

ad 09.530

Initiative parlementaire
Annulation des commandements de payer injustifiés

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national
du 19 février 2015

Avis du Conseil fédéral

du 1^{er} juillet 2015

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l’art. 112, al. 3, de la loi sur le Parlement, nous vous soumettons ci-après notre avis concernant le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 19 février 2015 relatif à l’initiative parlementaire Abate 09.530 «Annulation des commandements de payer injustifiés»¹.

Nous vous prions d’agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l’assurance de notre haute considération.

1^{er} juillet 2015

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Avis

1 Contexte

Le 11 décembre 2009, Fabio Abate, qui était alors conseiller national, a déposé une initiative parlementaire visant à modifier la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)¹, et notamment son art. 85a, afin de créer les conditions pour que les commandements de payer injustifiés soient annulés rapidement. L'objectif est de protéger les intérêts de ceux qui intentent une action en libération de dette parce que celle-ci n'a jamais existé ou qu'elle est éteinte.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a décidé de donner suite à l'initiative le 15 octobre 2010. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) en a fait de même le 5 mai 2011.

La CAJ-N a ensuite institué une sous-commission chargée de préparer un avant-projet de modification de la LP. Adopté par la CAJ-N le 25 avril 2013, cet avant-projet a été envoyé en consultation du 3 juin au 20 septembre 2013. Prenant acte des résultats de cette consultation², la CAJ-N a remanié son avant-projet et adopté un projet d'acte accompagné d'un rapport le 19 février 2015.

Par une lettre du président de la CAJ-N du 20 février 2015, le projet d'acte et le rapport l'accompagnant ont été transmis au Conseil fédéral pour avis, conformément à l'art. 112, al. 3, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement³.

2 Avis du Conseil fédéral

2.1 Généralités

2.1.1 Réquisition de poursuite

Le droit suisse en matière d'exécution forcée se distingue par le fait que la poursuite peut être introduite sans aucun contrôle préalable. Il suffit d'adresser à l'office compétent, par écrit ou verbalement, une réquisition de poursuite contenant les informations prévues à l'art. 67 LP. Le créancier qui requiert la poursuite doit par ailleurs en avancer les frais (art. 68, al. 1, 2^e phrase, LP). C'est l'ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP)⁴ qui fixe les montants des émoluments et débours, notamment son art. 16, en lien avec son art. 13. Ce n'est que dans un deuxième temps, si le poursuivi forme opposition et si le poursuivant décide de saisir le tribunal pour faire annuler l'opposition, que l'objet de la poursuite est examiné.

L'avantage de ce système est qu'une grande partie des procédures d'exécution forcée peuvent être menées à bien sans l'intervention d'un tribunal, avec un minimum de travail administratif. Comme une opposition n'est formée que pour une

¹ RS 281.1

² La synthèse des résultats de la consultation peut être consultée sous www.parlement.ch > Documentation > Rapports > Procédures de consultation > 09.530 Iv.pa. Annulation des commandements de payer injustifiés.

³ RS 171.10

⁴ RS 281.35

infime proportion des poursuites, la plupart des procédures peuvent être traitées de bout en bout par les offices des poursuites.

Conformément à l'art. 67, al. 1, ch. 4, LP, la réquisition de poursuite doit énoncer le titre de la créance, mais l'office des poursuites n'a pas le droit de vérifier la validité de ce titre. A défaut de titre, il suffit de mentionner la cause de l'obligation.

L'absence de contrôle préalable de l'existence de la créance fondant la poursuite fait qu'une réquisition de poursuite peut être introduite même en l'absence de toute créance, ou pour un montant plus élevé que celui de la somme effectivement due. Des poursuites peuvent aussi être engagées en tout temps pour des créances contestées (à tort ou à raison).

2.1.2 Poursuites injustifiées

L'initiative parlementaire 09.530 entend améliorer les choses dans le cas de poursuites abusives ou du moins injustifiées. Deux cas de figure doivent être distingués:

- Le premier est celui des *poursuites par pure malveillance*, engagées par un poursuivant sachant pertinemment que la créance n'a aucune existence. De tels cas sont cependant assez rares.
- Le second cas de figure, plus fréquent, est celui de poursuites concernant une créance partiellement ou entièrement contestée. Ici, le créancier est le plus souvent de bonne foi et considère que la créance pécuniaire qui est l'objet de la poursuite est réellement due, même si le débiteur poursuivi la conteste ou qu'il apparaît, en fin de compte, que le montant réclamé n'est pas dû ou n'est dû qu'en partie. Si la créance n'est contestée qu'en partie, par exemple parce que le créancier fait valoir des frais de recouvrement excessifs, la poursuite ne peut pas être considérée comme injustifiée, du moins pas aussi longtemps que le montant non contesté de la créance n'a pas été payé.

2.1.3 Extrait du registre des poursuites

En vertu de l'art. 8a, al. 1, LP, toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits, à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable. Dans la pratique, c'est en particulier le document dit *extrait du registre des poursuites* qui est devenu la norme. Depuis le 1^{er} mai 2014, il existe également un extrait simple, défini par une instruction du Service de haute surveillance en matière de poursuite et faillite de l'Office fédéral de la justice (OFJ)⁵.

L'extrait du registre des poursuites mentionne toutes les poursuites engagées contre une personne donnée au cours des cinq dernières années dans l'arrondissement de poursuite concerné, que les créances sur lesquelles portent les poursuites existent réellement ou non, ou qu'elles soient ou non contestées. Comme des poursuites

⁵ Instruction n° 1 du Service de haute surveillance en matière de poursuite et faillite, du 15 avril 2014, concernant l'extrait simple, consultable sur le site de l'OFJ www.ofj.admin.ch > Economie > Poursuite pour dettes et faillite > Instructions.

peuvent être requises sans preuve matérielle de l'existence d'une créance, il s'ensuit que le registre des poursuites fait également état de poursuites abusives, qui sont ainsi portées à la connaissance de tiers.

Le but du registre des poursuites est, d'une part, de fournir à des tiers intéressés des renseignements sur la solvabilité d'une personne et sur sa morale de paiement. Les intérêts de la personne poursuivie doivent cependant aussi être pris en compte et les renseignements du registre des poursuites ne doivent pas donner une fausse impression de sa solvabilité, ni être accessibles à n'importe qui⁶. Dans son message du 8 mai 1991 concernant la révision de la LP⁷, le Conseil fédéral écrivait déjà que la communication de renseignements relatifs à la situation financière ou aux habitudes de paiement de la personne visée touchait cette dernière dans sa réputation économique, ce qui pouvait lui causer de graves préjudices dans les relations juridiques quotidiennes, surtout en cas de conjoncture étroite du marché (par ex. marché du logement). Il ajoutait que la communication de renseignements qu'exige la protection du patrimoine devait de ce fait être en principe limitée aux seules inscriptions qui attestent de façon certaine et pertinente une situation périlleuse, et que les faits devaient indiquer la présence d'un danger essentiel pour le patrimoine d'un futur partenaire commercial, puisque la communication des renseignements est susceptible de causer des préjudices considérables à la personne visée. Néanmoins, le Conseil fédéral estimait que le principe de la communication des seuls renseignements relatifs à des situations périlleuses n'était pas applicable aux poursuites en cours, car, dans un Etat de droit, les procédures pendantes revêtent en principe un caractère public et sont dès lors accessibles aux tiers qui peuvent se prévaloir d'un intérêt suffisant. Il admettait néanmoins que cette exception allait assez loin puisque, dans une poursuite en cours, il n'est pas encore établi que le débiteur présente effectivement un «danger» (par ex. parce qu'il est insolvable).

Le Tribunal fédéral a désormais lui aussi admis que l'état de la législation sur ce point était peu satisfaisant et pouvait causer d'importants préjudices à une personne poursuivie à tort (par ex. pour la conclusion d'un contrat de location, une demande de crédit ou une recherche d'emploi)⁸. Il a donc décidé, il y a quelques mois, que l'intérêt à la constatation requis pour l'introduction d'une action en constatation négative devait être présumé, eu égard aux conséquences importantes de l'inscription au registre⁹.

2.1.4 Moyens de se défendre contre des poursuites injustifiées

Le rapport de la CAJ-N du 19 janvier 2015 présente en détail les moyens dont dispose une personne poursuivie, en vertu du droit actuel, pour faire valoir ses droits en cas de poursuite injustifiée. Le Conseil fédéral partage l'avis de la CAJ-N selon lequel ces moyens de droit sont insuffisants, notamment parce qu'ils nécessitent un effort relativement important. Il y a donc lieu selon lui de modifier la loi rapidement.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_414/2014 du 16 janvier 2015, consid. 2.6.1.1.

⁷ FF 1991 III 1 ss, 35

⁸ F 4A_414/2014 du 16 janvier 2015, consid. 2.6.2.

⁹ ATF 4A_414/2014 du 16 janvier 2015, consid. 2.6.1.2.

2.1.5

Précédentes tentatives de révision

Il convient de rappeler, dans ce contexte, l'initiative parlementaire 04.467¹⁰, qui visait à modifier la LP «afin que les poursuites périmées ne soient plus portées à la connaissance de tiers». Les commissions des affaires juridiques des deux conseils avaient commencé par donner suite à l'initiative, mais la CAJ-E, après une analyse approfondie, était arrivée à la conclusion que «le droit en vigueur [était] suffisamment différencié et [constituait] un compromis équilibré entre la protection des créanciers et du public d'une part et la protection des données et des débiteurs d'autre part»¹¹. La CAJ-E a donc considéré qu'il n'y avait pas lieu de légiférer et a proposé à son conseil de classer l'initiative parlementaire, ce qui fut fait le 19 décembre 2007.

2.1.6

Le projet de la CAJ-N

Le projet présenté par la CAJ-N le 19 février 2015 propose d'introduire différentes mesures. Le cœur du projet est un nouvel art. 8b P-LP, introduisant un nouveau moyen de droit permettant, dans certaines circonstances et sur demande du poursuivi, de renoncer à porter une poursuite à la connaissance de tiers. Selon le projet, la poursuite ne serait portée à la connaissance de tiers que si l'une au moins des trois conditions prévues à l'art. 8b, al. 2, P-LP est remplie: (1) dans les six derniers mois, le débiteur a fait l'objet de poursuites de la part d'au moins deux autres créanciers auprès du même office, (2) dans les douze derniers mois, une poursuite contre le débiteur a été continuée auprès du même office, ou (3) dans les douze derniers mois, une créance faisant l'objet d'une poursuite a été acquittée par un paiement à l'office des poursuites et le créancier n'a pas retiré la poursuite. La procédure ainsi créée serait rapide, simple et économique.

Une minorité de la CAJ-N propose quant à elle de ne pas adopter ce nouvel art. 8b P-LP et de se limiter à modifier l'art. 73 LP. Il s'agirait d'étendre le droit d'information actuel du débiteur qui, lorsqu'il demande que le créancier soit sommé de présenter les moyens de preuve afférents à la créance, pourrait aussi demander que la poursuite ne soit pas portée à la connaissance de tiers tant que le créancier ne s'est pas exécuté. En outre, la poursuite serait «radiée» lorsqu'il ressortirait de la réponse du poursuivant qu'il ne peut se prévaloir d'aucun intérêt digne de protection.

Le projet de la CAJ-N contient trois autres nouveautés.

- La majorité de la CAJ-N propose de modifier l'art. 73 LP pour que la présentation des moyens de preuve puisse être demandée «en tout temps», et non seulement, comme dans le droit actuel, avant l'expiration du délai d'opposition. Le poursuivi pourrait en outre demander que le créancier présente une récapitulation de tous ses droits à l'égard du débiteur.

¹⁰ 04.467 Iv.pa. Studer Jean, Absence de publicité pour les poursuites périmées.

¹¹ 04.467 467 Iv.pa. Studer Jean, Absence de publicité pour les poursuites périmées, rapport de la Commission des affaires juridiques du 6 novembre 2007, p. 3.

- L’art. 85a LP serait modifié pour que l’action en constatation de droit que cette disposition prévoit puisse aussi être ouverte si le débiteur a formé opposition à la poursuite. Le but de cette modification est de corriger la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point, jugée insatisfaisante.
- Enfin le délai prévu à l’art. 88, al. 2, LP serait ramené de douze à six mois.

2.2 Evaluation du projet de la CAJ-N

Le projet de la CAJ-N propose de résoudre le problème des poursuites injustifiées en faisant en sorte que certaines poursuites, dans certaines circonstances et à la demande du poursuivi, ne soient plus portées à la connaissance de tiers. Les conditions posées sont de nature formelle et pourraient donc être vérifiées assez facilement par les offices des poursuites. Un examen au fond de la créance en poursuite n’est en revanche pas prévu. L’approche choisie est certainement judicieuse, d’autant que les poursuites injustifiées disparaîtraient rapidement de l’extrait, ce qui permettrait d’assurer une protection optimale des intérêts des personnes poursuivies injustement.

Trois inconvénients viennent toutefois contrebalancer ces avantages:

- D’abord, le système proposé semble relativement compliqué, ce qui a d’ailleurs été relevé de diverses parts lors de la consultation. Au départ, une poursuite pourrait, dès le moment de sa réquisition, être portée à la connaissance de tiers. Ensuite, sur demande du poursuivi – et pour autant que les conditions soient remplies – elle ne figurerait plus, pour un temps, sur les extraits du registre. S’il apparaissait par la suite que d’autres poursuites ont été engagées contre le débiteur, la poursuite contestée serait à nouveau mentionnée sur les extraits du registre.
- Ensuite, le nouveau système entraînerait une charge de travail supplémentaire pour les offices des poursuites, l’établissement d’un extrait devenant plus complexe que dans le droit en vigueur.
- Enfin, il faut noter que la solution proposée ferait disparaître de l’extrait du registre non seulement des poursuites injustifiées, mais aussi des poursuites légitimes, ce qui pourrait diminuer de manière générale la valeur informative des extraits.

La plupart des cantons, de même que de nombreux autres participants à la consultation, se sont exprimés de manière critique sur l’avant-projet de la CAJ-N.

La proposition de la minorité de la commission présente elle aussi quelques inconvénients. Il n’appartient pas aux offices des poursuites de décider s’il existe ou non un intérêt digne de protection à une poursuite. Les employés des offices des poursuites ne sont pas qualifiés pour prendre une décision de cette ampleur. On ne voit pas, en particulier, quelle distinction doit être faite entre les motifs de nullité de la poursuite selon le droit en vigueur (art. 22 LP) et la notion d’absence d’un «intérêt digne de protection» proposée par la minorité.

2.3

Autres solutions envisageables

Comme il a été dit plus haut, le Conseil fédéral a conscience du problème que posent les poursuites injustifiées et considère que la nécessité de modifier la législation a été démontrée. Il partage l'opinion de la CAJ-N selon laquelle la procédure à introduire pour l'élimination des poursuites injustifiées doit être aussi schématique que possible. Il ne convient pas, en particulier, de charger les offices des poursuites de vérifier sur le fond l'existence de la créance poursuivie, du moins tant qu'il n'existe pas de motif de nullité au sens de l'art. 22 LP.

Si l'on veut tenir compte davantage des critiques exprimées lors de la procédure de consultation, on pourrait, de l'avis du Conseil fédéral, envisager une solution dans laquelle les poursuites contre lesquelles le poursuivi a formé opposition n'apparaîtraient plus, à la demande de celui-ci, dans l'extrait du registre lorsque le poursuivant a laissé expirer un certain délai à compter de la notification du commandement de payer (par ex. trois ou six mois) sans l'utiliser. Le résultat serait que, sans réaction du créancier, une poursuite injustifiée pourrait être éliminée de l'extrait du registre une fois ce délai écoulé.

Cette approche n'est pas nouvelle. Dans son commentaire de 1999, Gilliéron a ainsi proposé que le poursuivi puisse solliciter l'office des poursuites compétent d'impartir au créancier un délai de dix jours pour ouvrir une action en constatation de la créance ou pour requérir la mainlevée de l'opposition. A défaut, la poursuite serait considérée comme retirée et n'apparaîtrait plus dans l'extrait du registre¹².

En 2002, le Tribunal fédéral s'était penché de manière approfondie sur cet avis de doctrine et avait qualifié la solution proposée de «simple, rapide et moins onéreuse»¹³. Il avait cependant conclu que cette solution ne pouvait être admise dans le droit actuel, car elle allait manifestement au-delà de la volonté du législateur en introduisant une voie de droit supplémentaire, que celui-ci aurait pu prévoir s'il l'avait voulu¹⁴.

Il est intéressant de constater que divers participants à la consultation relative à l'avant-projet de la CAJ-N sur l'initiative parlementaire 09.530 se sont prononcés pour une solution allant dans ce sens. Plusieurs d'entre eux se sont explicitement référés à Gilliéron, notamment les cantons de Fribourg, Genève et Neuchâtel. D'autres ont proposé qu'à tout le moins, les poursuites soient radiées lorsque le créancier laisse expirer le délai prévu à l'art. 88, al. 2, LP sans requérir la continuation de la poursuite (cantons de Thurgovie, d'Obwald, de Vaud et de Zoug; Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana, Centre patronal, économiques, Hauseigentümergebund Schweiz, Stiftung für Konsumentenschutz, Union des villes suisses, Union suisse des fiduciaires, Université de Berne, Association suisse des sociétés fiduciaires de recouvrement, Verband der Friedensrichter und Friedensrichterinnen des Kantons Zürich).

¹² Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Volume I: Partie générale. Titres premier et deuxième. Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 85a N 19 s.

¹³ ATF 128 III 334, 335

¹⁴ ATF 128 III 334 ss

2.4 Raccourcissement du délai prévu à l’art. 88, al. 2, LP

Le projet de la CAJ-N prévoit de raccourcir le délai prévu à l’art. 88, al. 2, LP de douze à six mois. Cette proposition paraît problématique. Un délai raccourci pourrait en effet dans certaines circonstances obliger un créancier à requérir plus rapidement une faillite ou la continuation de la poursuite, empêchant ainsi une solution passant par le remboursement de la dette ou par une transaction judiciaire, ce qui ne serait pas dans l’intérêt du débiteur. Le Conseil fédéral considère dès lors que la modification proposée de l’art. 88, al. 2, LP n’est pas opportune et ne contribuerait pas à régler la question de l’exactitude des extraits du registre des poursuites.

3 Propositions du Conseil fédéral

3.1 Art. 8b P-LP

Le Conseil fédéral renonce à faire une proposition concrète concernant l’art. 8b que la CAJ-N suggère de créer. Cet article constituerait selon lui une manière adaptée et proportionnée de régler les problèmes décrits plus haut. Il serait également possible d’intégrer une nouvelle disposition à la loi, selon laquelle une poursuite ne serait plus portée à la connaissance de tiers si le débiteur a fait opposition et que le créancier n’a rien entrepris dans un certain délai pour faire lever cette opposition.

3.2 Autres dispositions

Le Conseil fédéral propose de rejeter la proposition de la majorité de la commission relative à l’art. 88, al. 2, P-LP. Il propose d’adopter les propositions de la majorité concernant les art. 73 et 85a P-LP.