

Circulaire no A 2

aux offices des poursuites et aux offices des faillites du canton de Berne

Assistance judiciaire gratuite par-devant les offices des poursuites et les offices des faillites

L'assistance judiciaire gratuit¹ permet à une partie indigente d'être provisoirement dispensée de l'obligation de payer les frais de procédure. A des conditions déterminées, elle peut également porter sur l'assistance d'un mandataire dont les honoraires sont provisoirement assumés par l'Etat. Les offices des poursuites et les offices des faillites sont de plus en plus souvent confrontés à des requêtes d'assistance judiciaire gratuite. La présente circulaire doit leur servir de ligne directrice pour rendre leurs décisions en la matière.

1. Légitimation et conditions générales

1.1 Indigence

En procédure, doit être qualifié d'indigent ou de nécessiteux celui ou celle qui ne dispose pas des ressources suffisantes pour subvenir aux frais du procès sans se priver du nécessaire, lui et sa famille².

1.2 Pour les personnes physiques

Le droit à l'assistance judiciaire gratuite ne peut être octroyé qu'à des personnes physiques, car elles seules peuvent être socialement qualifiées d'indigentes ou de nécessiteuses³. Sauf exceptions⁴, les personnes morales ainsi que les masses en faillite et les masses concordataires ne peuvent pas bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite.

1.3 Lorsque la procédure envisagée n'est pas dépourvue de chances de succès

En sus de l'indigence, le requérant⁵ doit également démontrer que sa démarche ne paraît *pas de prime abord dépourvue de chances de succès*. Par exemple, une poursuite par voie de saisie n'est pas de prime abord dépourvue de chances de succès lorsqu'on peut légitimement s'attendre à une *couverture minimale* du montant des poursuites, ce qui implique l'existence d'une fortune ou d'un revenu saisissables⁶.

1.4 Assistance d'un mandataire d'office lorsque l'affaire l'exige

La plupart du temps, lorsque l'assistance judiciaire est requise, il est aussi demandé la désignation d'un avocat d'office. L'assistance d'un avocat d'office ne doit toutefois être octroyée que lorsqu'elle

1 Art. 29, al. 3 Cst.

2 Le minimum nécessaire pour procéder correspond, avec quelques nuances, au minimum d'existence en matière de droit des poursuites (pour les nuances, voir ch. 4 ci-après).

3 AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 9e édition, 2013, § 13 N. 21.

4 ATF 131 II 306 c. 5.2.2; ATF 119 Ia 337 c. 4c et e; COMETTA/MÖCKLI, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 2010, Art. 20a N 30.

5 Par souci de lisibilité, seule la forme masculine est utilisée.

6 L'obtention d'un acte de défaut de bien, d'une garantie de for par le séquestre ou de l'interruption de la prescription ne fondent pas à elles seules des chances de succès suffisantes; ATF 5P.305/2000 c. 3.b.

s'avère nécessaire, soit en raison d'un état de fait ou de problèmes juridiques complexes, de connaissances juridiques insuffisantes du requérant ou lorsque des intérêts importants sont en jeu⁷. Il est suffisant que *l'une* de ces trois conditions soit remplie. En règle générale, les conditions de la désignation d'un avocat d'office ne sont pas données en procédure de poursuite. Les questions complexes de fait et de droit se posent plutôt en procédure de mainlevée ainsi que dans les autres procédures judiciaires LP, pour lesquelles l'assistance judiciaire doit être demandée séparément auprès du tribunal compétent (cf. ch. 2 ci-dessous).

1.5 Cas dits de «La Haye»

L'article 9 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants⁸ dispose que:

«La partie admise à l'assistance judiciaire gratuite dans l'Etat où la décision a été rendue en bénéficiera dans la procédure tendant à obtenir l'exécution de la décision».

Exemple: Madame Y., domiciliée en Allemagne, dont le divorce a été prononcé par un tribunal allemand, veut poursuivre X., son ex-mari, un médecin établi dans le canton de Berne, pour des pensions alimentaires qu'il lui doit. Elle dépose une requête d'assistance judiciaire auprès de l'office compétent et demande que son avocat local lui soit désigné comme mandataire d'office. Dans sa requête, elle établit que lors du procès en Allemagne, elle a bénéficié d'une assistance étatique pour les frais de justice et d'avocat. Dans un tel cas, Madame Y. a un droit à l'assistance judiciaire pour les frais de la procédure de poursuite contre X, sans qu'elle doive prouver une nouvelle fois son indigence. Toutefois, la question de savoir si, en vertu de l'assistance judiciaire gratuite au sens de l'art. 9 de la Convention de La Haye, elle a sans autres droit à se voir *désigner un mandataire d'office* est délicate. La nécessité effective de l'assistance d'un avocat (cf. ch. 1.4 ci-dessus) dans une procédure en exécution forcée d'une dette d'argent est, en raison notamment de la structure clairement définie de la procédure, largement moindre que dans une procédure judiciaire en reconnaissance ou que dans une procédure de plainte en matière de droit des poursuites. L'assistance d'un avocat d'office ne doit donc pas être octroyée de manière générale, mais donne lieu à un examen au cas par cas.

2. Compétence

L'octroi — et le cas échéant le retrait — de l'assistance judiciaire gratuite est de la compétence de l'autorité à laquelle le requérant demande d'agir sans frais⁹. Ainsi, si la requête concerne une procédure de poursuite, elle sera traitée par l'office des poursuites compétent à raison du lieu. Pour une requête en procédure de plainte, l'autorité de surveillance sera en revanche compétente. Quant aux requêtes faites dans les procédures judiciaires LP, elles seront examinées par le tribunal compétent.

3. Droit d'être entendu du «requis»

L'octroi de l'assistance judiciaire gratuite est un acte unilatéral, de sorte que formellement seul le requérant et l'autorité sont participants à la procédure portant sur la requête. L'adverse partie à la procédure de poursuite n'est *pas partie* à la procédure portant sur l'octroi de l'assistance judiciaire (malgré qu'elle soit trop souvent, mais de manière erronée, désignée comme requise, comme s'il s'agissait d'une partie à la procédure). Elle n'a par conséquent pas le droit de prendre des conclusions et ne doit pas forcément être entendue. En pratique, lui donner l'occasion de prendre position s'avère toutefois utile, notamment afin d'établir la situation financière du requérant¹⁰.

⁷ ATF 5A_336/2011 c. 2.3; ATF 5P.346/2004 c. 2; ATF 122 III 392 c. 3d.

⁸ RS 0.211.221.432.

⁹ Autorité de surveillance, décision ABS 06 368 du 8 février 2007 en l'affaire Busch.

¹⁰ RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 119 N 9.

4. Etablissement de l'indigence

4.1 L'indigence du requérant est établie d'office par l'autorité. Le requérant est toutefois tenu de collaborer dans des limites raisonnables (comme en cas de saisie de salaire par exemple). Il doit en particulier présenter à l'office les documents nécessaires.

4.2 Revenu

Excepté quelques spécificités, l'indigence est établie de la même manière que le minimum d'existence en matière de droit des poursuites. L'indigence doit être admise lorsque le revenu net du requérant est inférieur ou égal au «minimum nécessaire pour procéder en matière civile¹¹», ou qu'il le dépasse de peu. Si le bénéfice est assez important pour permettre au requérant d'amortir *dans un délai d'une année*¹² les frais de procédure (et éventuellement d'avocat) auxquels on peut s'attendre, le bénéfice de l'assistance judiciaire doit lui être refusé. Lorsque le requérant fait l'objet d'une *saisie de salaire*, il y a lieu de prendre en compte le montant saisi en le déduisant du revenu net, cela sans considération de l'origine des dettes donnant lieu à ladite saisie.

4.3 Fortune

Lorsque la personne requérante possède de la fortune, on examinera si l'on peut exiger d'elle qu'elle l'entame en vue de couvrir les frais occasionnés par la procédure envisagée.

4.4 Composition du minimum nécessaire pour procéder en matière civile

Montant mensuel de base:	Identique à la saisie de salaire.
Supplément pour enfants:	Identique à la saisie de salaire.
Supplément dit «de procédure»:	30 % calculés sur la somme du montant mensuel de base et des éventuels suppléments pour enfants.
Frais d'habitation:	Identique à la saisie de salaire.
Cotisations aux assurances sociales:	Identique à la saisie de salaire.
Frais de médecin, de médicaments et d'hospitalisation ainsi que les frais de déménagement dans la mesure où ils sont importants et imminents:	Identique à la saisie de salaire.
Frais professionnels (déplacements, repas pris à l'extérieur, surplus de nourriture indispensable, etc.):	Identique à la saisie de salaire.
Cotisations aux associations professionnelles:	Prises en compte en cas de paiement effectif et régulier.
Contributions d'entretien ou d'assistance, y compris frais de visite:	Identique à la saisie de salaire.
Remboursements de crédits et de prêts:	Pas pris en compte, excepté lorsque le prêt a été conclu dans le but de financer l'entretien courant ou des biens de première nécessité, pour autant que son amortissement régulier soit documenté.
Taxes radio, TV et téléphone:	Pas prises en compte, car déjà incluses dans le supplément de 30%.
Assurances mobilières et de responsabilité civile:	Pas prises en compte, car déjà incluses dans le supplément de 30%.
Impôts:	Impôts en cours (également impôts à la source si pas encore déduits du salaire) ainsi que paiements réguliers et prouvés de dette d'impôt échues (ATF 135 I 221 c. 5.2.2 = Pra 99 [2010] no 25).
Autres dettes:	Pas prises en compte.

¹¹ Contient des détails à ce sujet: Circulaire no 1 de la Section civile de la Cour suprême et du Tribunal administratif du canton de Berne sur l'établissement et la preuve de l'indigence au sens de l'art. 117, let a CPC et de l'art. 111, al. 1 LPGA.

¹² En cas de procédures onéreuses, le délai est de deux ans, cf. Circulaire no 1 let E.

5. Indemnisation de l'avocat d'office

5.1 Principe

L'indemnisation de l'avocat d'office est provisoirement prise en charge par le canton. Le canton se réserve le droit de réclamer le remboursement de ces montants au requérant s'il est à même de le faire¹³. Le dispositif de la décision devra le mentionner expressément et un double de la décision d'octroi sera adressé à l'Intendance des impôts du canton de Berne (encaissement). La prétention au remboursement se prescrit par dix ans à compter de la fin de la procédure¹⁴.

5.2 Rémunération de l'avocat

Selon l'art. 42 LA, la rémunération de l'avocat est calculée en fonction du temps requis et n'excède pas les honoraires fixés selon le tarif applicable au remboursement des dépens (art. 41 LA). La détermination du temps requis se base sur le ch. 1 de la circulaire no 15 de la Cour suprême¹⁵.

5.3 Fixation du montant du remboursement selon l'art. 42a LA

Les principes généraux concernant la fixation du montant du remboursement sont expliqués dans la circulaire no 15 de la Cour suprême (cf. ch. 2 et 3).

Le montant exigible équivaut à la différence entre la rémunération (cf. ch 5.2) et les honoraires fixés selon le tarif applicable au remboursement des dépens (art. 41 LA). Pour calculer les honoraires dans une procédure devant les offices des poursuites et les offices des faillites, on se base sur le tarif prévu pour *les procédures sommaires dans les affaires civiles*¹⁶. En se basant sur la valeur litigieuse — en principe le montant des poursuites —, on déterminera tout d'abord les honoraires applicables en procédure ordinaire d'après le tarif-cadre défini à l'art. 5, al. 1 et 2 ORD. Pour la procédure sommaire, les honoraires sont tarifés à un montant se situant entre *30 et 60 pour cent* des honoraires de la procédure ordinaire (pour les procédures simples, entre 30 et 40, pour les procédures complexes entre 50 et 60 pour cent). Le résultat constitue les honoraires de l'avocat pour la procédure devant les offices des poursuites et les offices des faillites. *Exemples:*

<i>a. procédure complexe</i>	- valeur litigieuse	Fr. 3'000.-
	- honoraires en procédure ordinaire d'après le tarif	Fr. 1'000.-
	- dont 60% (art 5, al. 3 ORD) = max. honoraires d'avocat	Fr. 600.-
<i>b. procédure simple</i>	- valeur litigieuse	Fr. 35'000.-
	- honoraires en procédure ordinaire d'après le tarif	Fr. 9'450.-
	- dont 40% (art 5, al. 3 ORD) = max. honoraires d'avocat	Fr. 3'780.-

6. Décision

Il est statué sur la requête sous la forme d'une décision. La motivation doit exposer brièvement les conclusions et les faits, puis les considérants concernant l'indigence, les chances de succès ainsi que, le cas échéant, la nécessité effective de l'assistance d'un mandataire d'office. Dans le dispositif figure l'admission ou le refus de la requête. Lorsque l'assistance d'un mandataire d'office est octroyée, il y a lieu de mentionner l'avocat désigné et les modalités de son indemnisation. La décision se termine par la mention de la notification et l'indication des voies de droit (voir les exemples dans l'annexe à la présente circulaire).

¹³ Art. 113 LPJA en relation avec l'art. 123, al. 1 CPC:

¹⁴ Art. 113 LPJA en relation avec l'art. 123, al. 2 CPC.

¹⁵ Circulaire no 15 de la Cour suprême du 2 septembre 2011 (rémunération des avocats et des avocates d'office et droit d'exiger le remboursement).

¹⁶ cf. art. 5, al. 3 ORD (Ordonnance sur le tarif applicable au remboursement des dépens, ORD, RSB 168.811).

7. Entrée en vigueur

La présente circulaire entre en vigueur rétroactivement au 1^{er} décembre 2007.

Berne, le 13 décembre 2007

Anciennement circulaire no A 42 (modifiée du point de vue rédactionnel avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2013)

Annexe à la circulaire no A 2

de l'autorité de surveillance en matière de poursuite et faillite du canton de Berne

Exemples pour les dispositifs des décisions concernant l'assistance judiciaire gratuite et la désignation d'un mandataire d'office pour les procédures devant les offices des poursuites et les offices des faillites du canton de Berne

Variante 1 (rejet):

1. La requête d'assistance judiciaire gratuite dans la poursuite no.... est rejetée.
2. A notifier: au requérant (représenté par ...)

Il peut être déposé plainte contre la présente décision, par écrit et dans les dix jours dès sa réception, auprès de l'autorité de surveillance en matière de poursuite et de faillite du canton de Berne, case postale 7475, 3001 Berne. La plainte doit être motivée et contenir des conclusions (Art. 17 LP).

Variante 2 (admission limitée aux frais judiciaires):

1. La requête d'assistance judiciaire gratuite dans la poursuite no.... est admise.
2. La conclusion tendant à la désignation d'un mandataire d'office est rejetée.
3. A notifier: au requérant (représenté par ...)

(voies de droit identiques à celles de la variante 1)

Variante 3 (admission totale):

1. La requête d'assistance judiciaire gratuite dans la poursuite no ... est admise et Me X.Y est désigné comme avocat d'office du requérant.
2. L'indemnisation de l'avocat d'office fera l'objet d'une décision ultérieure.
3. A notifier: au requérant (représenté par ...)
(pas de voies de droit, car il n'y a pas de lésé)

Décision ultérieure concernant la variante 3:

1. L'indemnisation de Me X.Y. avocat d'office dans la procédure (...) est fixée comme suit:

	Heures	Tarif		
Indemnisation pour la défense d'office	0.00	200.00	CHF	0.00
Débours soumis à la TVA			CHF	
TVA 8.0%	à CHF	0.00	CHF	0.00
Débours sans TVA			CHF	
Total, à verser par le canton de Berne			CHF	0.00

Honoraire total			CHF	
Débours soumis à la TVA			CHF	0.00
TVA 8.0%	à CHF	0.00	CHF	
Débours sans TVA			CHF	0.00
Total			CHF	0.00
Montant à rembourser			CHF	0.00

Exemple avec chiffres*:

	Heures	Tarif		
Indemnisation pour la défense d'office	15.00	200.00	CHF	3'000.00
Débours soumis à la TVA			CHF	100.00
TVA 8.0%	à CHF	3'100.00	CHF	248.00
Débours sans TVA			CHF	20.00
Total, à verser par le canton			CHF	3'368.00

Honoraire total			CHF	4'400.00
Débours soumis à la TVA			CHF	100.00
TVA 8.0%	à CHF	4'500.00	CHF	360.00
Débours sans TVA			CHF	20.00
Total			CHF	4'880.00
Montant à rembourser			CHF	1'512.00

Remarque: s'il s'agissait par exemple d'une procédure simple (comme sous ch. 5.3, let. b), l'honoraire total s'élèverait ici uniquement à Fr. 3'780.00.

2. Le requérant est tenu de rembourser au canton l'indemnisation versée et à verser à l'avocat X.Y la différence par rapport à l'honoraire total dès qu'il est en mesure de le faire.
3. A notifier:
 - au requérant, représenté par Me X.Y.
 - à l'Intendance des impôts du canton de Berne (encaissement)

* Chiffres en *italique* = hypothèses ou ces données doivent être produites par l'avocat.