution alarmante se met en place*“. L'ABBL estime plus encore que les mesures de prévention doivent impérativement être réalisées largement en amont de toute situation problématique et rappelle à cet effet les éléments contenus dans son avis de novembre 2009. De telles mesures préventives s'inscrivent logiquement dans le cadre du programme communautaire d'éducation financière. Le principe No 3 de ce programme

prévoit: „Les consommateurs doivent bénéficier d’une éducation en matière économique et financière dès que possible à partir de l’âge scolaire. Les autorités nationales devraient envisager de faire de l’éducation financière une matière obligatoire des programmes scolaires“¹.

1.2 L’effacement des dettes (bis), sans mesures de prévention

Dans cette même logique, l’ABBL doit s’opposer à la possibilité pour une personne de redemander l’effacement des dettes 10 ans après un jugement portant effacement des dettes. Il convient de souligner qu’une telle disposition ne constitue pas une solution constructive pour le débiteur. Si celui-ci a déjà une première fois dû recourir aux dispositions relatives au surendettement, il importerait de mettre en oeuvre des mesures de prévention de sorte à éviter qu’il ne se trouve à nouveau dans la même situation. Il est regrettable en effet qu’aucune mesure de prévention ne soit envisagée dans le projet de loi, non seulement afin d’éviter à la base les situations de surendettement, mais également postérieurement à une remise de dette. Une éducation financière et une assistance dans la gestion quotidienne sont des remèdes possibles permettant de prévenir de nouvelles situations de surendettement. C’est la raison pour laquelle l’ABBL doit s’opposer à un second effacement des dettes et insiste pour que des solutions alternatives de prévention soient mises en oeuvre.

*

2. UNE PROTECTION EXCESSIVE ET NON CIRCONSTANCIEE ACCORDEE A LA CAUTION ET AU CODEBITEUR

S’il est vrai, comme l’indique d’ailleurs le Conseil d’Etat dans son avis, que les membres de la famille et les proches du débiteur s’engagent parfois solidairement, souvent par affection et sans réellement se rendre compte de la portée de leur acte ou du niveau d’endettement auquel ils peuvent devoir faire face, cette situation ne saurait cependant être généralisée. La situation difficile dans laquelle peut se trouver une personne n’implique pas forcément que ses proches le soient également. Il paraît par conséquent excessif de prévoir que la caution et le codébiteur bénéficient automatiquement des mêmes mesures que celles accordées au profit du débiteur surendetté (article 41). Il en est de même de l’ajout prévu à l’article 2016 du code civil (chapitre 2 du projet de loi) suivant lequel le créancier professionnel „ne peut se prévaloir d’un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l’engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus“.

A cet égard, il importe de souligner que ces mesures de protection des cautions et garants remettent en cause les principes fondamentaux de notre droit, à savoir l’autonomie de la volonté, la force obligatoire des contrats et l’exécution de bonne foi (article 1134 du code civil). La remise en cause des contrats de cautionnement dans ce cadre porte atteinte à la sécurité juridique des contrats conclus entre les parties.

2.1 L’extension au codébiteur et à la caution du bénéfice des mesures octroyées au surendetté

Le formalisme particulier des contrats de cautionnement (exigence d’une mention manuscrite) a précisément pour but de mettre en garde la caution quant à l’ampleur de ses engagements. Il n’est dès lors pas concevable de prétendre que la caution n’était pas consciente de la portée de son engagement, puisqu’elle s’est engagée en pleine connaissance de cause. La caution est d’ailleurs souvent en pratique un proche du débiteur dont il connaît bien la situation financière. Il convient ici de rappeler les règles applicables au contrat de cautionnement. Suivant la théorie générale des obligations, la caution peut être déchargée de son engagement pour autant qu’elle prouve avoir été trompée sur la situation du débiteur et l’ampleur de la dette à couvrir. En cas de dol de la part du créancier, elle peut prétendre à l’annulation de la caution; il lui appartient dès lors de prouver qu’il y a eu tromperie sur l’objet même de la dette couverte qui n’aurait pas été clairement définie ou sur la capacité de remboursement du débiteur. Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu’il reste toujours possible à une caution de dénoncer son engagement à tout moment moyennant préavis suivant les conditions prévues au contrat. La caution reste alors uniquement tenue pour les dettes nées antérieurement à la dénonciation. Il n’y a donc aucune

¹ Voir Communication de la Commission européenne du 18 décembre 2007, „Education financière“ (COM(2007)808).

raison de décharger la caution de ses engagements car il lui est toujours possible de dénoncer à temps son engagement et ainsi minimiser son risque.

Si les auteurs des amendements avaient voulu assurer une plus grande protection de la caution, il aurait été possible de le faire sans porter atteinte à la cohérence de notre droit, en assurant une information plus poussée de la caution. Des obligations imposées à la charge des créanciers peuvent permettre une meilleure information de la caution quant à la dette couverte et à la possibilité de dénoncer son engagement. C'est précisément ce qui a été prévu au chapitre 2 du projet de loi, qui modifie l'article 2016 du Code civil et prévoit une information régulière de la caution quant à l'évolution du montant de la créance garantie. Si, comme le prévoient les amendements gouvernementaux, une telle disposition de portée générale est introduite au Code civil, les dispositions de l'article 41(2) deviennent superflues.

Si les auteurs des amendements entendent persister dans cette voie, il importe dès lors de limiter cette faveur faite aux cautions et coobligés aux seules situations dans lesquelles le fait pour ces derniers d'honorer les engagements du débiteur risque de mettre en péril leur situation financière. Les amendements font abstraction du fait que la situation financière du coobligé ou de la caution peut parfaitement permettre à ceux-ci d'honorer leurs engagements. Si l'extension aux cautions et coobligés du bénéfice des mesures accordées au débiteur était ainsi généralisée, les créanciers n'auront d'autre choix que de resserrer l'accès au crédit et/ou d'augmenter le coût du crédit afin de compenser leurs pertes, ce qui n'est certes pas ce qui est souhaité par le Gouvernement en période de crise.

2.2 L'inopposabilité d'un cautionnement manifestement disproportionné

Quant au paragraphe ajouté à l'article 2016 du Code civil suivant lequel le créancier professionnel „ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus“, une telle disposition n'est viable que si le professionnel est en mesure de réellement connaître le patrimoine de la caution. Cette disposition n'implique *a priori* aucune obligation particulière à charge du créancier puisqu'il est requis que l'engagement soit manifestement disproportionné, le banquier ne pouvant se fier qu'aux déclarations de la caution. Cette disposition revient cependant à sanctionner l'établissement de crédit alors que celui-ci ne dispose pas des moyens de vérifier de manière objective l'étendue des engagements et la situation financière de la caution. En réalité, le législateur s'est ici inspiré d'une disposition de droit français, qui est malheureusement déconnectée de son contexte légal. En effet, en France, les créanciers disposent de la possibilité de consulter différents fichiers nationaux tels que le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers, les fichiers centraux des chèques (répertoriant les chèques sans provision ainsi que l'utilisation abusive de carte bancaire) tenus par la Banque de France, ce qui n'est pas le cas au Luxembourg. Si aucune obligation particulière ne découle de cet article à charge du banquier, il n'en sera pas de même de la caution, sur laquelle pèsera une obligation d'information envers son créancier si elle veut pouvoir opposer le défaut de validité de son engagement. Il lui faudra en effet prouver qu'elle a effectivement informé le créancier de sa situation réelle au moment de son engagement.

Par ailleurs, il convient de préciser que la disposition française ne vise que les cautions accordées pour garantir des prêts destinés à financer les besoins d'un consommateur. A l'inverse du droit français dans lequel la disposition en cause a été placée dans le Code de la consommation, le projet de loi vise à placer cette disposition dans le Code civil, ce qui lui donne une portée générale, d'autant plus dangereuse pour les prêteurs.

Enfin, il convient également de prendre en considération l'expérience française tirée de l'application de l'article L.341-4 du Code de la consommation français. Les cours et tribunaux apprécient généralement le caractère manifestement disproportionné selon le cas d'espèce. Une telle disposition laissant au juge une large faculté d'appréciation, la sécurité juridique des contrats risque d'être remise en cause. Il peut être difficile d'apprécier le caractère „manifestement“ disproportionné de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus. Si l'appréciation peut *a priori* sembler subjective, le droit des garanties à première demande offre, par analogie, un critère objectif. A l'instar de ce que le professeur Michel Vasseur enseignait, il est nécessaire, pour qu'elle soit considérée comme „manifeste“ que la disproportion en question „crève les yeux“. Il doit donc s'agir d'une évidence telle que le banquier, sans autre analyse, ne peut que s'en convaincre au premier coup d'oeil. Si tel n'est pas le cas, la disproportion n'est pas avérée.

La doctrine française s'est elle-même élevée contre la sanction de l'inopposabilité du cautionnement disproportionné résultant de l'article L.341-4 du Code de la consommation: „*La rigueur de cette déchéance peut être critiquée, puisqu'elle aboutit à l'inefficacité du cautionnement. Le créancier perd, purement et simplement, sa sûreté. Or, une telle sanction manque de modularité et peut sembler sévère. Il n'est pas toujours facile de déterminer si l'engagement de la caution est excessif. Priver le créancier de l'intégralité de sa sûreté, le rétrograder à la qualité de créancier chirographaire, peut apparaître une sanction disproportionnée au regard de la faute commise*“².

De l'ensemble de ces éléments, il est à craindre de l'introduction d'une telle disposition en droit luxembourgeois que les créanciers deviennent plus méfiants quant à l'octroi de leurs prêts et ainsi resserrent l'accès au crédit.

*

3. L'ELARGISSEMENT INSUFFISANT DE L'ACCES AU REPERTOIRE SPECIAL

L'article 23 prévoit la création d'un répertoire dont l'objet est de centraliser les avis et informations établis dans le cadre de la procédure de règlement collectif des dettes.

La question se pose de savoir quel est le rôle exact de ce répertoire dans la mesure où l'accès à celui-ci est limité aux créanciers, cautions et coobligés du débiteur surendetté, sachant que seules des personnes physiques peuvent demander la consultation du répertoire (article 23(2)). Les créanciers établissements de crédit ne sont-ils pas concernés par l'article 23? Si ces derniers sont exclus de la consultation du répertoire, l'objectif poursuivi n'est que partiel et ne remplit pas sa fonction d'informer l'ensemble des personnes ayant un intérêt dans le cadre d'une procédure de règlement collectif des dettes. De plus, si les établissements de crédit n'étaient pas admis à consulter ce répertoire, une telle disposition violerait le principe constitutionnel d'égalité devant la loi, en vertu duquel il devrait y avoir traitement égalitaire des créanciers. Par conséquent, le mot „physique“ au paragraphe 2 de l'article 23 devrait être supprimé et l'article 23 se lire ainsi: „*Toute personne a le droit de consulter gratuitement le répertoire ...*“.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si ce répertoire pourrait ou non être utilisé dans le cadre des obligations résultant de l'article L.224-10 du Code de la consommation. En effet, il est fait obligation aux prêteurs d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur „à partir d'un nombre suffisant d'informations“. En particulier, il est prévu que le prêteur „consulte, si nécessaire, les bases de données appropriées de l'Etat membre où le consommateur a sa résidence habituelle“. Etant donné que le Luxembourg ne disposait pas encore de base de données lors de l'adoption de cette disposition, celle-ci ne vise que les bases pouvant exister dans d'autres Etats membres. La question se pose donc de savoir si, puisqu'est envisagée la création d'une base répertoriant les personnes surendettées concernées par une procédure de règlement collectif des dettes, les prêteurs potentiels pourraient également avoir accès à ce répertoire. Un tel accès élargi permettrait d'éviter qu'un établissement n'octroie un prêt à une personne déjà surendettée, risquant par là même d'aggraver la situation financière de celle-ci. Il importerait, dans ce but, de modifier l'article L.224-10 du Code de la consommation en supprimant la condition suivant laquelle le consommateur réside dans un autre Etat membre, de sorte que la phrase „*Si le consommateur réside dans un autre Etat membre, le prêteur consulte, si nécessaire, les bases de données appropriées de l'Etat membre où le consommateur a sa résidence habituelle*“ se lise ainsi: „*Le prêteur consulte, si nécessaire, les bases de données appropriées de l'Etat membre où le consommateur a sa résidence habituelle*“. Une telle disposition serait ainsi en conformité avec l'article 8 de la directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs qui dispose: „*Les Etats membres veillent à ce que, avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur évalue la solvabilité du consommateur, à partir d'un nombre suffisant d'informations, fournies, le cas échéant, par ce dernier et, si nécessaire, en consultant la base de données appropriée*“.

*

² Gaël PIETTE, „Cautionnement“, Encyclopédie Dalloz Civil. Cet auteur cite à cet égard les travaux du Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés qui proposait plutôt la réduction judiciaire du cautionnement disproportionné, permettant de sanctionner le créancier à hauteur de sa faute et qui proposait d'intégrer dans le code civil un texte disposant que „le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique est réductible s'il apparaît qu'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à son obligation“.

CONCLUSION

L'ABBL peut approuver les améliorations d'ordre procédural apportées par le projet de loi à la loi sur le surendettement.

Toutefois, l'ABBL estime que, sur certains aspects, le texte porte atteinte à la cohérence de notre droit et entend insister sur le fait que la recherche de solutions à certaines situations exceptionnelles ne doit pas remettre en cause les principes fondamentaux de notre droit.

Au vu des amendements gouvernementaux, l'ABBL estime important de réitérer certains éléments de son avis émis en novembre 2009:

L'ABBL estime qu'avant d'introduire un régime de faillite civile, il aurait été utile de réaliser au préalable une étude mettant en lumière l'importance des cas de surendettement nécessitant une liquidation judiciaire. A défaut d'une telle étude, il est difficile de mesurer l'utilité d'une loi introduisant un régime de rétablissement personnel. En conséquence, soit le texte restera lettre morte par défaut de cas d'application, soit le texte aura une réelle utilité mais comporte alors des dangers d'effets pervers, les personnes surendettées comptant désormais sur l'Etat pour résoudre leurs problèmes financiers et espérant un effacement pur et simple de leurs dettes.

C'est la raison pour laquelle l'ABBL insiste pour que le rôle du Fonds d'assainissement en matière de surendettement soit accru afin d'intervenir dans un plus grand nombre de cas critiques. Le système des prêts accordés par le Fonds constitue en effet le seul mécanisme sain, permettant un apurement progressif des dettes sans le caractère dégradant d'une faillite civile.

