

Avis de l'Ordre de avocats du Barreau de Luxembourg sur le projet en vue de la transposition de la directive (UE) 2021/2167 sur les gestionnaires de crédits et les acheteurs de crédits, modifiant les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE

(13/07/2022)

* * *

Le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg (Ci-après « Conseil de l'Ordre ») a été saisi par le Ministère de la Justice du projet sous-rubrique en vue de la transposition de la directive (UE) 2021/2167 sur les gestionnaires de crédits et les acheteurs de crédits, modifiant les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE (Ci-après « Directive ») dont les travaux sont actuellement en cours au Ministère des Finances.

Pour mémoire, la Directive s'inscrit dans l'objectif affiché du Conseil de l'Union européenne de réduire les prêts non performants (PNP) mentionné dans les conclusions du Conseil du 11 juillet 2017 relatives au plan d'action pour la lutte contre les prêts non performants en Europe¹.

Un prêt bancaire est généralement considéré comme non performant « *lorsque plus de quatre-vingt-dix jours (90) jours s'écoulent sans que l'emprunteur ne paie les montants exigibles ou les intérêts qui ont été fixés d'un commun accord, ou lorsqu'il devient peu probable que l'emprunteur le remboursera* »².

Dans ce contexte précis, la Directive crée un cadre légal propre permettant aux établissements de crédit de réduire les risques présents dans leur bilan et d'éviter une accumulation future de nouveaux PNP.

En vertu de l'article 2, paragraphe 6 de la Directive, « *les Etats membres peuvent exempter de l'application de la présente directive la gestion des droits des créanciers au titre d'un contrat, ou du contrat de crédit lui-même, effectué par des notaires public et les huissiers de justice au sens au sens du droit national ou les avocats au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, point a), de la directive 98/5CE du parlement européen et du Conseil, lorsqu'il exercent des activités de gestion de crédits dans le cadre de leur profession* ».

Il se pose dès la question de l'opportunité ou non d'une exemption de l'application de la Directive aux avocats pour leurs activités susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la Directive.

¹ (2) Conclusions du Conseil du 11 juillet 2017 relatives au plan d'action pour la lutte contre les prêts non performants en Europe

² Définition du prêt non performant – Conseil de l'Union européenne

Le Conseil de l'Ordre a pris connaissance de l'avis du Barreau de Diekirch du 16 mai 2022 par lequel ce dernier soutient la nécessité absolue d'une exemption de l'application de la Directive susmentionnée aux avocats dans le cadre de leurs activités qui relèveraient de la gestion de PNP au sens de la Directive.

Dans son avis du 16 mai 2022 adressé à Madame la ministre de la Justice, le Barreau de Diekirch a relevé à juste titre les difficultés tenant à l'application de la Directive à la profession, notamment les obligations, la lourdeur administrative et l'inadaptation de la procédure d'agrément en qualité de gestionnaire de crédits en rapport avec la finalité des procédures de recouvrement de créances civiles et commerciales par les avocats dans le cadre d'un mandat de représentation (obtention d'un titre exécutoire), l'incompatibilité de la profession d'avocat avec toute activité commerciale (rachat de crédit), l'existence d'une déontologie propre à la profession d'avocat.

Le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg se rallie entièrement à l'avis de Barreau de Diekirch et souhaite apporter quelques précisions supplémentaires de nature à justifier la nécessité d'une exemption à la profession d'avocat.

I. Principalement : quant aux notions de « gestionnaire de crédits » et d'« acheteur de crédits » couvertes par le champ d'application de la Directive

L'article 2 de la Directive dispose qu'elle s'applique a) aux gestionnaires de crédits et b) aux acheteurs de crédits.

i. La définition du gestionnaire de crédits au sens de la Directive : le critère de commercialité

L'article 3 (8) de la Directive définit le « gestionnaire de crédits » dans les termes suivants : « ***toute personne morale, qui dans le cadre de son activité commerciale, gère et fait exécuter les droits et obligations liés aux droits du créancier au titre d'un contrat de crédit non performant, ou le contrat de crédit non performant lui-même, pour le compte d'un acheteur de crédits, et qui exerce au moins une ou plusieurs activités de gestion de crédits*** »

(Soulignement et gras ajoutés)

L'article 3 (8) de la Directive définit le « gestionnaire de crédits » en référant à trois (3) critères cumulatifs, respectivement, (i) la qualité de personne morale, (ii) la commercialité de l'activité et (iii) l'exercice au moins d'une ou plusieurs activités de gestion de crédits (activité de gestion de crédits définie au point (9) du même article.

La référence à la nature commerciale de l'activité d'un gestionnaire de crédits interpelle alors que par essence, la profession d'avocat est incompatible avec toute activité commerciale aux termes de l'article 1^{er} (7) de la loi sur la Loi sur la profession d'avocat du 10 août 1991 (Ci-après la « LPA »).

Dans ces conditions, le Conseil de l'Ordre souligne que l'avocat ne peut être considéré comme « gestionnaire de crédits » au sens de l'article 3 (8) de la Directive.

A l'évidence le Conseil de l'Ordre est d'avis que l'activité d'avocat est d'office exclue du champ d'application de la Directive au titre de son article 3 (8) concernant la qualité de « gestionnaire de crédits ».

ii. Quant à la définition de l'acheteur de crédit au sens de la Directive

A côté du gestionnaire de crédit, la Directive inclut également dans son champ d'application l'« acheteur de crédits » qu'elle définit au sens de son article 3 (6) de la manière suivante : « *Toute personne physique ou morale, autre qu'un établissement de crédit, qui achète les droits que détient un créancier au titre d'un contrat de crédit non performant, ou le contrat de crédit non performant lui-même, dans le cadre de l'exercice de ses **activités commerciales ou professionnelles**, conformément au droit national et au droit de l'Union applicables* ».

(Soulignement et gras ajoutés)

Le Conseil de l'Ordre note que l'article 3 (6) de la Directive mentionne aussi bien le cadre de l'exercice de l'activité commerciale que l'activité professionnelle, et que le caractère professionnel y mentionné pourrait en théorie inclure la profession d'avocat dans le champ de la Directive au sens d'« acheteur de crédits » en l'absence d'autres précisions.

Aussi, dans la pratique l'avocat tout comme l'huissier de justice ne rachètent pas les PNP mais se limitent à assurer leur recouvrement suivant des procédures judiciaires au profit des créanciers.

Par ailleurs, l'avocat peut être amené à donner des conseils juridiques dans le cadre d'un rachat PNP sans pour autant revêtir la qualité d'« acheteur de crédits ».

Eu égard à ces considérations, le Barreau de Diekirch dans son avis susmentionné a pu relever à juste titre que le rachat des prêts non performants au sens de la Directive ne peut se concevoir pour un avocat dans le cadre de son activité professionnelle.

iii. La finalité de l'intervention de l'avocat en matière de recouvrement de créance

Le Conseil de l'Ordre précise qu'en matière de recouvrement de créances commerciales et civiles, l'avocat intervient dans le cadre d'un mandat civil de représentation pour le compte de son client.

A cet effet, l'avocat est amené à mettre en œuvre des procédures judiciaires de recouvrement de créances pour le compte de ses clients avec le concours d'un huissier de justice aux fins d'obtenir un titre exécutoire.

Le Conseil de l'Ordre constate que (i) « *la perception ou le recouvrement auprès de l'emprunteur, conformément au droit national, des paiements dus liés aux droits d'un créancier au titre d'un contrat de crédit ou au contrat de crédit lui-même* » ainsi que (ii) « *la gestion des réclamations liées aux droits du créancier au titre d'un contrat de crédit ou contrat de crédit lui-même* » relèvent du périmètre des « *activités de gestion de crédits* » définies à l'article 3 (9) de la Directive.

Toutefois, le Conseil de l'Ordre fait observer que l'avocat intervenant dans le cadre d'un mandat de représentation pour le compte de son client aux fins de recouvrement de créances civiles ou

commerciales fussent-elles des PNP, ne pourrait agir qu'en qualité de « prestataire de services de gestion de crédit » distincte de celles de « gestionnaire de crédit » et d'acheteurs de crédits ».

En effet, l'article 3 (7) de la Directive définit le « prestataire de services de gestion de crédits » dans les termes suivants : « un tiers auquel un gestionnaire de crédits a recours pour exercer toute activité de gestion de crédits, notamment, le recouvrement de créances liés aux droits de créancier au titre d'un contrat de crédit, ou au contrat de crédit lui-même ».

(Soulignement et gras ajoutés)

Le Conseil de l'Ordre souligne que la qualité de « gestionnaire de crédits » aux termes de dispositions précitées de la Directive n'entre pas dans le champ d'application de la Directive au sens de son article 2 (1). Seules les qualités de gestionnaire de crédits et d'acheteurs de crédits (caractère commercial) y sont expressément mentionnées.

En tout d'état de cause, l'avocat qui intervient dans le cadre d'un recouvrement d'une créance adossée à un PNP n'est pas rémunéré sur la base de la performance du crédit, mais en fonction de ses prestations d'avocat, contrairement aux entités de titrisation.

Principalement, eu égard aux considérations ci-avant développées quant au champ d'application de la Directive, le Conseil de l'Ordre se rallie au Barreau de Diekirch pour demander l'exemption de l'application de la Directive aux avocats.

Cependant, si par impossible, *quod non*, il advenait que le législateur retienne que l'activité d'avocat pourrait tomber dans le champ d'application de la Directive et en l'absence d'une exemption, le Conseil de l'Ordre tient à préciser que la transposition de la Directive en l'état serait de nature à créer un conflit avec certains principes et certaines règles propres à la profession d'avocat.

II. Subsidairement : Quant à l'inadéquation des dispositions de la Directive aux règles et principes de la profession d'avocat

Le Conseil de l'Ordre tient à relever qu'en l'absence d'une exemption de l'application de la Directive à la profession d'avocat, sa transposition risque de créer des conflits entre certains principes et règles propres à la profession d'avocat, plus précisément, l'exigence d'un agrément les pouvoirs des autorités compétentes désignées en matière de surveillance des gestionnaires de crédits au sens de la Directive en opposition avec le principe d'indépendance et le pouvoir d'autorégulation du Barreau.

i. Quant à l'exigence d'un agrément des gestionnaires de crédits

L'article 4 (Titre II, Chapitre I) de la Directive exige qu'un gestionnaire de crédits obtienne un agrément dans un Etat membre d'origine avant de commencer ses activités.

Le Conseil de l'Ordre tient à souligner que la profession d'avocat n'est aucunement soumise à un quelconque agrément et que l'accès à la profession se fait dans le cadre d'une procédure de demande d'inscription sur une liste du tableau de l'Ordre relevant de sa compétence.

L'application des dispositions de la Directive à la profession d'avocat impliquerait que les avocats sollicitent un agrément auprès de l'autorité compétente de l'Etat membre désignée à cet effet dans le cadre d'un recouvrement ou de réclamation d'une créance liée à un PNP.

A l'évidence, l'agrément n'est manifestement ni nécessaire ni envisageable pour les avocats pour les activités qui pourraient relever des « activités de gestion de crédits », en l'occurrence le recouvrement et la gestion des réclamations liées aux PNP, dans la mesure. Une telle exclusion s'explique par le fait que le recouvrement de créances relevant de l'« activité de gestion de crédits » s'inscrit déjà dans le champ de leur mandat de représentation.

L'exigence d'un agrément peut se concevoir pour les professionnels du secteur financier, des organismes de titration dont l'accès est soumis à un agrément mais, aucunement pour la profession d'avocat et est incompatible avec celle-ci.

ii. Quant à la surveillance des gestionnaires de crédits par une autorité désignée : l'obstacle du principe d'indépendance et le pouvoir d'autorégulation de la profession

L'article 21 (1, 3) de la Directive oblige les Etats membres à désigner une ou des autorités compétentes chargées d'exercer les fonctions et missions de surveillance des « gestionnaires de crédits ».

En outre l'article 22 (1) de la Directive dresse une liste des pouvoirs en matière de surveillance de la ou les autorités compétentes désignées par l'Etat membre, principalement :

- a) accorder ou refuser un agrément,
- b) retirer un agrément en vertu de l'article 8 ;
- c) interdire toute activité de gestion de crédits ;
- d) procéder à des inspections sur place et sur pièces ;
- e) infliger des sanctions administratives et des mesures correctrices ;
- f) procéder au réexamen des accords d'externalisation ;
- g) exiger des gestionnaires de crédits qu'ils révoquent les membres de leur organe de direction ou d'administration ;

Le Conseil de l'Ordre s'interroge quant au statut de la ou des autorités compétentes qui seront désignées dans le cadre la loi de transposition de la Directive, notamment quant à l'éventualité d'un empiètement des compétences des organes du Barreau alors que la profession d'avocat est par principe indépendante de tout organe étatique et dispose également d'un pouvoir d'autorégulation que lui confère la loi.

En effet, l'autorité compétente désignée en matière de surveillance des « gestionnaires de crédits » pour autant qu'elle soit distincte des organes de la profession d'avocat risque de remettre en cause le principe d'indépendance de la profession d'avocat ainsi que son pouvoir d'autorégulation.

Le Conseil de l'Ordre ne peut concevoir qu'une autre autorité distincte ait le pouvoir d'interdire à ces membres toute activité de gestion de crédits entrant dans le champ de la Directive (recouvrement et gestion des réclamations de créances adossées aux PNP).

Par ailleurs, le pouvoir d'effectuer des inspections sur place et sur pièces pour autant qu'elle soit confiée une autre autorité distincte des organes du Barreau posera à l'évidence des difficultés tenant au respect secret professionnel de l'avocat.

Dans ces conditions, le Conseil de l'Ordre estime à titre subsidiaire, s'il le législateur venait à considérer que l'activité d'avocat pourrait entrer dans le champ d'application de la Directive, *quod non*, il y a lieu d'exempter la profession d'avocat de l'application de la Directive.

* * *

Principalement, le Conseil de l'Ordre du Barreau de Luxembourg considère que les définitions données par la Directive des notions de « gestionnaire de crédits » et « acheteurs de crédits » excluent d'office la profession d'avocat de son champ d'application.

Pour le surplus, le Conseil de l'Ordre se rallie entièrement à l'avis du Barreau de Diekirch quant à la nécessité absolue d'une exemption de l'application de la Directive à la profession d'avocat.

Luxembourg, le 13 juillet 2022



La Bâtonnière,
Valérie DUPONG