

# LES POURSUITES INJUSTIFIÉES:

## POINT DE SITUATION

ROMAIN JORDAN

Avocat, associé en l'Étude Merkt [&] associés, Juge suppléant à la Cour de justice à Genève

Mots-clés: commandement de payer, poursuite injustifiée ou malveillante, publicité du registre des poursuites, LP, CP, contrainte, déontologie, avocat

Le droit suisse offre à tout un chacun la possibilité d'introduire des poursuites sans devoir justifier de l'existence ni même de la vraisemblance d'une créance. Le tiers injustement poursuivi ne dispose de son côté que de moyens limités pour en empêcher la communication au public. La tentation peut ainsi être grande d'user de cette possibilité à des fins malveillantes, au point que la frontière est parfois tenue entre l'exercice justifié de ses droits par un créancier et l'abus de droit, voire la contrainte pénale. La présente contribution fait un point synthétique sur l'état actuel du droit, et identifie plus particulièrement les limites que doit s'imposer l'avocat en matière de poursuites, qu'il agisse à titre personnel ou prête son concours à ses clients.

### I. Introduction

Il n'est guère compliqué d'introduire une poursuite: un simple formulaire suffit, et n'implique – particularité du droit suisse<sup>1</sup> – ni la preuve, ni même la vraisemblance de l'existence d'une créance (art. 67 LP). À cela s'ajoute le fait que le registre des poursuites – qui ne fait pas de différence entre la poursuite justifiée ou non, périmée ou non – est public et accessible à tout tiers justifiant d'un intérêt rendu vraisemblable (art. 8a al. 1 LP)<sup>2</sup>, dans les faits largement admis. Le commandement de payer, dans sa «majesté d'acte officiel», peut donc terroriser bien injustement son malheureux récipiendaire<sup>3</sup>, ce que le Tribunal fédéral a reconnu dès 1884<sup>4</sup>. Pire, la poursuite chicanière peut aussi, selon les cas, porter injustement atteinte à son honneur<sup>5</sup>, à son crédit et l'obérer dans des démarches de la vie quotidienne (conclusion d'un bail d'habitation, recherche d'un emploi, conclusion d'un crédit). Elle peut également, dans certains cas, prendre la forme d'une contrainte au sens de l'art. 181 CP.

Si la poursuite abusive est au plan des principes nulle<sup>6</sup>, il n'appartient en principe ni à l'office des poursuites ni à l'autorité de surveillance de décider si la prétention invoquée par le créancier est fondée ou invoquée à juste titre: étant donné la possibilité d'obtenir un commandement de payer sans prouver le bien-fondé de la prétention invoquée, l'abus de droit est pratiquement exclu<sup>7</sup>. Le cas reste ainsi réservé aux situations particulièrement exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le créancier agit dans un but sans le moindre rapport avec la procédure de poursuite, en particulier pour délibérément tourmenter le poursuivi<sup>8</sup>. La réaction du débiteur, impliquant de suivre

des voies de droit relativement lourdes, ne peut donc s'inscrire qu'après la notification de la poursuite, dans un système légal laissant l'«initiative du premier pas», une

- 1 Arrêt 5A\_218/2015 du 30.11.2015, consid. 3.
- 2 ATF 141 III 281, consid. 3.1 p. 283. Cf. aussi ELISABETH ESCHER/MARCO LEVANTE, Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Einsichtsrecht nach Art. 8a SchKG, in BLSchK 2016 136, p. 137; URS BOLLER/MARK SCHWEIZER, Der Informationsgehalt des Betreibungsregisters: Ein Reformvorschlag zu seiner Verbesserung, in: sui-generis 2015 50, p. 52 ss; ERIC MUSTER, Les renseignements [Art. 8a LP] in BLSchK 2014 161, p. 177; DAVID RÜETSCHI, Die Einführung eines differenzierten Interessennachweises im Rahmen der Betreibungsauskunft, Anwaltsrevue 2009, p. 479 ss; FLORIAN CHAUDET/PETER SCHAUFELBERGER, Le droit de consultation du registre des poursuites en relation avec l'inscription de poursuites frappées d'opposition non levée: quelques vœux et quelques pistes en faveur du poursuivi concernant l'art. 8a LP, in Landrove Juan Carlos, *De lege negotiorum*, Etudes autour du droit des affaires en l'honneur du professeur François Chaudet, Genève 2009, p. 317 ss, p. 319.
- 3 Sylvain MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2<sup>e</sup> édition, Zurich 2013, p. 49.
- 4 ATF 10 I 570, p. 576: «Dagegen liegt in der rechtlichen Verfolgung eines unbegründeten Anspruchs dann allerdings eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung, wenn in böswilliger oder frivoler Weise haltlose, wohl gar erdichtete, Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht werden».
- 5 Arrêt 6S.853/2000 du 9.5.2001, consid. 3b; CAPE/VD 2013/146 du 8.5.2013, consid. 3.2.1.
- 6 PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Volume 1: art. 1 à 88 LP, Lausanne, 1999, N. 40 ad rem. intro. Art. 38 à 45.
- 7 ATF 113 III 2, consid. 2b p. 4.
- 8 ATF 115 III 18, consid. 3b p. 21; DCSO/134/2013 (GE) du 13.6.2013, consid. 2; BLSchK 2012 173, consid. 3.

fois la poursuite suspendue par l'opposition (art. 78 al. 1 LP), au seul créancier<sup>9</sup>.

Cette situation a depuis longtemps été décrite comme insatisfaisante<sup>10</sup>, ce qui a conduit la jurisprudence – non sans relever elle aussi les lacunes du système mis en place par le législateur<sup>11</sup> – à développer, dès le début du présent siècle, une pratique de moins en moins rétive à l'application du droit pénal dans le domaine des poursuites<sup>12</sup> et à assouplir par ailleurs les conditions d'accès aux actions civiles ouvertes au poursuivi<sup>13</sup>. Plus récemment, le législateur s'est également emparé du problème – après une première tentative avortée en 2004<sup>14</sup> –, suite au dépôt d'une initiative parlementaire en 2009 à ce sujet<sup>15</sup>. Ses travaux viennent d'aboutir à une modification légale<sup>16</sup> attendue<sup>17</sup>, laquelle devrait entrer en vigueur au 1.1.2018<sup>18</sup>.

Nous nous proposons ici de procéder à une revue de ces deux éléments, principalement dans la perspective de l'activité de l'avocat.

## II. Les voies civiles pour s'opposer à la poursuite injustifiée

### 1. La situation actuelle

Confronté à une poursuite injustifiée ou malveillante, le débiteur dispose en l'état actuel du droit positif de plusieurs sortes d'action en constatation pour l'inexistence d'une dette<sup>19</sup>, outre la voie de la plainte auprès de l'autorité de surveillance (art. 17 LP), très étroite comme on vient de le voir même si elle présente l'intérêt indéniable d'être en principe gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP).

#### A) L'art. 85 LP (dette éteinte ou sursis accordé – procédure sommaire)

L'action prévue à l'art. 85 LP – «Notbehelf»<sup>20</sup> – a pour but de vérifier l'admissibilité de la poursuite, en procédure sommaire (art. 251 let. c CPC), c'est-à-dire en se limitant à la preuve par pièces, étant précisé que le jugement rendu déploiera des effets uniquement en droit des poursuites<sup>21</sup>. Intentée au for de la poursuite, elle suppose que le débiteur prouve par titre que la dette est éteinte en capital, intérêts et frais, ou que le créancier lui a accordé un sursis. La jurisprudence a précisé que l'action est aussi ouverte si le débiteur prouve par pièces que la créance en poursuite n'a jamais existé<sup>22</sup>. Le demandeur doit apporter la preuve stricte de l'extinction de la dette, la seule vraisemblance ne suffisant pas<sup>23</sup>: la situation doit être claire et manifeste<sup>24</sup>. Une action au sens de l'art. 85 LP a au demeurant beaucoup moins d'impact sur le créancier que la voie de l'art. 85a LP; en cas d'échec, ce dernier pourra encore ouvrir une action en paiement contre son débiteur<sup>25</sup>. Son champ est donc très limité, mais elle est moins onéreuse en termes de frais de justice.

#### B) L'art. 85a LP (existence matérielle de la créance ou sursis accordé; pas d'opposition au commandement de payer – procédure ordinaire)

L'action de l'art. 85a LP complète celle prévue à l'art. 85 LP, afin de permettre au poursuivi de pouvoir éviter, dans

l'hypothèse où il n'a pas de titre, l'exécution forcée de son patrimoine. L'action tranche, en procédure ordinaire devant le tribunal du for de la poursuite avec plein pouvoir de cognition, l'existence matérielle de la créance ou du sursis accordé à la créance. Le créancier poursuivant est ainsi contraint de prouver l'existence de sa créance au risque de perdre matériellement son droit en cas d'échec<sup>26</sup>. Précision d'importance: la voie de l'action en annulation de la poursuite au sens de l'art. 85a LP est toutefois exclue si le poursuivi a formé opposition au commandement de payer lui ayant été notifié<sup>27</sup>. L'action n'a au demeurant pas d'effet suspensif automatique: la suspension provisoire de la poursuite, prévue par l'art. 85a al. 2 LP, doit être le cas échéant requise; ses effets sont limités à la durée du procès en annulation de la poursuite<sup>28</sup>. Cette voie ne permet donc pas d'échapper à la mention sur le registre public des poursuites si le débiteur a diligemment formé une opposition à la poursuite litigieuse.

#### C) L'action négatoire (art. 88 CPC – existence matérielle de la créance – procédure ordinaire)

Le poursuivi dispose enfin de l'action générale en constatation de l'inexistence de la créance en poursuite – ou action négatoire<sup>29</sup> –, dont l'admission a pour effet d'empêcher que les poursuites litigieuses ne soient communiquées

<sup>9</sup> ATF 128 III 334, p. 336.

<sup>10</sup> PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *op. cit.*, N. 19 ad art. 85a.

<sup>11</sup> ATF 128 III 334.

<sup>12</sup> ESCHER/LEVANTE, *op. cit.* (note 2), p. 145; RFJ 2016 310, p. 311; arrêt 4A\_226/2016 du 20.10.2016, consid. 1; arrêt 6B\_281/2013 du 16.7.2013, consid. 1.2, qui relève, pour justifier l'application du droit pénal en la matière, que tout procès exige des dépenses, et qu'il arrive fréquemment qu'il ait une issue incertaine. L'infraction d'atteinte au crédit, qui s'appliquait en la matière (ATF 119 IV 297), a été abrogée en 1994 et remplacée par la LCD.

<sup>13</sup> ATF 141 III 68.

<sup>14</sup> Initiative parlementaire 04.467 du conseiller national Jean Studer intitulée «Absence de publicité pour les poursuites périmées».

<sup>15</sup> Initiative parlementaire 09.530 intitulée «Annulation des commandements de payer injustifiés».

<sup>16</sup> FF 2016 8631.

<sup>17</sup> BOLLER/SCHWEIZER, *op. cit.* (note 2), p. 76; CHRISTIAN EXNER, *Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen*, Festschrift für Isaak Meier, Genève 2015, p. 139 ss, p. 152.

<sup>18</sup> Le délai référendaire arrive à échéance le 7.4.2017 (FF 2016 8631); au vu du large consensus trouvé devant le parlement, il est douteux qu'un référendum soit annoncé. Selon la chancellerie fédérale, le texte devrait alors entrer en vigueur au 1.1.2018.

<sup>19</sup> Arrêt 5A\_218/2015 du 30.11.2015, consid. 8.

<sup>20</sup> ATF 140 III 41, consid. 3.2.2 p. 43.

<sup>21</sup> ATF 140 III 41, consid. 3.1 p. 42.

<sup>22</sup> ATF 140 III 41, consid. 3.2.3.

<sup>23</sup> BERNHARD BODMER/JAN BANGERT, *Basler Kommentar zum SchKG I*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2010, n° 33a.

<sup>24</sup> Arrêt 5A\_674/2013 du 4.2.2013, consid. 2.1.

<sup>25</sup> ATF 140 III 41, consid. 3.2.3.

<sup>26</sup> ATF 140 III 41, consid. 3.2.3.

<sup>27</sup> ATF 132 III 277, consid. 4.2 p. 278; ATF 125 III 149, consid. 2c p. 151.

<sup>28</sup> Arrêt 5A\_219/2016 du 27.5.2016, consid. 1.2.1.

<sup>29</sup> Une voie de droit en constatation est également ouverte le cas échéant en cas de concurrence déloyale (art. 3 let. a et 9 voire 23 LCD; cf. CHRISTIAN EXNER, *op. cit.* (note 17), p. 153-5).

aux tiers en vertu de l'art. 8a al. 3 let. a LP<sup>30</sup>. Toute personne qui reçoit notification d'un commandement de payer est ainsi réputée jouir d'un intérêt digne de protection<sup>31</sup> à faire constater par le juge du for du défendeur (art. 10 CPC), s'il y a lieu, que la somme réclamée n'est pas due. Si le créancier poursuivant ne veut pas résister à cette action négatoire et préfère établir le bien-fondé de sa créance ultérieurement, il lui est loisible de retirer la poursuite; celle-ci cesse alors d'être accessible aux tiers par l'effet de l'art. 8a al. 3 let. c LP, et le débiteur poursuivi n'a, dès ce moment, plus d'intérêt digne de protection à l'exercice d'une action négatoire<sup>32</sup>, qui de ce fait devient sans objet et doit partant être rayée du rôle<sup>33</sup>. L'action est traitée en procédure ordinaire, ce qui a pour corollaire qu'elle est coûteuse en frais de justice.

## 2. L'initiative parlementaire 09.530 et la modification de la LP votée<sup>34</sup>

Le 11.12.2009, le conseiller national Fabio Abate<sup>35</sup> déposait une initiative parlementaire 09.530 intitulée «Annulation des commandements de payer injustifiés», ayant notamment pour but de permettre, dans l'intérêt des débiteurs poursuivis, l'annulation rapide d'un commandement de payer injustifié. La nécessité de la concrétiser a fait l'objet d'un consensus des deux chambres dès 2011, une sous-commission de la commission des affaires juridiques ayant été nommée dans ce but en février 2012. Aux termes de ses travaux, au printemps 2015, la majorité de la commission a alors convenu que les moyens dont dispose la personne poursuivie, en vertu du droit actuel, pour faire valoir ses droits face à une poursuite injustifiée étaient soit inappropriés, soit complexes à mettre en œuvre, sans compter les risques – surtout financiers – qu'ils pouvaient lui faire courir<sup>36</sup>. Après avoir éliminé plusieurs divergences au cours de l'année 2016, les Chambres fédérales sont parvenues à un consensus en décembre dernier, prévoyant un triptyque de modifications légales, lequel vise à étendre les droits du poursuivi<sup>37</sup>.

D'abord, une nouvelle exception au principe de publicité du registre a été prévue à travers l'adoption d'un art. 8a al. 3 let. d nLP: les offices ne devront désormais pas porter à la connaissance de tiers les poursuites pour lesquelles une demande du débiteur dans ce sens est faite à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du commandement de payer, à moins que le créancier ne prouve, dans un délai de 20 jours imparti par l'office des poursuites, qu'une procédure d'annulation de l'opposition (art. 79 à 84 LP) a été engagée à temps; lorsque la preuve est apportée par la suite, ou lorsque la poursuite est continuée, celle-ci est alors à nouveau portée à la connaissance de tiers.

Ensuite, la possibilité pour le débiteur de solliciter la présentation des moyens de preuve par le créancier prévue à l'art. 73 LP a été élargie: désormais, celui-ci peut user de ce droit – qui couvre aussi le droit de demander au créancier, en outre, la présentation de la «récapitulation de tous ses droits à l'égard du débiteur»<sup>38</sup> – «en tout temps», à partir du moment où la poursuite a été engagée.

Enfin, l'art. 85a al. 1 LP a été modifié de façon à permettre que cette action soit ouverte, que la poursuite ait été frappée d'opposition ou non.

## 3. Conséquences de la nouvelle<sup>39</sup>

La nouvelle pose d'abord des questions de droit transitoire, le législateur n'ayant rien prévu à ce sujet. S'il ne fait guère de doute qu'il sera possible de déposer une action au sens de l'art. 85 al. 1 nLP dès son entrée en vigueur<sup>40</sup>, ce résultat n'est pas aussi évident s'agissant des autres modifications. Si l'on se réfère par analogie aux dispositions transitoires de la modification du 16.12.1994 de la LP, les règles de procédure s'appliquent, dès leur entrée en vigueur, aux procédures en cours, en tant qu'elles sont compatibles avec elles (art. 2 al. 1), ce qui semble être le cas en l'espèce. Au demeurant, on rappelle qu'à teneur de l'art. 8a al. 4 LP, le droit de consultation des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure, et que l'art. 8a al. 3 let. d nLP suppose une «demande du débiteur», le délai de trois mois étant avant tout une condition objective à l'exercice du droit consacré par cette disposition, et non un terme ayant en soi une portée juridique. Pour les mêmes motifs, l'hypothèse de voir les offices submergés du jour au lendemain de demandes dans ce sens, si elle ne peut par définition être complètement écartée, n'en paraît pour autant pas vraisemblable, ceci d'autant plus en tenant compte des outils informatiques aujourd'hui à leur disposition<sup>41</sup>. À cela s'ajoute enfin le fait qu'un intérêt public important, mis en évidence lors des travaux préparatoires, couplé à de claires considérations d'égalité de traitement, milite également en faveur de l'application immédiate du nou-

<sup>30</sup> ATF 128 III 334 p. 335; arrêt 5A\_890/2012 du 5.3.2013, consid. 5.4.

<sup>31</sup> ATF 141 III 68, consid. 2 p. 79. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a assoupli sa jurisprudence, qui jusqu'alors exigeait qu'un intérêt prépondérant soit établi (ATF 120 II 20, consid. 3b p. 23), tenant notamment compte du consensus alors en train de naître devant les Chambres fédérales dans le traitement de l'initiative parlementaire 09.530 (cf. pt 2 ci-après).

<sup>32</sup> ATF 141 III 68, consid. 2.7 p. 79.

<sup>33</sup> Arrêt 4A\_226/2016 du 20.10.2016, consid. 5.

<sup>34</sup> FF 2016 8631.

<sup>35</sup> Il est actuellement Conseiller aux États (TI).

<sup>36</sup> FF 2015 2944.

<sup>37</sup> BO 2016 763, intervention notamment du Conseiller aux États Robert CRAMER.

<sup>38</sup> Il peut aussi arriver qu'un débiteur n'ait plus la vue d'ensemble des prétentions qu'un créancier a fait valoir à son encontre, par exemple parce que des frais (frais de rappel, réparation du dommage subi du fait du retard de paiement, etc.) sont venus majorer le montant initial ou que plusieurs poursuites ont été engagées successivement pour exiger le paiement de différentes créances. En pareils cas, il semble pertinent que le créancier mette à la disposition du débiteur une récapitulation de toutes les prétentions qu'il fait valoir à son égard (FF 2015 2952), ce qui ne va sans poser différentes questions de mise en œuvre (par exemple: quelles conséquences si la «récapitulation» remise n'est pas exhaustive?).

<sup>39</sup> FF 2016 8631.

<sup>40</sup> Ce que le Tribunal fédéral a du reste expressément relevé dans les arrêts 4A\_226/2016 du 20.10.2016, consid. 1 et 4A\_399/2016 du 3.2.2017, consid. 4.

<sup>41</sup> FF 2015 2955.

veau droit<sup>42</sup>. La nouvelle devrait partant, à notre sens, s'appliquer immédiatement<sup>43</sup>.

Cela étant, dès son entrée en vigueur, l'art. 85a al. 1 nLP rendra caduque la jurisprudence selon laquelle l'action actuellement prévue par l'art. 85a al. 1 LP est réservée au débiteur poursuivi n'ayant pas formé opposition au commandement de payer<sup>44</sup>. En outre et surtout, tout débiteur qui s'est vu notifier une poursuite il y a plus de trois mois pourra solliciter sa suppression du registre public, ce qui aura pour conséquence de déclencher le mécanisme d'interpellation du créancier prévu à l'art. 8a al. 3 let. d nLP. L'art. 73 LP enfin permettra au débiteur d'inviter «en tout temps» l'office à sommer le créancier de présenter ses moyens de preuve et la liste récapitulative de ses prétentions.

### III. L'infraction de contrainte (art. 181 CP)

En marge de cette évolution législative qui, quoique modeste, va dans le bon sens, demeure le cas des «poursuites malveillantes»<sup>45</sup> ayant une portée également pénale. La jurisprudence fédérale et cantonale a en effet développé, notamment du fait de la publicité du registre des poursuites (art. 8a LP)<sup>46</sup>, toute une casuistique dans le domaine des poursuites injustifiées en matière de contrainte<sup>47</sup>, infraction pénale prévue à l'art. 181 CP, qu'il est intéressant de systématiser.

#### 1. L'art. 181 CP en général

Le bien juridiquement protégé par l'art. 181 CP est la liberté d'action, plus particulièrement la libre formation et le libre exercice de la volonté<sup>48</sup>. Se rend coupable de contrainte selon l'art. 181 CP celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, ne pas faire ou à laisser faire un acte. La contrainte peut ainsi revêtir trois formes.

Alors que la *violence* consiste dans l'emploi d'une force physique d'une certaine intensité, la *menace* est un moyen de pression psychologique consistant à annoncer un dommage futur dont la réalisation est présentée comme dépendante de la volonté de l'auteur, sans toutefois qu'il soit nécessaire que cette dépendance soit effective ni que l'auteur ait réellement la volonté de réaliser sa menace. La loi exige par ailleurs un dommage sérieux, c'est-à-dire que la perspective de l'inconvénient présenté comme dépendant de la volonté de l'auteur soit propre à entraver le destinataire dans sa liberté de décision ou d'action. La question doit être tranchée en fonction de critères objectifs, en se plaçant du point de vue d'une personne de sensibilité moyenne<sup>49</sup>. Il peut également y avoir contrainte lorsque l'auteur entrave sa victime «de quelque autre manière» dans sa liberté d'action. Cette formule générale doit être interprétée de manière restrictive. N'importe quelle pression de peu d'importance ne suffit pas. Il faut que le moyen de contrainte utilisé soit, comme pour la violence ou la menace d'un dommage sérieux, propre à impressionner une personne de sensibilité moyenne et à l'entraver d'une manière substantielle dans sa liberté de

décision ou d'action. Il s'agit donc de moyens de contrainte qui, par leur intensité et leur effet, sont analogues à ceux qui sont cités expressément par la loi<sup>50</sup>.

La contrainte n'est contraire au droit que si elle est illicite, soit parce que le moyen utilisé ou le but poursuivi est illicite, soit parce que le moyen est disproportionné pour atteindre le but visé, soit encore parce qu'un moyen conforme au droit utilisé pour atteindre un but légitime constitue, au vu des circonstances, un moyen de pression abusif ou contraire aux mœurs<sup>51</sup>. Réclamer le paiement d'une créance ou menacer de déposer une plainte pénale (lorsque l'on est victime d'une infraction) constituent en principe des actes licites; ils ne le sont plus lorsque le moyen utilisé ne se trouve pas dans un rapport raisonnable avec le but visé et constitue un moyen de pression abusif, notamment si la menace doit permettre d'obtenir un avantage indu. Menacer d'une plainte pénale pour une infraction que rien ne permet sérieusement de soupçonner, ou si l'objet de la plainte est sans rapport avec la prestation demandée, est ainsi un moyen en soi inadmissible<sup>52</sup>.

Lorsque la victime ne se laisse pas intimider et n'adopte pas le comportement voulu par l'auteur, ce dernier est punissable de tentative de contrainte<sup>53</sup>.

#### 2. En présence d'une poursuite

En rattachant le comportement litigieux à la menace d'un dommage sérieux<sup>54</sup> ou encore à la clause générale selon que la menace de notifier un commandement de payer a été mise à exécution ou non<sup>55</sup>, la jurisprudence a considéré que les conditions de l'art. 181 CP pouvaient être réunies en présence d'une poursuite malveillante. À cet égard, il est utile de rappeler que même l'utilisation d'un moyen conforme au droit, comme l'envoi d'un commandement de payer, pour atteindre un but légitime, soit la récupération d'une créance, peut constituer un moyen de pression abusif, et donc illicite<sup>56</sup>, ce qui suffit pour asseoir une condamnation pour contrainte.

<sup>42</sup> ATF 141 II 393, consid. 2.4 p. 398.

<sup>43</sup> Dans le même sens, sur une question présentant quelque analogie: RVJ 2014 173, consid. 7a p. 181, où il a été jugé que la date déterminante pour appliquer l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP est la date de la requête de séquestre, et non celle du jugement sur lequel se fonde le séquestre.

<sup>44</sup> Arrêt 4A\_226/2016 du 20.10.2016, consid. 1; arrêt 4A\_399/2016 du 3.2.2017, consid. 4.

<sup>45</sup> FF 2015 2948.

<sup>46</sup> CAPE/VD 2012/340 du 17.12.2012, consid. 3.3.

<sup>47</sup> Plus nuancé: RSJ 108 (2012) N. 18 438.

<sup>48</sup> ATF 141 IV 1, consid. 3.3.1 p. 8.

<sup>49</sup> Arrêt 6B\_70/2016 du 2.6.2016, consid. 4.3.2.

<sup>50</sup> ATF 137 IV 326, consid. 3.3.1 p. 328.

<sup>51</sup> ATF 137 IV 326, consid. 3.3.1 p. 328.

<sup>52</sup> ATF 120 IV 17, consid. 2a/bb p. 20; arrêt 6B\_281/2013 du 16.7.2013, consid. 1.1.1.

<sup>53</sup> Arrêt 6B\_281/2013 du 16.7.2013, consid. 1.1.4.

<sup>54</sup> Arrêt 6B\_79/2016 du 2.6.2016, consid. 4.3.

<sup>55</sup> Arrêt 6B\_281/2013 du 16.7.2013, consid. 1.2; arrêt 6S.853/2000 du 9.5.2001, consid. 3c.; la jurisprudence a sauf erreur été inaugurée à l'arrêt 6S.874/1996 du 26.2.1997, consid. 2.

<sup>56</sup> Arrêt 6B\_378/2016 du 15.12.2016, consid. 2.3.

### A) *Le dommage sérieux et la personne de sensibilité moyenne*

Contrairement à ce qu'a retenu la jurisprudence valaisanne<sup>57</sup>, le fait que le destinataire d'une poursuite soit rompu aux affaires, aux procédures d'encaissement ou encore un avocat expérimenté n'a pas d'importance. Il importe également peu que le commandement de payer n'ait que peu de chances d'impressionner un agent d'affaires breveté<sup>58</sup>, un journaliste, un fonctionnaire<sup>59</sup> ou une personne qui serait «tout sauf une personne de sensibilité moyenne»<sup>60</sup>, notamment au regard de sa situation financière favorable, ou encore du fait qu'elle est assistée d'un avocat<sup>61</sup>. Ce dernier peut donc lui aussi être victime d'une tentative de contrainte<sup>62</sup>. Le critère de la personne de sensibilité moyenne est objectif, valable pour tous, quel que soit le degré de sensibilité effectif; il vise à fixer un degré minimum pour qu'un dommage puisse être considéré comme sérieux, étant entendu que tout dommage n'atteignant pas ce degré de sérieux serait sans pertinence pour une contrainte<sup>63</sup>.

Pour une personne de sensibilité moyenne, faire l'objet d'un commandement de payer d'une importante somme d'argent est, à l'instar d'une plainte pénale, une source de tourments et de poids psychologique, en raison des inconvénients découlant de la procédure de poursuite elle-même et de la perspective de devoir peut-être payer le montant en question. Un tel commandement de payer est ainsi en principe propre à inciter une personne de sensibilité moyenne à céder à la pression subie, donc à l'entraver d'une manière substantielle dans sa liberté de décision ou d'action. Utiliser un tel procédé comme moyen de pression est clairement abusif, donc illicite<sup>64</sup>. La possibilité de se défendre par la voie judiciaire contre le dommage dont on est menacé ne supprime pas le caractère sérieux de celui-ci<sup>65</sup>.

Ce critère ne saurait ainsi être considéré comme rempli pour une autorité comme une caisse de compensation, à qui on ne saurait prêter une sensibilité moyenne, celle-ci n'ayant pas à présenter un extrait délivré par l'office des poursuites pour obtenir certaines prestations ou à maintenir le crédit dont elle jouirait dans le domaine commercial<sup>66</sup>.

### B) *L'illicéité du but ou du moyen (nature et montant de la créance invoquée, contexte et démarches de validation)*

Faire notifier un commandement de payer à une personne est en soi licite et poursuit un but légitime. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque la somme d'argent réclamée ne repose sur rien. La créance déduite en poursuite ne doit pas être sans fondement<sup>67</sup>, ou purement artificielle, par exemple si la reconnaissance de dette dont découle le montant réclamé est un faux<sup>68</sup>. Il peut en revanche suffire qu'elle soit justifiée par un imbroglio entretenu par le débiteur autour de ses rapports contractuels<sup>69</sup>, ou si la situation juridique n'est pas d'une clarté indiscutable<sup>70</sup>. Dans cet examen, la décision de l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite, qui n'a pas pour

objet de trancher un litige entre des personnes, n'a en principe aucune portée: ne bénéficiant que d'une autorité de chose jugée matérielle restreinte à la seule procédure d'exécution forcée en cause, elle ne lie, *a fortiori*, pas le juge pénal<sup>71</sup>.

Au regard du *contexte*, si le juge de la mainlevée est saisi et retient que la créance invoquée «n'a aucun sens», le dépôt d'un nouveau commandement de payer pour la même cause est abusif et partant illicite<sup>72</sup>. Il en va de même si le poursuivant fait notifier plusieurs commandements de payer sur la même cause et pour des montants importants sans jamais demander la mainlevée de l'opposition ni la reconnaissance judiciaire de sa créance, ou encore qui procède treize ans après les faits en cause<sup>73</sup>. Par ailleurs, la réquisition en poursuite du montant maximum d'une possible créance, très rapidement après son fait générateur, couplée à l'absence de réaction au rejet de la requête de mainlevée, laisse planer des doutes sur la volonté du poursuivant d'obtenir un paiement au profit de l'intention de forcer de façon abusive le débiteur à accepter une solution transactionnelle d'un montant trente fois inférieur<sup>74</sup>. Un commandement de payer dressé pour des créances à première vue fondées sur des relations contractuelles préexistantes, même notifié dans une période proche d'une réunion visant à entrevoir des collaborations entre les deux entreprises, ne constitue pas un moyen de pression avec les effets et l'intensité requis<sup>75</sup>. Le but *d'interrompre la prescription* doit apparaître comme d'emblée infondé pour paraître illégitime et partant illicite<sup>76</sup>. Ainsi, le commandement de payer adressé à un témoin quelques 26 jours avant son audition, alors que le but allégué de l'interruption à la prescription n'apparaît de loin pas évident, apparaît aussi illicite<sup>77</sup>, comme celui dirigé contre l'organe de la partie adverse sans aucune raison faisant apparaître l'existence d'une créance

57 RVJ 2014 211, consid. 3.2.2 p. 215.

58 Arrêt 6B\_79/2016 du 2.6.2016, consid. 4.4.

59 AARP/517/2016 du 19.12.2016, consid. 2.2.

60 Arrêt 6B\_378/2016 du 15.12.2016, consid. 2.2.

61 CAPE/VD 2013/146 du 8.5.2013, consid. 3.2.1.

62 CAPE/VD 2012/248 du 17.12.2012, consid. 3.3.

63 Arrêt 6B\_378/2016 du 15.12.2016, consid. 2.2.

64 ATF 115 III 18, consid. 3 p. 20; arrêt 6B\_70/2016 du 2.6.2016, consid. 4.3.4 non publié in ATF 142 IV 315.

65 Arrêt 6B\_281/2013 du 16.7.2013, consid. 1.2.

66 CREP/VD 2014/511 du 8.4.2014, consid. 2c, confirmé par l'arrêt 6B\_750/2014 du 7.8.2015, consid. 1.1.2, qui a nié la qualité pour recourir à la caisse recourante.

67 Arrêt 6B\_416/2010 du 29.9.2010, consid. 2.

68 Arrêt 6B\_447/2014 du 30.10.2014, consid. 2.2.

69 CAPE/VD 2015/157 du 15.1.2015, consid. 4.2.

70 CAPE/VD 2015/343 du 3.9.2015, consid. 3.3.

71 Arrêt 6F\_14/2010 du 20.6.2011, consid. 2.4.

72 CCASS/VD 2009/57 du 26.3.2009, consid. 2.

73 AARP/517/2016 du 19.12.2016, consid. 2.1.2 et 2.2.

74 Arrêt 6B\_378/2016 du 15.12.2016, consid. 2.3; arrêt 6B\_447/2014 du 30.10.2014, consid. 2.2.

75 Arrêt de la Chambre pénale de Fribourg du 27.11.2014 (502 2014 202), consid. 2d.

76 CREP/VD 2012/311 du 21.3.2012, consid. 2.

77 RJN 2008 226, consid. 3 p. 231.

directe à son encontre<sup>78</sup>, ce qui n'est toutefois pas le cas si le poursuivi admet lui-même que sa responsabilité pourrait être engagée comme administrateur<sup>79</sup>. Il en va de même de la poursuite adressée au mandataire<sup>80</sup> de la partie adverse.

Le *montant* de la créance présente aussi une certaine importance dans l'appréciation des circonstances. Plus l'atteinte dont le poursuivant se prévaut est grande, moins on comprendra qu'il reste sans chercher à l'établir<sup>81</sup>. Ainsi, l'infraction de contrainte sera d'autant plus concevable si le commandement de payer porte sur une «somme énorme» non justifiée<sup>82</sup> ou complètement disproportionnée avec l'indemnité en tort moral raisonnablement exigible<sup>83</sup>, ou dépasse largement la créance – déjà douteuse – alléguée<sup>84</sup>; tel sera toutefois également le cas d'une somme 5000 fr., qui n'est en soi déjà pas anodine, et ne repose sur aucun fondement<sup>85</sup>. Si le montant de la poursuite apparaît avoir été fixé uniquement pour contrecarrer les prétentions de la partie adverse, le but poursuivi ne peut être légitime<sup>86</sup>. Lorsque la loi conditionne la récupération d'une créance à une amélioration de la situation financière du débiteur, comme en matière d'assistance juridique, le fonctionnaire qui fait notifier «automatiquement» à ce dernier une poursuite, tout en sachant que cette condition n'est pas réalisée, peut se rendre coupable de contrainte<sup>87</sup>.

### C) *L'identité du créancier*

Un homme rompu aux affaires, «professionnel de formation universitaire»<sup>88</sup>, ou encore associé-gérant responsable du domaine administratif<sup>89</sup>, ne peut prétendre ignorer les règles gouvernant le droit des poursuites pour s'exonérer de la responsabilité d'une poursuite injustifiée, même s'il n'est pas juriste et réside et travaille essentiellement à l'étranger<sup>90</sup>. Le fait que l'épouse du prévenu soit avocate de formation n'est pas plus pertinent, «l'obtention du brevet d'avocat n'offrant aucune garantie contre l'excès de confiance»<sup>91</sup>.

## IV. La situation de l'avocat

Cette analyse nous mène à l'examen de la situation concrète de l'avocat. En tant que victime, une poursuite dirigée contre un avocat – à plus forte raison lorsqu'elle est d'un montant très important – peut entraîner de désastreuses conséquences tant au niveau de sa réputation (risque de perte de clientèle, etc.) que de sa pratique professionnelle<sup>92</sup>. En tant qu'acteur, il est en outre aussi potentiellement exposé, tant sur le plan disciplinaire que pénal. Les deux domaines sont indépendants l'un de l'autre: le juge pénal ne saurait en effet se contenter de prendre acte d'une sanction disciplinaire prononcée si les conditions de l'art. 181 CP apparaissent par ailleurs réunies: il doit en pareil cas mener l'accusation jusqu'à son terme<sup>93</sup>.

### 1. *Les obligations déontologiques et disciplinaires*

L'avocat doit exercer sa profession avec soin et diligence (art. 12 let. a LLCA). Ce devoir n'implique toutefois pas

l'obligation d'interpeller préalablement le débiteur avant d'introduire une poursuite<sup>94</sup>, contrairement à la plupart des règles déontologiques cantonales<sup>95</sup>, qui l'imposaient pour la plupart jusqu'à l'entrée en vigueur de la LLCA<sup>96</sup>. À notre sens, il faudrait s'en tenir – sauf juste motif, bien évidemment – à la règle de l'interpellation préalable, qui permet soit d'éviter la nécessité de notifier un acte de poursuite (si une renonciation à la prescription est recherchée), soit encore de démontrer, même succinctement, la légitimité de la démarche. L'envoi d'une copie de la réquisition de poursuite à la partie poursuivie peut également être un moyen utile à cet égard.

En revanche, l'interdiction de s'adonner à des poursuites injustifiées découle incontestablement de cette obligation<sup>97</sup>; ainsi, l'avocat qui adresse un commandement de payer fantaisiste de 750 000 fr. au juge ayant instruit son divorce, indiquant comme cause de la créance «actes illicites, etc.», viole son devoir de diligence de façon objectivement grave et dans l'exercice de son activité professionnelle<sup>98</sup>.

### 2. *Au regard de l'art. 181 CP*

Juriste, l'avocat est présumé – et doit – pleinement mesurer les conséquences de ses actes. À l'instar de l'autorité administrative<sup>99</sup>, il doit d'abord faire attention à sa façon de s'adresser aux parties, la jurisprudence ayant tout récemment mis en évidence le danger d'écrits, antérieurs

78 SK2 13 12 (GR) du 17. 4. 2013, consid. 3c; CREP/VD 2012/761 du 5. 9. 2012.

79 CREP/VD 2012/311 du 21. 3. 2012, consid. 2.

80 Arrêt 6B\_70/2016 du 2. 6. 2016, consid. 4.4; CPEN.2012.74 (NE) du 5. 8. 2014, consid. 3.

81 AARP/517/2016 du 19. 12. 2016, consid. 2.2.

82 Arrêt 6S.853/2000 du 9. 5. 2001, consid. 4c.

83 AARP/517/2016 du 19. 12. 2016, consid. 2.2.

84 Arrêt 6B\_281/2013 du 16. 7. 2013, consid. 1.2.

85 CREP/VD 2016/237 du 24. 3. 2016, consid. 2.4.

86 Arrêt 6B\_416/2010 du 29. 9. 2010, consid. 1.2.5.

87 CREP/VD 2016/535 du 4. 8. 2016, consid. 3.2; CREP/VD 2015/581 du 3. 9. 2015, consid. 2.3.

88 CAPE/VD 2012/340 du 17. 12. 2012, consid. 4.2.

89 CPEN.2012.74 (NE) du 5. 8. 2014, consid. 3.

90 Arrêt 6B\_281/2013 du 16. 7. 2013, consid. 1.2.

91 CAPE/VD 2015/157 du 15. 1. 2015, consid. 4.2.

92 DCSO/134/2013 (GE) du 13. 6. 2013, consid. 2.2; BISchK 1991 111, consid. 5.

93 RJN 2008 226, consid. 3 p. 231.

94 ATF 130 II 271, consid. 3.3 p. 278.

95 À Genève, l'absence d'interpellation a été également jugée admissible, sans référence aux us et coutumes cantonaux ou fédéraux, sous réserve que ce fait ne relève d'une attitude abusive ou chicanière; l'avocat ferait toutefois preuve d'une «diligence plus appropriée» en précédant sa démarche d'un avertissement ou d'une invitation préalable à renoncer à la prescription (ATA/404/2006 [GE] du 26. 7. 2006, consid. 2d, résumé in RDAF 2007 I 227, p. 259).

96 MARCHAND, *op. cit.* (note 3), p. 54.

97 ATF 130 II 271, consid. 3.2.1 p. 278; MATTHIAS KUSTER, Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht in PJA 2004 1035, p. 1042.

98 ATA/124/2003 (GE) du 11. 3. 2003, consid. 5, résumé in RDAF 2007 I 227, p. 256.

99 CREP/VD 2016/535 du 4. 8. 2016, consid. 3.2.

ou postérieurs à l'envoi d'une poursuite, concrétisant la contrainte<sup>100</sup>.

S'il ressort de la procédure que l'avocat a effectué toutes les démarches liées au commandement de payer illicite, et que son client, dépourvu de connaissances juridiques, n'a fait que se fier aux conseils de son conseil s'agissant des démarches à entreprendre, seul l'avocat doit être poursuivi pénalement<sup>101</sup>.

L'avocat sera donc bien inspiré, sur le plan personnel d'abord, de veiller à ne pas signer de réquisitions de poursuite sans s'assurer préalablement de leur caractère fondé et défendable. À l'égard de son client ensuite, il conviendra qu'il le rende attentif aux risques existant en la matière, et, le cas échéant, le laisse procéder de lui-même à une poursuite qui lui apparaîtrait critiquable, et d'en faire part par écrit à son client.

## V. Conclusion

La protection contre les poursuites injustifiées ou malveillantes va connaître un renforcement sur les plans civil – par l'élargissement des droits d'action et de renseignement du poursuivi dans le domaine – et administratif – en tant que la publicité du registre des poursuites sera réglementée de façon plus proportionnée. Parallèlement, la jurisprudence développée en marge de l'art. 181 CP n'a jamais été aussi large, alors que son application ne devrait se limiter restrictivement qu'aux cas manifestes, s'imposant d'emblée, absolument indéfendables.

L'intérêt de l'approche binaire de notre analyse apparaît dès lors: si la faiblesse de la protection du poursuivi en droit civil a pu amener le Tribunal fédéral à élargir l'appli-

cation du droit pénal aux poursuites abusives, alors son renforcement devrait logiquement conduire ce dernier à revenir à une conception plus restrictive en la matière. C'est aussi le lieu de rappeler dans ce contexte que le principe de la subsidiarité du droit pénal veut qu'en principe il incombe au droit civil, prioritairement, d'aménager les rapports contractuels et extracontractuels entre les individus<sup>102</sup>.


La position de l'avocat, que ce soit en tant que représentant d'une partie, créancier ou même victime d'une poursuite malveillante, implique un devoir de précaution et de diligence particulièrement accru. Faut-il recommander à l'avocat de faire signer au client la réquisition de poursuite, à l'instar de la plainte pénale, voire également une décharge? Les conditions du mandat doivent-elle prévoir une réglementation à ce sujet en cas de poursuite contre l'avocat? Une réponse affirmative à ces questions s'impose sans doute. Une chose est sûre: une réquisition de poursuite est un acte qui peut être lourd de conséquences – pour son destinataire comme pour son auteur.

<sup>100</sup> Arrêt 6B\_378/2016 du 15.12.2016, consid. 2.3: évocation d'une prochaine saisie du salaire: «votre employeur ne manquera pas d'apprécier», promesse de renouveler les poursuites chaque mois «sous suite de frais et dépens»; évocation d'actions en justice, dont un séquestre. En s'adressant de cette façon à la poursuivie puis en lui notifiant un commandement de payer portant sur la créance maximale, l'avocat a démontré son intention de contraindre celle-ci à accepter le règlement amiable proposé.

<sup>101</sup> RJN 2008 226, consid. 3 p. 231.


<sup>102</sup> ATF 141 IV 71, consid. 7 p. 75.

Executive M.B.L.-HSG



University of St. Gallen

St.Gallen   Zurich   Frankfurt a.M.   Luxembourg   Brussels   New York   Harvard   Shanghai   Tokyo   Austin




"From insight to impact" 

Executive Master of European and International Business Law E.M.B.L.-HSG

- 18-month part-time program
- 9 modules, 9 different program locations in Europe, the U.S. and Asia
- Teaching language: English
- Academic title (Executive Master of European and International Business Law E.M.B.L.-HSG)

Application deadline: 31 May 2017

Program start: 12 June 2017

+41 (0) 71 224 28 66 | mblhsg@unisg.ch | www.mbl.unisg.ch