



Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement

Rapport du Conseil fédéral en exécution du
postulat Comte 12.3641 du 15 juin 2012

du 22 mars 2017

Table des matières

1	Mandat	3
2	Critique des pratiques des sociétés de recouvrement	4
3	Règles en vigueur dans le domaine du recouvrement	5
3.1	Règles visant l'activité	5
3.2	Règles visant les personnes	6
3.3	Autorégulation.....	7
3.3.1	Suisse	7
3.3.2	Europe.....	8
4	Analyse des pratiques critiquées	9
4.1	Frais de recouvrement ("dommage supplémentaire résultant de la demeure")	9
4.1.1	Bases légales	9
4.1.2	La demeure du débiteur et ses conséquences juridiques	10
4.1.3	Le dommage supplémentaire résultant de la demeure au sens de l'art. 106 CO en particulier.....	11
4.1.3.1	<i>Généralités</i>	11
4.1.3.2	<i>Types de dommages</i>	12
4.1.3.3	<i>Preuve du dommage</i>	14
4.1.4	Art. 27 LP et mise à la charge du débiteur	15
4.1.5	Résultat	17
4.2	Pression excessive	17
4.2.1	Généralités	17
4.2.2	Harcèlement par téléphone ou par d'autres moyens de communication ...	18
4.2.3	Menace de plainte sans motifs sérieux	18
4.2.4	Menace de visite sur le lieu de travail et de prise de contact avec des amis ou des connaissances.....	19
4.2.5	Menace d'inscription dans une banque de données de solvabilité ou de transfert des données à une telle banque	19
4.3	Absence de consentement à la radiation du registre des poursuites.....	20
4.4	Difficulté à apprécier si les prétentions de la société de recouvrement sont justifiées et ce qu'il advient des données du débiteur	21
4.4.1	Remarque liminaire	21
4.4.2	Evaluation du caractère justifié des prétentions	22
4.4.3	Traitement des données du débiteur	23
4.5	Tentatives de recouvrement de créances prescrites	24
4.6	Refus de la société de recouvrement de détruire le dossier	24
5	Droit comparé	25
5.1	Droit européen	25
5.2	Droit national étranger	26
6	Discussion	28

Condensé

Le postulat Comte 12.3641 "Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement" du 15 juin 2012 charge le Conseil fédéral d'étudier la nécessité de réglementer les méthodes des sociétés actives dans l'encaissement de dettes, que les organisations de protection des consommateurs, les centres de consultation pour personnes endettées et les médias critiquent régulièrement.

L'une des critiques les plus fréquemment exprimées concerne la facturation des frais de recouvrement au débiteur. Les recherches sur la question montrent que cela n'est pas sans poser de difficultés juridiques, mais qu'un tribunal est tout à fait à même de les régler en appliquant les principes généraux du droit des obligations. Il faut préférer cette approche au cas par cas à une réglementation générale et abstraite qui amènerait de nouveaux problèmes.

Le droit pénal et le droit de la protection des données permettent aussi de contrer certaines pratiques inappropriées des sociétés de recouvrement et de punir celles qui exercent une pression excessive et franchissent les limites de la contrainte.

Etant donné les moyens existants, il serait contraire au principe de la proportionnalité d'adopter une réglementation globale pour la branche du recouvrement (par ex. en mettant en place des procédures d'autorisation et des obligations de diligence). Quelques points de détail pourraient être réglés au besoin dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale.

1 Mandat

Le postulat Comte 12.3641 "Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement" du 15 juin 2012 attribue le mandat suivant au Conseil fédéral:

"Le Conseil fédéral est chargé d'étudier la nécessité d'un meilleur encadrement des pratiques des maisons de recouvrement, notamment par le biais de l'introduction de limites claires en matière de méthodes utilisables pour obtenir le remboursement par les débiteurs. Il étudiera aussi l'interdiction de report des frais de gestion sur les débiteurs".

Le développement du postulat expose les arguments ci-après:

"Pour certaines maisons de recouvrement, la fin justifie les moyens. Il n'est en effet pas rare qu'elles usent de procédés à la limite de la légalité pour obtenir le remboursement de la créance qui leur a été cédée. Le harcèlement peut non seulement s'opérer via le téléphone, les sms, les mails, mais aussi au travers de lettres de menaces. Le débiteur est démuni face à la toute-puissance que s'octroient lesdites sociétés dans un contexte où leurs agissements ne sont que peu surveillés. Il y a dès lors lieu de se demander s'il n'est pas nécessaire de mieux encadrer les activités de ces sociétés et les méthodes qu'elles utilisent, en mettant en place un cadre clair et en prohibant le recours à des méthodes indignes d'une société de droit: harcèlement de tout ordre, lettres de menaces, contraintes, etc. Il en va de même de la pratique très répandue chez les maisons de recouvrement de réclamer des frais directement au débiteur. Le recours à une maison de recouvrement n'étant pas une étape obligée pour le créancier qui veut récupérer son dû, mais un choix de celui-ci, il n'y a guère de raison que le débiteur soit tenu d'en assumer les frais administratifs".

Le Conseil des Etats, suivant la proposition du Conseil fédéral, a adopté le postulat le 27 novembre 2012 à l'unanimité¹.

2 Critique des pratiques des sociétés de recouvrement

Les centres de consultation pour personnes endettées, les organisations de protection des consommateurs et les médias décrivent régulièrement les pratiques des sociétés de recouvrement subies par les débiteurs². Ils critiquent généralement les méthodes employées, dont ils considèrent certaines comme juridiquement problématiques, si ce n'est illicites³. Un sondage réalisé par la Fédération romande des consommateurs (FRC) auprès de quatorze organisations de Suisse romande et du Tessin défendant les intérêts des débiteurs illustre ces aspects. Après avoir pris en compte les avis de neuf sociétés de recouvrement⁴, le FRC a listé par ordre de priorité les quatre principaux motifs de récriminations en rapport avec les pratiques de ces sociétés:

- frais de recouvrement excessifs et injustifiés;
- pression disproportionnée exercée notamment par le biais de lettres utilisant le ton de l'intimidation;
- absence de consentement à la radiation de la poursuite;
- difficulté d'apprécier si les prétentions de la société de recouvrement sont justifiées et de savoir ce qu'il advient des données du débiteur.

L'examen de détail des opinions exposées lors du sondage laisse apparaître d'autres motifs de mécontentement et des précisions concernant les méthodes employées, à savoir:

- menaces d'inscription ou de transmission des données à une banque de données de solvabilité;
- harcèlement par téléphone, SMS ou d'autres services de messagerie (par ex. WhatsApp);
- visites sur le lieu de travail;
- tentatives de recouvrement de créances prescrites;
- refus d'éliminer le dossier.

Nombre de ces éléments figurent dans le développement du postulat qui a conduit à l'élaboration du présent rapport. Ce dernier commence par un bref aperçu des règles en vigueur dans le domaine du recouvrement, puis analyse la réglementation applicable aux méthodes critiquées, avant d'esquisser les mesures législatives envisageables en vue de combler les éventuelles lacunes.

Il faut rappeler à cet égard que l'activité de recouvrement est par nature plus ou moins désagréable pour le débiteur et ne manque pas de susciter des réactions négatives. La

¹ BO 2012 E 925

² Voir par exemple: GABRIELA BAUMGARTNER/DORIS HUBER, Die furchterregenden Methoden der Geldeintreiber, Beobachter 3/2009, 5 février 2009; ALLIANCE DES ORGANISATIONS DES CONSOMMATEURS, Doléances nationales des consommateurs 2016, communiqué de presse du 5 décembre 2016 (les frais disproportionnés des maisons de recouvrement figurent à la 4^e place); STEPHAN HEINIGER, Die zehn grössten Ärgernisse des Jahres, K-Tipp, n° 1 du 13 janvier 2016, pp. 28 s. (les sociétés de recouvrement malhonnêtes apparaissent à la 3^e place des sources d'agacement des Suisses en 2015); SALOME MÜLLER, Das Geschäft mit der Angst, Tagesanzeiger du 6 janvier 2016, p. 12; STIFTUNG FÜR KONSUMENTENSCHUTZ, Das Ärgernis 2014: Unerlaubte Inkassoforderungen, communiqué du 7 décembre 2014; STIFTUNG FÜR KONSUMENTENSCHUTZ, "Hitparade" der Konsumentenbeschwerden, communiqué du 3 février 2013 (les créances injustifiées des sociétés de recouvrement apparaissent à la 3^e place).

³ Voir MICHAEL KRAMPF, Fünf Gründe gegen den "Verzugsschaden", plädoyer 2/2015, pp. 40 s.

⁴ Pour plus de détails, consulter le magazine frc mieux choisir, n° 58, mai 2013, pp. 12 ss, consultable à l'adresse <http://www.frc.ch/articles/a-quand-la-fin-des-methodes-de-cow-boys%E2%80%89/> (consulté le 24 janvier 2017).

tâche du législateur, pris en étau entre les intérêts légitimes du créancier et la nécessité de protéger le débiteur d'une pression disproportionnée, n'est pas simple.

3 Règles en vigueur dans le domaine du recouvrement

3.1 Règles visant l'activité

Les règles en vigueur dans le domaine du recouvrement visent d'une part l'activité et d'autre part les personnes actives dans le domaine. Lorsque *l'activité* est prise pour objet, le recouvrement désigne la perception de sommes d'argent dues⁵. Ces règles sont les mêmes que l'activité de recouvrement soit exercée à titre professionnel ou non.

Le recouvrement se subdivise en plusieurs phases, qui n'interviennent pas forcément toutes dans un cas d'espèce⁶:

1. procédure de rappel;
2. procédure de poursuite selon la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁷;
3. procédure judiciaire;
4. réalisation de créances constatées par un acte de défaut de biens.

Les méthodes évoquées dans le postulat concernent essentiellement la procédure de rappel, mais elles sont employées également lors de la réalisation des créances constatées par un acte de défaut de biens. La procédure de rappel peut aussi être appelée *recouvrement avant poursuite*. Le droit suisse ne comporte pas de règles exhaustives et systématiques en la matière. Différentes dispositions régissent certains aspects du recouvrement avant poursuite, notamment les art. 103 ss du code des obligations (CO)⁸, dont il sera question en rapport avec le dommage supplémentaire résultant de la demeure (voir le ch. 4.1).

La poursuite et la procédure judiciaire, mais aussi en partie la réalisation de créances constatées par un acte de défaut de biens, font toujours intervenir une autorité administrative (office des poursuites ou des faillites) ou un tribunal, raison pour laquelle on parle de *recouvrement par voie juridique*⁹. Contrairement au recouvrement avant poursuite, ces phases sont réglées dans le détail dans la loi, principalement dans la LP et dans le code de procédure civile (CPC)¹⁰, mais aussi dans les ordonnances d'exécution et divers traités internationaux. Ces dispositions ne sont pas l'objet du présent rapport.

L'activité de recouvrement, comme toute autre activité, est aussi soumise à des dispositions générales, telles que celles relatives au traitement des données personnelles figurant dans la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹¹. Les méthodes employées doivent en outre s'inscrire dans les limites fixées par le code pénal (CP)¹². Par exemple, la société de recouvrement ne peut pas contraindre le débiteur à s'acquitter de ses dettes (art. 181 CP). Certaines pratiques de recouvrement peuvent entraîner des violations de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹³. Le recouvrement d'une créance peut être déloyal notamment si le contrat de base a été conclu

⁵ Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Association Henri Capitant, 8^e édition mise à jour, 2007, Paris.

⁶ Voir RAOUL EGELI, Gläubiger Schutz Recht Transparent, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 174 s.

⁷ RS 281.1

⁸ RS 220

⁹ On peut faire une distinction encore plus poussée en séparant le recouvrement par voie juridique proprement dit (procédure de poursuite) du recouvrement judiciaire et du recouvrement d'actes de défaut de biens; voir EGELI (note de bas de page 6), p. 175.

¹⁰ RS 272

¹¹ RS 235.1

¹² RS 311.0

¹³ RS 241

de manière déloyale (art. 2 LCD)¹⁴. Il peut aussi y avoir violation de la LCD lorsque la société de recouvrement donne des indications fallacieuses aux créanciers ou au public sur ses pouvoirs (art. 3, let. b, LCD) et se procure par là-même un avantage sur ses concurrents.

3.2 Règles visant les personnes

Les règles applicables au recouvrement peuvent aussi viser *les personnes* qui fournissent à titre professionnel les services de perception des sommes dues. Le droit en vigueur ne comporte pas de règles exhaustives et systématiques en la matière, ni ne prévoit de surveillance de l'Etat. En principe, chacun est autorisé à proposer des services de recouvrement en usant de la liberté économique et de la liberté de contracter.

Ces services sont généralement fournis par des *maisons de recouvrement*. Elles sont les seules mentionnées dans le postulat Comte. Mais d'autres entreprises, par exemple des sociétés fiduciaires ou des bureaux d'avocats, sont actives dans le secteur. Il ne semble pas que ces dernières fassent l'objet de critiques dans le contexte étudié, si bien que le présent rapport se concentre sur les maisons de recouvrement, aussi appelées sociétés de recouvrement. On emploiera cette dénomination dans la suite du rapport, et ce quelle que soit la forme juridique du prestataire (entreprise individuelle, personne morale, etc.). Le droit fédéral, contrairement à ce qu'il prévoit pour les dénominations de "banque"¹⁵ ou de "fonds d'investissement"¹⁶, ne protège pas la dénomination "société de recouvrement" ni aucune autre dénomination semblable. Les principes généraux de formation des raisons de commerce¹⁷ et les dispositions relatives à la concurrence déloyale s'appliquent.

La liberté économique précédemment évoquée ne s'applique pas de manière illimitée. La principale restriction résulte de l'art. 27 LP relatif à la *représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée*, encore en vigueur jusqu'à fin 2017. Le Parlement a adopté le 25 septembre 2015 un assouplissement de cette disposition qui permettra à toutes les personnes ayant l'exercice des droits civils d'exercer une représentation professionnelle dans les procédures d'exécution forcée à compter du 1^{er} janvier 2018 (pour de plus amples détails concernant cette disposition, voir le ch. 4.1.4).

La société de recouvrement n'est pas considérée comme un intermédiaire financier, si bien que la *législation sur le blanchiment d'argent* n'est pas applicable¹⁸.

Le recouvrement peut aussi être régi par des lois cantonales, dans le respect du principe de la liberté économique (art. 27 et 94 de la Constitution [Cst.])¹⁹. Certains cantons encadrent ainsi les professions d'agent d'affaires ou d'agent juridique (Zurich, Genève, Vaud, St-Gall) ou encore d'agent fiduciaire (Tessin), professions qui ont des liens avec le recouvrement²⁰:

- Dans le canton de Zurich, un agent d'affaires est une personne qui recouvre les créances de tiers contre rémunération²¹; il exerce sa profession sans autorisation, mais l'autorité compétente peut lui interdire d'exercer dans certains cas.

¹⁴ Voir l'ATF 136 III 23, 25 (protection de l'interdiction d'imposer des prétentions qui se fondent sur un contrat déloyal); voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1122/2015 du 15 août 2016, consid. 3.2.2 s. (complicité de méthodes déloyales au sens de l'art. 3, al. 1, let. b et p, LCD par l'accord donné en vue du soutien au recouvrement de la créance); jugement du tribunal cantonal zougnois du 1^{er} octobre 2009 "Registerhaie II", consid. 13.2, publié dans sic! 2010, pp. 364 ss, 369.

¹⁵ Art. 1, al. 4, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques, RS **952.0**

¹⁶ Art. 12, al. 2, de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs, RS **951.31**

¹⁷ Voir l'art. 944 CO.

¹⁸ Art. 2, al. 2, let. a, ch. 2, de l'ordonnance du 11 novembre 2015 sur le blanchiment d'argent, RS **955.01**

¹⁹ RS **101**

²⁰ Il faut distinguer de ces lois cantonales celles qui fixent les conditions de prise en charge du mandat d'administrateur; voir notamment les § 18 ss de la loi lucernoise de mise en œuvre de la LP du 22 octobre 1996 (EGSchKG; SRL **290**).

²¹ § 2, let. b, de la loi zurichoise du 16 mai 1943 sur les agents d'affaires, les courtiers en immobilier et les détectives privés (LS **935.41**)

- Dans le canton de Genève, seul un cercle bien défini de personnes est autorisé à représenter des parties à titre professionnel auprès des offices des poursuites et des faillites, et notamment, outre les avocats, lesdits "agents d'affaires", dont la profession est soumise à autorisation²².
- Il en est de même dans le canton de Vaud pour l'"agent d'affaires breveté". Il est autorisé à représenter les parties dans le domaine de la LP, mais aussi, ce qui distingue la réglementation vaudoise de la réglementation genevoise, dans diverses affaires relevant du droit civil et du droit pénal²³. Ces dispositions cantonales se fondent, au regard du droit civil, sur l'art. 68, al. 2, let. b, CPC, qui permet aux cantons de prévoir que les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés sont autorisés à représenter les parties à titre professionnel devant l'autorité de conciliation, dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire.
- La situation diffère quelque peu dans le canton de Saint-Gall, où le cercle des personnes autorisées à représenter les parties devant les offices des poursuites et des faillites s'étend à quiconque a l'exercice des droits civils²⁴. Les agents juridiques autorisés par le canton peuvent en outre représenter des parties en justice à titre professionnel dans différentes affaires relevant du droit civil et du droit pénal²⁵.
- Le canton du Tessin soumet à autorisation les activités exercées à titre professionnel de conseil dans les domaines LP, recouvrement et désendettement, et de représentation, dans ces mêmes domaines, de créanciers, de débiteurs et de tiers (profession de "fiduciario commercialista")²⁶.

A compter de l'entrée en vigueur de l'art. 27 LP révisé le 1^{er} janvier 2018, les dispositions cantonales limitant le cercle des professionnels autorisés à représenter des personnes dans les procédures d'exécution forcée deviendront caduques, puisque contraires au droit fédéral.

Ce bref survol indique que seules quelques règles cantonales encadrent l'activité des sociétés de recouvrement en Suisse. En l'absence de prérogatives particulières conférées par le droit, ces sociétés doivent recourir aux instruments juridiques que tout créancier pourrait employer, à savoir envoyer des rappels et engager des poursuites.

3.3 Autorégulation

3.3.1 Suisse

L'Association suisse des sociétés fiduciaires de recouvrement (*vsi*)²⁷ regroupe diverses sociétés de recouvrement actives en Suisse. Selon les indications de l'association, les entreprises membres sont responsables de la collecte de plus de 10 milliards de francs²⁸. Selon ses statuts, "*la vsi vise à promouvoir le recouvrement de créances ainsi que les domaines connexes du droit, l'amélioration des fondements juridiques (et) la lutte contre les abus (...). Elle représente la profession dans tous les sens du terme et combat tous les*

²² Art. 1, let. d, de la loi genevoise du 2 novembre 1927 réglementant la profession d'agent d'affaires (LPAA; RSG E 6 20); les dispositions d'exécution figurent dans le règlement du 4 septembre 1928 sur l'exercice de la profession d'agent d'affaires (RPAA; RSG E 6 20.01)

²³ Art. 44a et 44b de la loi d'application dans le Canton de Vaud du 18 mai 1955 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LVLP; RSV 280.05); voir également l'art. 1 de la loi du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAg; RSV 179.11)

²⁴ Art. 12, al. 1, let. d, de la loi saint-galloise du 11 novembre 1993 sur les avocats (sGS 963.70). La loi utilise le terme générique d'autorités administratives, dont les offices des poursuites et des faillites font partie; voir ANDREAS KLEY-STRULLER, *Der Beruf des patentierten Rechtsagenten nach dem neuen sanktgallischen Anwaltsgesetz*, SJZ 1995, p. 447.

²⁵ Art. 11, al. 1, let. a, de la loi saint-galloise sur les avocats

²⁶ Art. 3, let. c, en relation avec l'art. 1, al. 1, de la loi du 1^{er} décembre 2009 sur l'exercice des professions fiduciaires (LFid; RL 11.1.4.1)

²⁷ Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute; Associazione degli Uffici Fiduciari d'incasso Svizzeri.

²⁸ Pour plus d'informations concernant la vsi, consulter le site <http://www.vsi1941.ch>.

*efforts visant à mettre en danger l'efficacité, la dignité ainsi que la réputation de la profession*²⁹. Elle s'est dotée en 1981 d'un code de déontologie³⁰ dont les règles de conduite professionnelle *"sont contraignantes pour tous les membres actifs (...) et également applicables à leur personnel"*³¹. Le code de déontologie ne s'étend toutefois pas aux non-membres.

Le code de déontologie expose notamment les principes de la pratique professionnelle. Selon son ch. 3, *"les membres sont tenus d'exercer leur activité de sorte que la confiance placée en eux est justifiée. Ils traitent les mandats qui leur sont confiés avec le soin requis et ne représentent que ce qui peut être porté devant la loi au mieux de leur connaissance et de leur conviction. Ils doivent éviter toute activité qui est incompatible avec la dignité de la profession. En particulier, ils évitent les mesures qui servent à intimider le débiteur"*. Le ch. 9 indique que *"les membres sont en droit de facturer à leurs mandants les dépenses encourues, une commission en cas de succès selon une échelle graduelle, de même que des prestations horaires qui ne peuvent excéder le tarif que pratiquent les avocats dans le canton concerné"*.

La vsi a publié sur son site un tableau des frais selon l'art. 106 CO³². Ceux-ci sont fonction du montant de la créance et ne tiennent pas compte de la charge de travail effective liée au cas.

La vsi dispose d'un organe de recours qui reçoit les recours écrits à l'encontre de ses membres³³.

On trouve par ailleurs l'*Association suisse des sociétés de recouvrement testées (VGIS)*, inscrite au registre du commerce depuis le 11 juillet 2014 en tant qu'association dont le siège se trouve à Hochdorf LU. Le site de la VGIS n'indique pas quels sont ses membres, ni quelles sont ses activités concrètes³⁴. Un code de déontologie³⁵ régit le comportement des membres à l'égard de l'association, des clients et des débiteurs. Ils s'engagent à traiter tous les cas qui leur sont confiés avec toute la conscience professionnelle et tout le soin requis et à ne pas nuire à la réputation de l'association ni de la profession. Ils doivent notamment renoncer à toute mesure d'intimidation vis-à-vis du débiteur (ch. 3 du code de déontologie). Le ch. 6 rappelle que les membres doivent être dignes de confiance et se comporter en conséquence dans l'exercice de leur profession et dans leur rôle de représentants de la branche.

3.3.2 Europe

La *Federation of European National Collection Associations (FENCA)* est l'association faîtière européenne des sociétés nationales de recouvrement. La FENCA cite la vsi parmi ses membres, en tant que société faîtière suisse. Plusieurs sociétés de recouvrement suisses sont en outre membres affiliés de la FENCA³⁶.

La FENCA a pour objectifs principaux de protéger et de représenter les intérêts des associations nationales, notamment dans le contexte de l'élaboration d'une législation européenne ayant trait à l'activité professionnelle de recouvrement.

²⁹ Art. 2 des statuts, consultables à l'adresse <http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verband-fr/statuten-fr.html> (consulté le 24 janvier 2017).

³⁰ Consultable à l'adresse <http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verband-fr/standesregeln-fr.html> (consulté le 24 janvier 2017).

³¹ Voir le ch. 2 du code de déontologie.

³² Consultable à l'adresse <http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verzugsschadentabelle-fr.html> (consulté le 24 janvier 2017).

³³ Voir à l'adresse <http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verband-fr/beschwerdestelle-fr.html> (consulté le 24 janvier 2017).

³⁴ www.vgis.ch, uniquement en allemand (consulté le 24 janvier 2017).

³⁵ Code de déontologie (état le 1^{er} août 2013), consultable à l'adresse <http://www.vgis.ch/standesregeln/>, uniquement en allemand (consulté le 24 janvier 2017).

³⁶ www.fenca.org, uniquement en anglais (consulté le 24 janvier 2017).

4 Analyse des pratiques critiquées

Le présent chapitre est consacré à l'examen juridique des pratiques de recouvrement critiquées³⁷.

4.1 Frais de recouvrement ("dommage supplémentaire résultant de la demeure")

4.1.1 Bases légales

L'une des pratiques les plus critiquées des sociétés de recouvrement est le prélèvement de frais auprès du débiteur. Décrié en soi, ce prélèvement l'est aussi en raison des montants excessifs réclamés. En pratique, ces prétentions sont souvent qualifiées de "dommage supplémentaire résultant de la demeure". Les frais dont le débiteur doit s'acquitter sont une conséquence juridique de sa mise en demeure, laquelle est réglée dans le CO. Avant de présenter dans le détail ces conséquences juridiques, il convient d'exposer les dispositions du droit des contrats sur lesquelles se fonde l'activité des sociétés de recouvrement.

L'activité de recouvrement repose sur un contrat entre le créancier et son mandataire (en l'espèce, la société de recouvrement), par lequel le mandataire s'oblige à assurer la perception des sommes dues. La doctrine qualifie la relation contractuelle qui unit le créancier et la société de *mandat*³⁸ ou de contrat innommé dans lequel le droit des mandats est prépondérant³⁹. Ce mandat peut être de deux types⁴⁰:

- *mandat de recouvrement sans cession de créance*, par lequel le créancier confère des pouvoirs à la société de recouvrement (voir les art. 32 ss CO): la société agit contre le débiteur au nom et aux frais du créancier; elle peut exiger du débiteur qu'il exécute son obligation et l'actionner si nécessaire⁴¹;
- *mandat de recouvrement avec cession de créance* (cession à titre de recouvrement): le créancier cède la créance de plein droit à la société de recouvrement, qui n'est autorisée qu'à procéder à l'encaissement de la somme due (cession fiduciaire): la société de recouvrement agit en son propre nom, mais aux frais du créancier⁴². Cette démarche peut faciliter la tâche de la société de recouvrement sur le plan administratif dans les cantons où la représentation à titre professionnel à des fins de recouvrement est soumise à autorisation⁴³.

Dans les deux cas, la société de recouvrement doit restituer les sommes encaissées au créancier et lui rendre compte de sa gestion⁴⁴. L'avance de créance et la prise en charge du du croire ne font pas partie du mandat de recouvrement⁴⁵.

Le mandat de recouvrement avec cession de créance se distingue de l'*affacturage*, rapport de dette permanent dans le cadre duquel le client cède toutes ou certaines de ses créances à un "facteur" qui se charge pour lui de la comptabilité débiteurs et qui assume au moins l'un des services suivants: (i) encaissement des créances, (ii) financement des créances et/ou

³⁷ Voir le ch. 2.

³⁸ Voir les art. 394 ss CO; BENEDIKT FÄSSLER, Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht, Zurich/St-Gall 2010, n° 67.

³⁹ Voir GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, Le recouvrement privé de créances, Genève 2016, n° 395 ss.

⁴⁰ Concernant la problématique dans son ensemble, voir FÄSSLER (note de bas de page 38), n° 67.

⁴¹ EUGEN SPIRIG, in: Peter Gauch (éd.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 164-174 OR, 3^e éd., Zurich 1993, remarques précédant les art. 164 à 174 CO n° 226; pour plus de détails concernant la représentation en cas de recouvrement, ROLF WEBER, in: Heinz Hausheer (éd.), Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 68-96, 2^e éd., Berne 2005, ad. art. 68 CO, n° 93 ss.

⁴² Cela a aussi des conséquences sur les contestations que le débiteur peut émettre à l'égard du représentant, voir l'ATF 119 II 452, consid. 1d.

⁴³ Voir le ch. 3.2.

⁴⁴ Voir l'art. 400 CO.

⁴⁵ FÄSSLER (note de bas de page 38), n° 67.

(iii) prise en charge du risque final de l'encaissement⁴⁶. Il faut distinguer aussi du recouvrement l'*affacturage à forfait*, qui décrit le rachat de créances de moyen à long terme résultant de la livraison de marchandises ou de services qui ne sont pas encore arrivées à échéance⁴⁷.

4.1.2 La demeure du débiteur et ses conséquences juridiques

Une société de recouvrement dispose des mêmes instruments juridiques relevant du droit des contrats que n'importe quel créancier⁴⁸. Les effets de l'inexécution des obligations contractuelles sont réglés aux art. 97 ss CO. Le débiteur d'un paiement exigible est *mis en demeure* par l'interpellation du créancier⁴⁹. La sommation de payer est une déclaration du créancier à l'adresse du débiteur pour lui signifier qu'il exige qu'il s'acquitte de son dû sans plus de retard⁵⁰. Il peut arriver exceptionnellement qu'aucune sommation ne soit nécessaire, notamment lorsqu'un délai de paiement a été convenu (jour de l'exécution déterminé)⁵¹ et qu'il a expiré ou lorsqu'une sommation serait inutile parce que le débiteur refuse d'emblée d'exécuter le paiement. Le débiteur doit en outre violer une obligation en ne s'acquittant pas de son dû. Tel n'est pas le cas si le créancier a refusé d'accepter le paiement ou si le débiteur conteste la créance (par ex. pour cause de prescription). Il n'est par contre pas nécessaire que le débiteur ait commis une faute pour qu'il puisse être mis en demeure.

Le créancier peut continuer à demander le versement de la somme due une fois le débiteur mis en demeure. L'art. 103, al. 1, CO expose les doubles effets de la mise en demeure: (i) le débiteur *doit réparer le dommage* dû à l'exécution tardive et (ii) il répond *du cas fortuit*, c'est-à-dire de tout événement qui survient sans la faute du débiteur ni du créancier et qui atteint la chose due ou rend l'exécution impossible. L'art. 103, al. 2, CO permet au débiteur de se soustraire à la responsabilité du cas fortuit⁵² en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due même si l'exécution avait eu lieu à temps.

Les art. 104 à 106 CO complètent et concrétisent ces règles générales pour le paiement des *sommes d'argent*. Ils prévoient deux niveaux:

- Selon l'art. 104 CO, le débiteur doit l'intérêt moratoire de 5 % l'an s'il n'avait pas convenu d'un intérêt supérieur avec le créancier. Le débiteur doit l'intérêt moratoire, qu'il se soit trouvé en demeure par sa faute ou non. L'art. 105 CO fixe un autre moment pour le début du paiement de l'intérêt moratoire s'agissant des intérêts, des arrérages et des sommes ayant fait l'objet d'une donation.
- Lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage (art. 106, al. 1, CO). Il peut se soustraire à cette responsabilité s'il prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Les art. 103, 104 et 106 CO sont des *normes dispositives*⁵³, si bien que les parties au contrat peuvent adopter d'autres conventions. Ils peuvent exclure totalement ou partiellement les prétentions en dommages-intérêts ou prévoir des frais de mise en demeure ou de

⁴⁶ La définition n'est pas univoque dans la doctrine suisse. Pour une vue d'ensemble: PHILIPP JENNI, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^e éd., Zurich 2016, remarques précédant les art. 184 ss CO (affacturage) n° 1 et les références citées.

⁴⁷ CHK-JENNI (note de bas de page 46), remarques précédant les art. 184 ss CO (affacturage) n° 16 et les références citées.

⁴⁸ Voir le ch. 3.2.

⁴⁹ Voir l'art. 102, al. 1, CO.

⁵⁰ ATF 129 III 535, consid. 3.2.2.

⁵¹ Voir l'art. 102, al. 2, CO.

⁵² Etant donné la teneur ("à cette responsabilité"), la disposition n'est pas directement applicable au dommage supplémentaire résultant de la demeure. Le débiteur peut bien entendu prouver qu'aucune faute ne lui est imputable conformément à l'art. 97, al. 1, et à l'art. 106, al. 1, CO, voir ROLF WEBER, in: Heinz Hausheer (éd.), Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 97–109, Berne 2000, ad art. 103 n° 41 s.

⁵³ BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 103 CO n° 8, 104 CO n° 33 et 106 CO n° 8.

recouvrement indépendants de la preuve d'un dommage ou de l'absence de faute. Il pourra s'avérer difficile de déterminer au cas par cas si les frais ainsi convenus relèvent d'une forfaitisation du dommage ou doivent être considérés comme une peine conventionnelle. L'attribution à l'une ou l'autre catégorie dépendra essentiellement d'un éventuel caractère pénal⁵⁴. Il s'agira notamment d'une peine conventionnelle lorsque les parties ont pour intention première de donner un moyen de pression à l'ayant droit⁵⁵. C'est souvent le cas lorsqu'elles prévoient des frais de rappel⁵⁶. Selon la doctrine vraisemblablement dominante, il serait possible dans les deux cas d'abaisser des frais excessifs en appliquant par analogie l'art. 163, al. 3, CO⁵⁷. L'art. 8 LCD s'applique par ailleurs lorsque les frais sont fixés dans les conditions générales, ce qui correspond vraisemblablement à l'essentiel des cas. Cette disposition désigne comme agissant de façon déloyale toute personne qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat. Il convient de tenir compte des règles développées par la doctrine et la jurisprudence pour conclure valablement des conditions générales⁵⁸.

La pratique des créanciers et des sociétés de recouvrement fondée sur l'art. 106 CO, qui consiste à facturer des montants parfois très élevés au titre, par exemple, du dommage supplémentaire résultant de la demeure, est l'une des pratiques de recouvrement les plus contestées et les plus critiquées⁵⁹. Le postulat Comte demande par conséquent au Conseil fédéral d'étudier aussi "l'interdiction de report des frais de gestion sur les débiteurs". Le chapitre qui suit est consacré à la situation juridique qui prévaut lorsque les frais de recouvrement n'ont pas été fixés par contrat.

4.1.3 Le dommage supplémentaire résultant de la demeure au sens de l'art. 106 CO en particulier

4.1.3.1 Généralités

Bien que la question revête concrètement une grande importance, il n'y a pas pour l'heure de jurisprudence claire quant au bien-fondé de la pratique des créanciers et des sociétés de recouvrement, en tant que leurs représentants, qui consiste à reporter le coût du recouvrement (honoraires, frais, etc.) sur le débiteur sur la base de l'art. 106 CO et quant aux conditions auxquelles cette pratique pourrait être tolérée. Le Tribunal fédéral a par contre clarifié la relation entre les art. 104 et 106 CO: les dommages-intérêts au sens de l'art. 106 CO et l'intérêt moratoire au sens de l'art. 104 CO *ne sont pas cumulables*; la réparation au sens de l'art. 106 n'est due que si le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire⁶⁰. L'intérêt moratoire peut donc être pris en compte dans le montant du dommage. En conséquence, l'art. 106 CO concrétise pour les sommes d'argent *l'obligation de réparer l'intégralité du dommage* en cas de faute, telle que consacrée à l'art. 103, al. 1,

⁵⁴ Voir PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: volume II, 10^e éd., Zurich 2014, n° 3851 et les références citées.

⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 3851 et les références citées.

⁵⁶ En faveur de la classification des frais de rappel et des frais de recouvrement en tant que peine conventionnelle: GEISSBÜHLER (note de bas de page 39), n° 1095 ss.

⁵⁷ Voir GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 3851; FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (ci-après BSK OR I), 6^e éd., Bâle 2015, ad art. 160 n° 12.

⁵⁸ Voir PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: volume I, 10^e éd., Zurich 2014, n° 1134 ss et les références citées.

⁵⁹ Voir le ch. 2.

⁶⁰ ATF 123 III 241, consid. 4, confirmé par l'ATF 130 III 312, consid. 7.1. Exemple: Une personne qui a une dette de 1000 francs doit 50 francs d'intérêt moratoire. Le créancier a subi un dommage résultant de la demeure d'un montant de 60 francs, par exemple parce qu'il n'a pas pu s'acquitter à temps d'une dette soumise à un intérêt moratoire plus élevé. Il peut dès lors demander des dommages-intérêts à hauteur de 60 francs si le débiteur n'est pas en mesure de prouver qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute. Si le débiteur parvient à apporter cette preuve, le créancier peut néanmoins demander le paiement de l'intérêt moratoire de 50 francs, puisque celui-ci est dû qu'il y ait faute ou non.

CO⁶¹. Il semble que seul MEIER, qui estime que l'intérêt moratoire et les frais de représentation sont cumulables, défende une autre opinion⁶².

Outre l'existence d'un dommage, l'art. 106 CO exige qu'il y ait un lien de causalité adéquate entre ce dommage et la demeure du débiteur et que ce dernier, comme cela a déjà été évoqué, ne soit pas en mesure de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable⁶³.

4.1.3.2 Types de dommages

La doctrine cite comme "*dommage supplémentaire*" au sens de l'art. 106 CO⁶⁴ les frais de crédit additionnels, l'indemnisation de tiers pour cause d'exécution tardive et les pertes de change⁶⁵. Une partie de la doctrine évoque les frais de recherche d'adresses lorsque le débiteur a déménagé⁶⁶. Il peut aussi s'agir des frais de port pour les lettres de rappel ou d'éventuels frais téléphoniques occasionnés par la mise en demeure. Selon la doctrine dominante, la réparation ne peut par contre pas porter sur les frais de *premier rappel*, puisque le débiteur n'est pas en demeure tant qu'il n'a pas été interpellé par le créancier⁶⁷; les dispositions contractuelles ou légales s'écartant de ce principe, comme l'art. 20, al. 1, de la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)⁶⁸ concernant les primes non payées à l'échéance et l'art. 34a, al. 2, du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)⁶⁹ concernant les cotisations impayées, sont réservées. Le créancier ne peut pas non plus se faire rembourser pour ses propres démarches, car ils ne lui occasionnent en général pas de perte de patrimoine, et par conséquent pas de dommage au sens juridique du terme⁷⁰. Seuls les travailleurs indépendants peuvent envisager de se faire indemniser pour le temps qu'ils ont passé à essayer de recouvrer des sommes dues, car cela a pu les priver de mandats rétribués. Par contre, une entreprise qui emploie du personnel affecté spécialement au recouvrement ne peut invoquer une perte de patrimoine directement imputable à un débiteur en particulier; elle devra verser les salaires quoi qu'il en soit⁷¹.

A titre de dommage au sens de l'art. 106 CO, la doctrine évoque souvent aussi les *frais de représentation* (ou frais de procédure)⁷² ou parfois seulement les frais de défense⁷³. Seule une partie de la doctrine s'exprime très brièvement sur les frais découlant du recours à une société de recouvrement. La doctrine subdivise les frais de représentation en frais de

⁶¹ BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 106 CO n° 2.

⁶² Avis de droit du 11 juillet 2007 du Prof. ISAAK MEIER sur les conditions auxquelles le débiteur doit assumer les frais du créancier pour le recours à une société de recouvrement et à quelle hauteur, pp. 21 ss. L'avis de droit a été élaboré sur mandat du vsi et présenté par l'association lors de la conférence de presse du 29 janvier 2008. Il peut être consulté à l'adresse www.plaedoyer.ch/links (consulté le 24 janvier 2017).

⁶³ WOLFGANG WIEGAND, in BSK OR I (note de bas de page 57), ad art. 106 n° 2.

⁶⁴ Voir le titre marginal concernant cette disposition.

⁶⁵ Cet exemple figure parmi d'autres dans BK-WEBER, ad art. 106 CO n° 14 ss.

⁶⁶ GEISSBÜHLER (note de bas de page 39), n° 1162.

⁶⁷ BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 103 CO n° 23 et les références citées; ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (éd.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3^e éd., Zurich 2016, ad art. 102 n° 32; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3^e éd., Berne 2009, § 55 n° 61; d'un autre avis: FABIAN CANTIENI, Verzugschaden bei Geldschulden, Zurich 1996, pp. 97 s.

⁶⁸ RS 221.229.1

⁶⁹ RS 831.101

⁷⁰ Concernant le dommage au sens de la théorie de la différence entre le patrimoine actuel et celui qui aurait été atteint sans le dommage, voir en particulier l'ATF 132 III 321, consid. 2.2.1; WOLFGANG WIEGAND, in: BSK OR I (note de bas de page 57), ad art. 97 n° 38.

⁷¹ Concernant la réparation des dépenses propres, voir PETER GAUCH, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, pp. 189 ss, 198 s. et les références au droit allemand; pour des avis concernant le dommage normatif et la privation de l'usage d'un bien, sujet proche, voir MARTIN A. KESSLER, in: BSK OR I (note de bas de page 57), ad art. 41 n° 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 2851a ss.

⁷² CHK-FURRER/WEY (note de bas de page 67), ad art. 106 CO n° 9: "Vertreterkosten"; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54) n° 2673: "Mahn- und Rechtsverfolgungskosten"; ANDREAS THIER, in: Heinrich Honsell (éd.) Kurzkomentar OR, Bâle 2014, ad art. 103 n° 2: "Aufwendungen des Gläubigers für die Verfolgung seines Rechts gegenüber dem Schuldner".

⁷³ H. BECKER, Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2^e éd., Berne 1941, ad art. 103 CO n° 13.

défense hors procès et avant procès⁷⁴, d'une part, et en frais des sociétés de recouvrement, d'autre part, et considère dans sa majorité qu'une réparation est due dans les deux cas, du moins sur le principe. L'essentiel de ces auteurs émettent toutefois la condition que le recours à une société de recouvrement soit *requis* dans le cas concret. Il est difficile de dire ce que cela signifie précisément. Les exigences en la matière semblent varier selon les descriptions des auteurs, qui recourent à des formules telles que "nécessaire", "objectivement nécessaire" ou simplement "prometteuse"⁷⁵. Mais il est fort probable que leurs opinions se rejoignent en définitive, car il est incontesté que le créancier a l'*obligation de limiter le dommage*. Aucune réparation ne devrait être due lorsque le recours à une société de recouvrement paraît vaine d'emblée⁷⁶. Selon une autre opinion de doctrine plus libérale, le créancier doit en principe pouvoir recourir à une société de recouvrement aux frais du débiteur, sauf si les circonstances semblent démontrer que cette démarche est inappropriée, par exemple lorsque le créancier n'a pas au préalable fait trois rappels ou lorsque le débiteur n'a manifestement pas la possibilité de s'acquitter de son dû⁷⁷. Une opinion de doctrine plus récente souligne à l'inverse que les frais résultant du recours à une société de recouvrement ne peuvent en aucun cas être considérés comme un dommage⁷⁸. L'auteur en question invoque que le recours à un spécialiste du recouvrement n'est pas nécessaire faute de complexité, contrairement à la consultation préalable d'un avocat pour les questions techniques difficiles liées à la responsabilité civile⁷⁹.

Contrairement aux frais de défense avant procès, à propos desquels le *Tribunal fédéral* a rendu une jurisprudence abondante, principalement lorsqu'il s'agissait de trancher des cas de responsabilité civile, et dont il exige qu'ils soient justifiés, nécessaires et appropriés⁸⁰, il n'existe pas pour l'heure d'arrêt du Tribunal fédéral à propos de l'obligation de rembourser les frais de la société de recouvrement dans le cadre de l'art. 106, al. 1, CO. Un arrêt récent inclut toutefois les frais de procédure au dommage supplémentaire résultant de la demeure (pour autant qu'ils ne soient pas remboursés en vertu du droit procédural)⁸¹ et indique que les dépenses du créancier doivent être nécessaires et appropriées⁸². Il y a des jugements concernant les frais de recouvrement dans la *jurisprudence cantonale*, mais ils ne sont pas unanimes. Plusieurs jugements en première instance reconnaissent ainsi les frais de recouvrement comme faisant partie du dommage supplémentaire résultant de la demeure⁸³. Le tribunal de commerce du canton de Zurich a de son côté défendu l'opinion selon laquelle d'autres frais de défense avant procès devaient être pris en charge par le débiteur, pour autant qu'ils découlent de mesures requises dans le but de satisfaire les prétentions en dommages-intérêts ou tout du moins qu'ils soient la conséquence de dépenses nécessaires

⁷⁴ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la répartition des frais de défense est réglée entièrement par le droit de la procédure, voir l'arrêt 4C.11/2003, consid. 5.1 et les références citées.

⁷⁵ Voir BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 103 CO n° 23: "Kosten für ein Inkassobüro, wenn dessen Beizug erfolgversprechend war"; CANTIENI (note de bas de page 67), p. 101: "Auch hier muss der Aufwand für die Eintreibung nötig und angemessen sein"; LUC Thévenoz, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e éd., Bâle 2012, ad art. 103 n° 5: "les honoraires et frais de l'activité extrajudiciaire d'un avocat (ou d'un bureau de recouvrement) doivent être indemnisés si l'appel à un homme de loi était justifié et nécessaire"; KOLLER (note de bas de page 67), § 55 n° 60: "Kosten für die aussergerichtliche Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs, etwa für die Beiziehung eines Rechtsanwaltes oder eines Inkassobüros, falls der Beizug sachlich geboten war"; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Fribourg 1988, n° 294: "Kosten für eine nötige und erfolgversprechend erscheinende Rechtsverfolgung".

⁷⁶ BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 103 CO n° 38; SCHENKER (note de bas de page 75), n° 294.

⁷⁷ Avis de droit MEIER (note de bas de page 62), pp. 61 ss.

⁷⁸ GEISSBÜHLER (note de bas de page 39), n° 1065 ss, en particulier n° 1078.

⁷⁹ Voir GEISSBÜHLER (note de bas de page 39), n° 1074 s.

⁸⁰ Selon la traduction courante de l'ATF 117 II 101, consid. 6b, souvent cité: "giustificata, necessaria e appropriata".

⁸¹ Voir également l'ATF 139 III 190, consid. 4: les frais de procédure ne peuvent pas non plus être considérés comme dommage si le droit de la procédure applicable indique expressément qu'ils ne sont pas remboursables.

⁸² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.11/2003, consid. 5.2, avec des références à la jurisprudence et à la doctrine concernant les frais de défense. Il s'agissait en l'espèce de frais de défense avant procès et des frais résultant de l'élaboration d'un avis de droit.

⁸³ Arrêts non publiés, évoqués dans MICHAEL KRAMPF, Fünf Gründe gegen den "Verzugsschaden", plädoyer 2/2015, p. 40.

et proportionnées en rapport avec le procès⁸⁴. La doctrine cite souvent un jugement du tribunal de commerce du canton d'Argovie selon lequel les personnes morales doivent être en mesure d'assurer le recouvrement d'une créance sans avoir recours à un avocat même si leur siège se trouve à l'étranger. Selon ce jugement, il n'appartient pas au débiteur d'assumer les frais de recouvrement en l'absence de causalité⁸⁵. Ces jugements se rejoignent sans doute, comme d'ailleurs la doctrine présentée plus haut, sur le fait que le recours à une société de recouvrement doit être requis dans le cas concret.

En matière de prétentions liées aux dépenses de recouvrement, il faut tenir compte du fait que l'art. 106, al. 1, CO permet uniquement la réparation d'un dommage effectif. Une société de recouvrement ne peut faire valoir pour toutes dépenses auprès du débiteur que le montant qu'elle facture au créancier une fois ses services rendus, et ce, que le débiteur paie sa dette ou non. Si le débiteur ne paie pas et que dans ce cas, le créancier ne doit rien à la société de recouvrement conformément au contrat qu'il a conclu avec elle, et donc qu'il n'a pas subi de dommage, il ne peut pas demander réparation au débiteur. Il en est de même s'il ne doit verser que de modestes honoraires. C'est le cas lorsque le créancier et la société de recouvrement ont conclu que la créance principale revenait au créancier et que le dommage supplémentaire résultant de la demeure revenait à la société de recouvrement. Les règles du droit des obligations impliquent alors que le créancier n'a subi aucun dommage pour lequel il pourrait demander réparation en vertu de l'art. 106, al. 1, CO.

D'autres questions complexes se posent lorsque la société de recouvrement n'agit pas en qualité de représentant du créancier, mais en son nom *propre* suite à une cession de créance. Les dépenses engagées pour recouvrer la créance ne peuvent dès lors être considérées comme un dommage subi par le créancier. Elles sont considérées comme des dépenses propres de la société de recouvrement. La situation est alors la même que si le créancier recouvrait sa créance lui-même; or il est exceptionnel de pouvoir obtenir réparation pour les dépenses engagées (voir le 1^{er} paragraphe du présent chiffre).

4.1.3.3 Preuve du dommage

Si on considère qu'il est en principe possible de répercuter les frais résultant du recours à une société de recouvrement sur le débiteur en application de l'art. 106, al. 1, CO⁸⁶, il n'en reste pas moins qu'il faut déterminer qui doit prouver l'existence et l'ampleur du dommage supplémentaire résultant de la demeure. La jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine dominante, conformément au principe de l'art. 8 CC, imputent le fardeau de la preuve au créancier, qui doit fournir une *preuve concrète et une estimation chiffrée du dommage*⁸⁷. En rapport avec les frais d'une société de recouvrement, cela signifie que c'est le créancier⁸⁸ représenté par la société de recouvrement qui doit apporter la preuve du dommage en cas de mandat de recouvrement sans cession de créance⁸⁹. Il doit notamment apporter la preuve que le recours à ladite société était requis en l'espèce. Il doit également fournir le détail du dommage pour lequel il demande réparation. On applique par analogie les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites (voir l'art. 99, al. 3, CO) pour déterminer le montant du dommage. L'art. 42, al. 1, CO dispose que le demandeur doit apporter la preuve du dommage. L'al. 2 allège le fardeau de la preuve lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi et attribue au juge la tâche de le déterminer équitablement en considération

⁸⁴ Décision du tribunal de commerce du canton de Zurich (ZR 107 [2008] n° 14, consid. IV/15c), avec une référence à une décision du tribunal cantonal zurichois (ZR 63 [1964] n° 100, consid. C.3) qui concernait des frais de défense avant procès.

⁸⁵ AGVE 1993, pp. 30 s. = SJZ 1996, pp. 11 s.

⁸⁶ Concernant la relation entre l'art. 106 CO et l'art. 27, al. 3, LP, voir le ch. 4.1.4.

⁸⁷ Voir l'ATF 123 III 241, consid. 3a; confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.459/2004, consid. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 2676; BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 106 CO n° 12 et les références citées.

⁸⁸ Voir PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, n° 1298.

⁸⁹ Concernant les deux formes de recouvrement, voir le ch. 4.1.1.

du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Le Tribunal fédéral exige néanmoins que le lésé fournisse au juge, dans la mesure où c'est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait permettant ou facilitant son estimation⁹⁰. Cet allègement ne doit nullement conduire à un inversement du fardeau de la preuve. Il ne s'agit pas non plus d'accorder au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur⁹¹. Une partie de la doctrine va encore plus loin et suggère qu'on accorde dans certains cas au créancier la possibilité de faire un *calcul abstrait du dommage* du fait qu'il est souvent trop fastidieux pour lui de prouver concrètement le dommage étant donné les sommes en jeu et que cette complexité l'incite souvent à se contenter de l'intérêt moratoire⁹². Le calcul abstrait du dommage présuppose selon cet auteur des processus établis; on pense concrètement à la réparation des pertes sur investissement et de frais de crédit élevés⁹³. Eu égard aux frais des sociétés de recouvrement, il existe une opinion encore plus libérale qui revient en définitive à un calcul abstrait du dommage et qui admet que les sociétés en question facturent un tarif de base en proportion de la valeur litigieuse et un montant calculé selon une formule standard pour chaque acte consécutif (par ex. lettres de rappel, appels téléphoniques, vérifications concernant l'existence et le montant de la créance)⁹⁴. Cette opinion est motivée par l'idée que les forfaits et les calculs standards vont de soi pour toutes les prestations offertes publiquement à un nombre indéfini de personnes. Selon l'auteur qui la défend, il est impossible de répercuter sur chaque mandat de recouvrement la part des frais totaux d'exploitation qu'il a occasionnée. Aucun tribunal ne s'est jamais exprimé sur cette interprétation juridique. Les organisations de protection des consommateurs et les centres de consultation pour personnes endettées rejettent les méthodes forfaitaires et exigent que le créancier apporte la preuve concrète de l'existence d'un dommage allant au-delà de l'intérêt moratoire⁹⁵. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral et la doctrine dominante fixent des limites strictes à l'estimation abstraite du montant du dommage. La doctrine dominante s'oppose à ce qu'on s'écarte de la définition classique du dommage et à ce qu'on renonce à prouver son montant en appliquant la théorie de la différence entre le patrimoine actuel et celui qui aurait été atteint sans le dommage, par exemple en invoquant la privation de l'usage d'un bien⁹⁶.

Les explications fournies jusqu'ici portaient exclusivement sur les bases du droit contractuel (art. 102 ss CO). Le chapitre qui suit est consacré à la relation entre ces dispositions et l'art. 27, al. 3, LP.

4.1.4 Art. 27 LP et mise à la charge du débiteur

L'art. 27 LP règle différents aspects de la *représentation professionnelle* dans la procédure d'exécution forcée. Les al. 1 et 2 comportent des prescriptions sur la compétence des cantons de réglementer la représentation professionnelle et sur la validité des autorisations délivrées par un canton dans les autres cantons. Comme cela a déjà été mentionné plus

⁹⁰ ATF 128 III 271, consid. 2b/aa; ATF 122 III 219, consid. 3.a.

⁹¹ ATF 131 III 360, consid. 5.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 2909 et les références citées.

⁹² BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 106 CO n° 32.

⁹³ Concernant l'ensemble de la problématique, voir BK-WEBER (note de bas de page 52), ad art. 106 CO n° 33 ss et ROLF H. WEBER, Gedanken zur Verzugsschadensregelung bei Geldschulden, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, pp. 332 ss.

⁹⁴ Avis de droit MEIER (note de bas de page 62), pp. 72 ss.

⁹⁵ Voir par ex. le magazine frc mieux choisir, cahier n° 58 du mois de mai 2013, pp. 12 ss, voir la notice concernant les sociétés de recouvrement de la Berner Schuldenberatung (consultable à l'adresse http://www.schuldeninfo.ch/cms/tl_files/_documents/stichwoerter/inkassobueros.pdf [consulté le 24 janvier 2017]) et la notice concernant le dommage supplémentaire résultant de la demeure de la Stiftung für Konsumentenschutz (consultable à l'adresse https://www.konsumentenschutz.ch/sks/content/uploads/2015/12/merkblatt_verzugsschaden.pdf [consulté le 24 janvier 2017]). Voir également KRAMPF (note de bas de page 83), p. 41.

⁹⁶ Cf. WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. 1, Berne 2012, n° 85 ss et les références citées; voir également les références citées à la note de bas de page 71.

haut, cette règle a été modifiée; la nouvelle règle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Selon l'art. 27, al. 1, LP révisé, toute personne ayant l'exercice des droits civils sera habilitée à représenter une autre personne à titre professionnel dans une procédure d'exécution forcée. Les cantons pourront toutefois interdire la représentation professionnelle à une personne pour de justes motifs⁹⁷.

L'art. 27 LP comporte d'autres prescriptions relatives à la représentation professionnelle. Selon son al. 3, 1^e phrase, nul ne peut être contraint d'avoir recours à un représentant. Cette règle correspond à un principe général de procédure du droit suisse. Mais c'est surtout son al. 3, 2^e phrase qui revêt une importance en rapport avec la problématique qui nous occupe: "*Les frais de représentation ne peuvent être mis à la charge du débiteur*". La raison en est que le législateur estime que les démarches requises par la procédure d'exécution forcée sont extrêmement simples⁹⁸. Les formulaires officiels donnent au créancier des indications précises sur la manière de procéder. Les offices des poursuites fournissent des renseignements en cas de questions. Le législateur part donc du principe que le créancier qui mandate une société de recouvrement en qualité de représentant dans la procédure d'exécution forcée doit assumer lui-même les coûts. La question décisive est celle du champ d'application matériel de cette disposition. Les trois phases suivantes du recouvrement entrent en ligne de compte⁹⁹:

- recouvrement avant poursuite;
- procédure devant les offices de poursuite et faillite et leurs autorités de surveillance;
- procédure judiciaire induite directement par la procédure de poursuite ou de faillite (par ex. procédure de mainlevée ou action en reconnaissance de dettes).

L'art. 27, al. 3, 2^e phrase, LP s'applique de manière incontestable aux procédures menées devant les offices des poursuites et des faillites¹⁰⁰ et leurs autorités de surveillance. Le Tribunal fédéral a par contre décidé de longue date qu'il ne s'appliquait qu'à la procédure d'exécution forcée proprement dite et non aux procédures judiciaires qui en découlent¹⁰¹. Conformément aux règles générales de la procédure civile, les parties peuvent donc par exemple obtenir des dépens dans la procédure de mainlevée.

La situation juridique n'est pas aussi claire en ce qui concerne le recouvrement avant poursuite. Il n'y a pas pour l'heure de jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. Certains jugements cantonaux indiquent que l'art. 27, al. 3, 2^e phrase, LP ne vaut pas pour le recouvrement avant poursuite¹⁰². Un juge unique du tribunal cantonal de Nidwald a par contre estimé que l'art. 27, al. 3, LP s'appliquait aux frais forfaitaires de rappel et de recouvrement¹⁰³. La doctrine n'est pas sans équivoque, mais semble tendre à la conclusion que l'art. 27, al. 3, LP n'est pas applicable au recouvrement avant poursuite¹⁰⁴. Cette

⁹⁷ RO 2016 3643

⁹⁸ Voir le message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III 1 48.

⁹⁹ Concernant les différentes phases, voir le ch. 3.1.

¹⁰⁰ Voir l'art. 62, al. 2, de 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), qui indique qu'il ne peut être alloué aucun dépens dans la procédure de plainte au sens des art. 17 à 19 LP.

¹⁰¹ ATF 113 III 109, consid. 3b et les références citées concernant l'art. 27, al. 2, aLP. Cet arrêt se fonde sur une jurisprudence ancienne concernant l'art. 27, al. 1, LP (compétence des cantons en matière de réglementation) adaptée après l'entrée en vigueur du CPC, mais seulement sur le point de la relation entre l'art. 27, al. 1, LP et l'art. 251 CPC, voir l'ATF 138 III 396 consid. 3.3 et 3.4 modifiant la jurisprudence adoptée dans l'ATF 59 I 197, consid. 2.

¹⁰² Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten SG, Bulletin des préposés aux poursuites et faillites 1958, pp. 138 s.; voir également les décisions cantonales mentionnées à la note de bas de page 84, dont les considérants ne sont pas connus, mais qui ont dû confirmer au moins implicitement la non-applicabilité de l'art. 27, al. 3, LP.

¹⁰³ Jugement du 16 octobre 2001, n° d'objet 24/01 ZP/2. Les considérants évoquent, sans doute par erreur, l'art. 27, al. 2, LP.

¹⁰⁴ Voir PAULINE ERARD, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (éd.), Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005, ad art. 27 n° 25; ERIC MUSTER, in: Daniel Hunkeler (éd.), Kurzkomentar SchKG, 2^e éd., Bâle 2014, ad art. 27

interprétation est conforme à la teneur de l'art. 27, al. 2, nLP tel qu'il entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (nouveau = italique): "Les frais de représentation *dans la procédure devant les offices des poursuites et des faillites* ne peuvent être mis à la charge de la partie adverse". Le message concernant cette modification récente de l'art. 27 LP ne fait nullement état d'une controverse sur la question¹⁰⁵. Les organisations de protection des consommateurs et les centres de consultation pour personnes endettées sont d'un autre avis et appliquent quant à eux l'art. 27, al. 3, 2^e phrase, LP au recouvrement avant poursuite¹⁰⁶. Cette interprétation va très loin étant donné le champ d'application de l'article. Mais les réflexions qui sont à l'origine de cette disposition fournissent des indications qui permettent d'apprécier la nécessité de recourir aux services d'un représentant professionnel. Les motifs qui ont présidé à l'interdiction de mettre les frais de représentation à la charge du débiteur sont, rappelons-le, que la procédure est simple et que "le plus souvent, [...], l'assistance d'un représentant professionnel n'est pas indispensable"¹⁰⁷. On pourrait argumenter, en vertu du principe *in majore minus* que ces motifs sont d'autant plus valables pour les activités préalables qui, de par leur nature, sont certainement encore plus faciles à exécuter.

4.1.5 Résultat

L'évaluation de la jurisprudence et de la doctrine laisse diverses questions en suspens. Elle permet toutefois de dégager les principes suivants quant à la question de savoir si l'art. 106 CO permet aux sociétés de recouvrement de mettre leurs frais à la charge du débiteur:

- les frais de recouvrement, y compris leur montant, peuvent être fixés par contrat;
- en l'absence d'accord contractuel et s'agissant des dettes d'argent, la réparation du dommage supplémentaire n'est due que si le dommage est supérieur à l'intérêt moratoire fixé dans la loi ou par contrat; le dommage supplémentaire et l'intérêt moratoire ne se cumulent pas;
- le créancier doit prouver qu'il a subi un dommage supplémentaire en raison de la demeure;
- les frais résultant du recours aux services d'une société de recouvrement peuvent être considérés comme dommage supplémentaire si le recours à ces services était requis en l'espèce;
- l'art. 27, al. 3, LP, en particulier dans la version qui entrera en vigueur en 2018 (art. 27, al. 2, nLP), n'exclut pas un accord contractuel portant sur le report sur le débiteur des frais résultant du recours à une société de recouvrement lorsque ces frais sont imputables à des actes de recouvrement avant poursuite. Néanmoins, les réflexions à la base de la loi, selon lesquelles la procédure de poursuite peut en règle générale se dérouler sans l'assistance d'un représentant professionnel, peuvent s'appliquer au recouvrement avant poursuite; il faut en tenir compte lorsqu'il s'agit d'examiner si cette assistance était requise.

4.2 Pression excessive

4.2.1 Généralités

Nous avons relevé en préambule que la nature-même de l'activité de recouvrement rendait forcément celle-ci plus ou moins désagréable pour le débiteur et donnait souvent lieu de ce fait à des réactions négatives. Il faut trouver un équilibre entre l'intérêt légitime du créancier

n° 19; avis de droit MEIER (note de bas de page 62), p. 83; voir également PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1–88, Lausanne 1999, ad art. 27 n° 50.

¹⁰⁵ FF 2014 8505 8512

¹⁰⁶ Voir les références citées à la note de bas de page 95.

¹⁰⁷ Message concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 8 mai 1991, FF 1991 III 1 48.

de récupérer son dû et la protection du débiteur d'une pression excessive. Le droit en vigueur pose des limites à l'exercice d'une pression, notamment au moyen de l'article du code pénal sur la contrainte (art. 181 CP).

4.2.2 Harcèlement par téléphone ou par d'autres moyens de communication

Selon le compte rendu que les organisations de protection des consommateurs font dans les magazines, selon les résultats de sondages que ces organisations ont effectués, selon aussi le développement du postulat Comte, les débiteurs considèrent la prise de contact par téléphone ou par d'autres moyens de communication (par ex. SMS, WhatsApp) comme du "harcèlement". Il est difficile de dire ce que ce mot est censé recouvrir. Sans doute qu'un contact par téléphone permettant de communiquer l'état de la dette doit être admissible. Il se peut cependant que les personnes concernées ressentent comme du harcèlement le simple fait d'être contactées par ce biais. Un éventuel ton inamical ou une multiplication des appels ou des SMS peuvent renforcer ce ressenti.

Les infractions au sens de l'art. 179^{septies} CP (*utilisation abusive d'une installation de télécommunication*) représentent vraisemblablement l'exception, dans la mesure où cette disposition ne protège pas les droits de la personnalité de tout dérangement par téléphone. Les appels téléphoniques importuns ou inquiétants doivent atteindre une certaine quantité ou gravité pour qu'ils soient considérés comme une atteinte punissable à la sphère personnelle de la victime. Les atteintes légères à moyennement graves deviennent punissables lorsque les appels se multiplient. Seules les circonstances concrètes permettent de dire à partir de combien d'appels le seuil de punissabilité est franchi; il est impossible de fournir une réponse abstraite à cette question. Un seul appel téléphonique peut suffire s'il cause une grave inquiétude à la personne concernée¹⁰⁸. Aucune punissabilité ne résulte d'appels occasionnels qui ne provoquent pas de grave inquiétude.

Les *prétentions en dommages-intérêts* du débiteur au sens de l'art. 41, al. 1, CO sont elles aussi vraisemblablement plutôt rares, souvent faute de dommage pertinent. Une réparation morale (art. 49 CO) pourrait tout au plus entrer en ligne de compte. Un comportement illégal de la société de recouvrement est alors requis. On pourrait dans ce cas considérer que les appels téléphoniques ou le recours à d'autres moyens de communication violent la sphère privée et l'intégrité psychique du débiteur, constituant de la sorte une atteinte illicite à la personnalité (art. 28 CC). Le recours à ces moyens doit toutefois avoir une certaine intensité, car tout acte importunant une personne ne peut pas être considéré comme une atteinte à la personnalité¹⁰⁹. Si l'intensité requise est atteinte, il reste à examiner si l'intérêt au recouvrement de la créance est prépondérant et justifie de ce fait l'atteinte en question à la personnalité (art. 28, al. 2, CC). Là non plus, on ne peut pas répondre de manière abstraite à la question. Il faut prendre en compte les circonstances du cas concret.

4.2.3 Menace de plainte sans motifs sérieux

Il est arrivé qu'une société de recouvrement essaie de pousser le débiteur à payer en le menaçant de porter plainte. Le Tribunal fédéral s'est penché sur un cas dans lequel un collaborateur d'une société de recouvrement a menacé le débiteur de porter plainte contre lui pour gestion fautive (art. 165 CP) s'il ne réglait pas son dû. Le Tribunal fédéral a exposé les réflexions ci-après dans son arrêt¹¹⁰.

Lorsqu'il la menace d'un dommage sérieux au sens de l'art. 181 CP (*contrainte*), l'auteur laisse entrevoir à la victime une épreuve dont la survenue semble dépendre de sa volonté.

¹⁰⁸ ATF 126 IV 216, consid. 2b/aa.

¹⁰⁹ Voir par ex. ANDREAS MEILI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5^e éd., Bâle 2014, ad art. 28 n° 38.

¹¹⁰ ATF 120 IV 17, consid. 2 et les références citées.

Un dommage apparaît comme sérieux lorsqu'il est objectivement de nature à rendre la personne qui en est menacée docile, même si elle est d'un naturel pondéré, et qu'il l'empêche d'exercer son libre-arbitre. La menace d'une plainte remplit ces conditions.

L'acte de contrainte n'est illicite que si son moyen ou son but l'est, que le moyen utilisé n'est pas proportionné au but visé ou que le lien établi entre un moyen licite et un but autorisé est abusif ou contraire aux mœurs. Il est licite de menacer quelqu'un d'une plainte si celle-ci ne paraît pas totalement infondée. En l'espèce, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion qu'il n'y avait pas de motifs sérieux de porter plainte. Le moyen utilisé était donc abusif et le lien avec le but poursuivi n'était pas suffisant. La contrainte était par conséquent illégale. Le débiteur ne s'étant pas plié à la volonté du prévenu, ce dernier a été déclaré coupable de tentative de contrainte.

Si le débiteur a été lésé par un acte de contrainte, il se pose la question des *prétentions en dommages-intérêts* au sens de l'art. 41, al. 1, CO et, le cas échéant, de la réparation morale au sens de l'art. 49 CO (voir le ch. 4.2.2).

4.2.4 Menace de visite sur le lieu de travail et de prise de contact avec des amis ou des connaissances

Dans un cas plus ancien qu'a eu à trancher le tribunal cantonal zurichois, le propriétaire d'une société de recouvrement a indiqué à une débitrice dans deux lettres de rappel qu'outre les mesures judiciaires de poursuite qu'il demanderait à son encontre, il porterait plainte, viendrait lui rendre visite sur son lieu de travail et prendrait contact avec des amis et des connaissances, ce qui pourrait avoir des conséquences désagréables pour elle¹¹¹.

Le tribunal a conclu que ces lettres étaient de nature à influencer considérablement la détermination de la débitrice. Les menaces proférées (visites sur le lieu de travail et prise de contact avec des amis et connaissances) étaient en mesure de la mettre sous pression et de l'inciter à payer ses dettes. Le dommage sérieux dont la débitrice a été menacée était parfaitement apte à servir de moyen de contrainte. Le tribunal a conclu à l'illégalité de la méthode du fait du lien inadmissible établi entre le moyen de contrainte et le but poursuivi, loin d'être un lien matériel plausible. La débitrice ne s'étant visiblement pas comportée selon le bon vouloir du propriétaire de la société de recouvrement, celui-ci a été reconnu coupable de tentatives répétées de contrainte.

On se reportera aux ch. 4.2.2 et 4.2.3 concernant d'éventuels dommages-intérêts ou une éventuelle réparation morale.

4.2.5 Menace d'inscription dans une banque de données de solvabilité ou de transfert des données à une telle banque

Selon les comptes rendus et les sondages réalisés par des organisations de protection des consommateurs et des magazines de consommation, des sociétés de recouvrement menacent les débiteurs de transmettre les informations les concernant à une banque de données de solvabilité s'ils ne s'acquittent pas de leur dû. La jurisprudence ne compte aucun cas de ce genre à notre connaissance. Aucun tribunal n'a encore décidé si le fait de transférer les informations concernant le débiteur à une banque de données de solvabilité constituait pour lui un dommage sérieux au sens de l'art. 181 CP (*contrainte*). Il n'est pas possible de répondre à cette question de manière abstraite. Il faut se référer aux circonstances du cas concret.

Il faut noter à cet égard que les conditions générales comportent souvent une clause selon laquelle le créancier ou la société de recouvrement sont autorisés à transmettre les données

¹¹¹ Voir SJZ 1982, pp. 166 s.

du débiteur. Si cette clause a été convenue valablement, on peut y voir un consentement en vertu du droit de la protection des données (art. 4, al. 5, et 13, al. 1, LPD) et un motif justificatif en vertu du droit pénal, lequel inciterait à nier toute punissabilité au sens de l'art. 181 CP. En l'absence de consentement, il faudra le cas échéant vérifier si la société de recouvrement peut s'appuyer sur un autre motif justificatif au sens de l'art. 13, al. 2, LPD¹¹².

4.3 Absence de consentement à la radiation du registre des poursuites

Les offices des poursuites et des faillites dressent des procès-verbaux de leurs activités et des demandes et déclarations qu'ils reçoivent et tiennent les registres correspondants¹¹³. Toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable¹¹⁴. La loi prévoit toutefois que les offices des poursuites ne portent pas les poursuites à la connaissance de tiers dans certains cas; ces poursuites n'apparaissent alors pas sur l'extrait. Il en est ainsi lorsque les poursuites sont nulles¹¹⁵. Le droit de consultation des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure¹¹⁶. Une inscription au registre des poursuites peut avoir de graves conséquences pour le débiteur et notamment lui occasionner des difficultés lors de la recherche d'un emploi ou d'un logement ou en vue de l'obtention d'un crédit¹¹⁷. Les exceptions statuées par la loi sont par conséquent très importantes pour le débiteur.

L'art. 8a, al. 3, let. c, LP revêt une importance particulière dans le contexte qui nous occupe. Il statue que les *poursuites retirées par le créancier* ne sont pas portées à la connaissance de tiers. Le débiteur a donc tout intérêt à ce que son créancier retire la poursuite au plus tard après paiement du montant dû ou dans le cadre d'un règlement à l'amiable pour que les tiers ne sachent pas ou plus qu'il est ou a été poursuivi. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant cette disposition révisée pour la dernière fois en 1994 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, le créancier n'a pas besoin d'énoncer les motifs du retrait. La déclaration de retrait suffit¹¹⁸. Le moment où le retrait intervient n'a pas d'importance, pas plus que le fait qu'il ait lieu avant ou après le paiement¹¹⁹. Une partie de la doctrine a critiqué la possibilité de retirer la poursuite après le paiement, qui réduit fortement la valeur de l'extrait du registre¹²⁰. D'autres auteurs de doctrine objectent à cela que la possibilité donnée au débiteur de convenir avec le créancier du retrait de la poursuite et de restaurer ou du moins d'améliorer sa solvabilité peut être pour lui une incitation suffisante à payer sa dette, ce qu'il ne ferait pas spontanément. Un *accord sur le retrait de la poursuite* doit être valable et opposable en vertu du droit civil vu la possibilité de retrait inconditionnel donnée à l'art. 8a, al. 3, let. c, LP¹²¹. En l'absence d'accord, le créancier n'est pas obligé de retirer la poursuite, même si le paiement a eu lieu. Le débiteur ne peut d'ailleurs pas demander la radiation du registre à l'office des poursuites une fois le paiement intervenu¹²². Une partie de la doctrine est d'avis qu'il n'y a

¹¹² Voir également le ch. 4.4.3.

¹¹³ Art. 8a, al. 1, LP.

¹¹⁴ Art. 8a, al. 1, LP.

¹¹⁵ Art. 8a, al. 3, let. a, LP.

¹¹⁶ Art. 8a, al. 4, LP.

¹¹⁷ Voir le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 19 février 2015 concernant l'initiative parlementaire 09.530 "Annulation des commandements de payer injustifiés", FF **2015** 2943 2948.

¹¹⁸ Voir l'ATF 142 III 648, consid. 3.1, qui fait référence aux ATF 129 III 284, consid. 3.1, et 126 III 476, consid. 1b.

¹¹⁹ ATF 129 III 284, consid. 3.1; 126 III 476, consid. 1b; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 7B.224/2006, consid. 2.2.3 et 2.2.4 et le jugement du tribunal cantonal zurichois, Bulletin des préposés aux poursuites et faillites 2000, pp. 88 ss, avec des explications concernant les délibérations parlementaires relatives à cette disposition.

¹²⁰ WERNER MÜLLER, Jahresbericht 2000/2001, Bulletin des préposés aux poursuites et faillites 2001, pp. 109 s.

¹²¹ JAMES T. PETER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (éd.), Basler Kommentar SchKG I, 2^e éd., Bâle 2010, ad art. 8a n° 28.

¹²² Arrêt du Tribunal fédéral 7B.224/2006, consid. 2.2.4; ATF 128 III 334, 336; autorité de surveillance genevoise sur l'exécution de la LP, Bulletin des préposés aux poursuites et faillites 2002, pp. 41 ss, consid. 4; JAMES T. PETER, in BSK SchKG I (note de bas de page 121), ad art. 8a n° 28.

aucune différence de ce point de vue entre l'indemnisation directe du créancier et le paiement à l'office des poursuites¹²³.

Le refus du créancier de retirer la poursuite après paiement n'est pas illégal. Il reste à examiner la pratique de certains créanciers qui consiste à subordonner le retrait de la poursuite au paiement de "*frais*"¹²⁴ pouvant s'élever jusqu'à 100 francs. Il faut noter à cet égard que le créancier doit payer pour retirer la poursuite. Dans un arrêt de principe récent, le Tribunal fédéral a indiqué que l'office des poursuites pouvait prélever un émolument s'il dressait un procès-verbal pour le retrait d'une poursuite; concrètement, il a soutenu la facturation de 18,30 francs par l'office des poursuites pour un tel acte¹²⁵. Le créancier s'expose par ailleurs à des démarches administratives lorsqu'il retire la poursuite. Il est tout à fait compréhensible dès lors qu'il fasse dépendre le retrait de la poursuite du paiement du montant dû, dans le but de couvrir les émoluments exigés par l'office des poursuites et de récompenser ses efforts. Ni le droit civil ni le droit des poursuites ne fixent de plafond pour les frais dont le débiteur pourrait devoir s'acquitter; ceux-ci peuvent être fixés dans l'accord sur le retrait de la poursuite en conséquence de la liberté de contracter. Il reste à examiner, au vu de la signification de l'extrait du registre, si le droit pénal pose des limites.

La contrainte au sens de l'art. 181 CP requiert que le créancier menace le débiteur d'un dommage sérieux. Aucun tribunal n'a encore tranché la question de savoir si l'absence de consentement à la radiation d'une poursuite constituait un dommage sérieux. Si tel devait être le cas, il faudrait de plus, pour que la contrainte soit illégale, que le moyen utilisé ou le but visé soit illicite, qu'il y ait disproportion entre le moyen et le but visé ou que la combinaison d'un moyen licite et d'un but autorisé soit abusive ou contraire aux mœurs¹²⁶. Le Tribunal fédéral a par exemple décidé que l'indemnité de 30 francs imputée à un automobiliste en stationnement illégal pour les démarches effectuées n'était pas excessive et que le propriétaire du terrain pouvait recourir à cette méthode pour couvrir ses prétentions civiles. Le Tribunal fédéral a écarté la contrainte en l'espèce¹²⁷. On peut en déduire que la contrainte peut toujours être écartée lorsque les frais demandés par le créancier au débiteur pour lui éviter un dommage sérieux ne sont pas excessifs, mais couvrent uniquement le temps consacré à l'affaire et les dépenses engagées.

Si par contre la prétention à un avantage patrimonial n'est pas motivée juridiquement, n'est pas opposable ou est excessive, il peut s'agir (d'une tentative) d'extorsion et chantage (art. 156 CP), car le créancier agit dans le but de se procurer un enrichissement illégitime. A l'art. 156 CP, l'illégalité provient du but de la contrainte, l'extorsion visant à motiver la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à obtenir illégalement un avantage patrimonial¹²⁸.

4.4 Difficulté à apprécier si les prétentions de la société de recouvrement sont justifiées et ce qu'il advient des données du débiteur

4.4.1 Remarque liminaire

Juridiquement parlant, ces deux critiques appartiennent à des champs différents. Elles sont donc traitées séparément.

¹²³ URS MÖCKLI, in: Daniel Hunkeler (éd.), *Kurzkommentar SchKG*, 2^e éd., Bâle 2014, ad art. 8a n° 30.

¹²⁴ Voir les résultats du sondage mentionné à la note de bas de page 4.

¹²⁵ Voir l'ATF 142 III 648. Détails de la composition de l'émolument: 5 francs pour le procès-verbal, 8 francs pour le décompte des frais et la décision, 5,30 francs pour le port.

¹²⁶ ATF 129 IV 6, consid. 3.4

¹²⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 6S.77/2003, consid. 4.4 et 4.6, et 6B_192/2014, consid. 4

¹²⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 6P.5/2006, consid. 4.3, et 6B_411/2009, consid. 3.2

4.4.2 Evaluation du caractère justifié des prétentions

En cas de litige, il appartient au tribunal compétent de déterminer si la prétention est justifiée ou non. Jusqu'à sa décision, le créancier et le débiteur peuvent se déchirer en toute bonne foi sur la question. Les normes juridiques méritent interprétation, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas toujours unanimes. Il n'est en outre pas facile de pronostiquer ce que le tribunal va décider en l'espèce, car il applique les normes juridiques à l'état de fait tel qu'il est présenté dans la procédure.

La société de recouvrement (comme tout créancier) appréciera pour elle-même et dans son propre intérêt le caractère justifié de sa prétention avant de se retourner contre le débiteur. Pour toute prétention qu'elle fait valoir, elle risque, en cas de non-paiement, d'une part des dépenses inutiles et d'autre part une dégradation de sa réputation. *Il n'existe pour autant aucune obligation légale d'examiner le caractère justifié d'une créance.* Il serait cependant souhaitable, du point de vue du débiteur, que la société de recouvrement procède à cet examen en s'enquérant du motif juridique de la créance auprès du créancier, ne serait-ce que pour éviter de recouvrer des créances illégales ou contraires aux mœurs. La société de recouvrement devrait par ailleurs identifier précisément le débiteur, car il semble que des confusions de personnes se produisent¹²⁹, non sans tracasseries inutiles.

Le recouvrement de créances injustifiées peut être contraire à la LCD. Il arrive régulièrement que des sociétés de recouvrement tentent de récupérer des dettes d'argent fondées sur des contrats conclus sur la base d'indications fallacieuses, que les personnes concernées ont attaqués pour cause de vices du consentement au sens des art. 23 ss CO. Alors que ce type de contrat n'oblige pas celle des parties qui était dans l'erreur, le recouvrement des créances qu'il fonde devrait constituer une violation de l'art. 2 LCD¹³⁰ et une méthode de vente particulièrement agressive au sens de l'art. 3, al. 1, let. h, LCD. On peut de même admettre une violation de l'art. 2 LCD et l'utilisation de méthodes de vente particulièrement agressives lorsqu'une société de recouvrement tente de récupérer des sommes d'argent alors qu'aucun contrat valable n'a vu le jour faute d'accord¹³¹. Cela dit, il n'existe pas pour l'heure de jurisprudence sur les méthodes de vente agressives.

Si la société de recouvrement cause un dommage au débiteur, elle est *tenue de le réparer* en vertu de l'art. 41, al. 1, CO. Dans le contexte qui nous occupe, une violation des droits de la personnalité ou d'une norme de protection sont nécessaires pour fonder l'illicéité du dommage. En l'absence d'illicéité, on peut envisager une réparation au titre de l'art. 41, al. 2, CO, qui l'impose à quiconque cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs. Cette disposition est peu utilisée en pratique. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette condition de responsabilité n'est remplie qu'exceptionnellement et il faut faire montre d'une grande réserve pour la considérer comme telle¹³². L'art. 41, al. 2, CO s'applique principalement aux chicaneries: un comportement qui n'est pas dédié à la défense de ses propres intérêts, mais qui sert uniquement ou en priorité à causer un dommage aux autres est contraire aux mœurs. Or l'intérêt de la société de recouvrement consiste à récupérer les sommes dues; les chicaneries sont donc vraisemblablement plutôt rares.

¹²⁹ GABRIELA BAUMGARTNER/DORIS HUBER, Die furchterregenden Methoden der Geldeintreiber, in: Beobachter 3/2009, 5 février 2009.

¹³⁰ Voir le ch. 3.1.

¹³¹ Voir les cas d'envoi de factures ou de recouvrement pour des marchandises non commandées, URS WICKIHALDER, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (éd.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bâle 2013, ad. art. 3, al. 1, let. h n° 44 et les références citées.

¹³² ATF 124 III 297, consid. 5e.

4.4.3 Traitement des données du débiteur

Les traitements de données personnelles effectués par les sociétés de recouvrement sont régis par la LPD. Celle-ci fixe les principes à respecter lors du traitement de données personnelles. Ainsi, tout traitement de données personnelles effectué par une société de recouvrement doit être conforme aux principes de licéité, de bonne foi, de proportionnalité, de finalité et de reconnaissabilité (art. 4) ainsi qu'au principe d'exactitude.

Les art. 12 et 13, al. 1, LPD posent le principe selon lequel une atteinte à la personnalité – soit tout traitement de données portant atteinte à la personnalité – est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la personne concernée, par un intérêt prépondérant privé ou public ou par la loi. La personne qui traite des données personnelles peut ainsi lever l'illicéité d'un traitement au moyen d'un motif justificatif. L'art. 13, al. 2, LPD définit une liste non exhaustive de cas dans lesquels les intérêts prépondérants de la personne qui traite des données personnelles entrent en considération. Dans le cas du recouvrement d'une créance, le créancier dispose d'un motif justificatif pour communiquer des données personnelles concernant un débiteur à une société de recouvrement. Il n'y a donc pas d'atteinte à la personnalité du débiteur. La communication de données personnelles dans le cadre du mandat conclu entre le créancier et la société de recouvrement constitue une sous-traitance de données personnelles au sens de l'art. 10a LPD. Dans la mesure où les conditions fixées par cette disposition sont remplies, la société de recouvrement dispose des mêmes motifs justificatifs que le créancier (al. 2). Elle peut donc traiter les données personnelles concernant le débiteur aux fins de recouvrement de la créance de son client. Par contre, celle-ci ne saurait effectuer d'autres traitements et en particulier communiquer des données personnelles concernant le débiteur à des tiers (par exemple à des sociétés de renseignements économiques) si elle ne peut pas faire valoir un autre motif justificatif démontrant que la communication répond à un intérêt prépondérant du destinataire. A défaut de motif justificatif, le traitement de données personnelles constitue une atteinte illicite à la personnalité. Les victimes d'une telle atteinte disposent des actions en justice prévues par les art. 28a et 28/CC et par la LPD (art. 15 LPD). Par contre, la communication de données personnelles à un tiers sans motif justificatif ne tombe pas sous le coup de la sanction pénale prévue à l'art. 35 LPD. En effet, cette disposition réprime uniquement le fait de révéler d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité. Or les données personnelles concernant le débiteur (identité, adresse, montant de la dette, rapport juridique entre créancier et débiteur) ne sont pas des données sensibles ni des profils de la personnalité au sens de la LPD.

En vertu de l'art. 8 LPD, le débiteur peut demander, en principe gratuitement, à la société de recouvrement si des données le concernant sont traitées. Le droit d'accès est la clé qui permet à la personne concernée de faire valoir les droits que lui octroie la loi. Les renseignements à fournir sont définis à l'al. 2. En cas de refus de la société de recouvrement, la personne concernée peut ouvrir une action en justice devant le tribunal civil compétent.

Les entreprises de recouvrement sont soumises à la surveillance du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT; art. 28 LPD). Celui-ci peut ouvrir, dans certains cas, une enquête et émettre une recommandation à l'attention de l'entreprise concernée afin qu'elle modifie ou cesse les traitements illicites (art. 29, al. 3). Si sa recommandation n'est pas suivie, le PFPDT peut porter l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral pour décision.

La LPD est en cours de révision. Selon l'avant-projet de loi soumis à la consultation externe¹³³, la révision vise un renforcement de la protection des données, au travers notamment d'une amélioration de la transparence des traitements et du contrôle des personnes concernées sur leurs données. Le devoir d'informer la personne concernée lors de la collecte de données la concernant sera étendu à tous les traitements dans le secteur privé, et non plus seulement aux données sensibles et aux profils de la personnalité. Ainsi, le créancier qui communique à une entreprise de recouvrement des données personnelles concernant son débiteur devra informer ce dernier. La révision étend également les informations à fournir à la personne concernée lorsque celle-ci exerce son droit d'accès. Enfin, elle confère des compétences décisionnelles au PFPDT. Ainsi, en cas de violation des dispositions fédérales de protection des données, celui-ci sera habilité à ordonner à la société concernée la suspension, la modification ou la cessation de tout ou partie du traitement.

4.5 Tentatives de recouvrement de créances prescrites

Une créance une fois prescrite ne peut plus être recouvrée contre la volonté du débiteur¹³⁴. Le débiteur est en droit de *contester la créance pour cause de prescription*. Contrairement à ce qui se produit en cas de péremption, la créance ne s'éteint pas une fois prescrite. Le créancier ne se procure pas d'enrichissement illégitime si le débiteur s'acquitte de son dû malgré la prescription. La compensation d'une créance prescrite est possible à certaines conditions¹³⁵.

L'art. 142 CO, selon lequel le juge *ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* revêt une importance centrale. Lorsqu'un créancier lance une action en justice pour une créance prescrite et que le débiteur ne conteste pas la créance pour cause de prescription, le juge doit admettre la demande si les autres conditions sont remplies (existence de la créance, etc.). Juridiquement, on ne peut donc dénoncer le fait qu'un créancier fasse valoir une créance prescrite. Le débiteur a la responsabilité de vérifier si la créance est prescrite et, le cas échéant, de la contester pour cause de prescription¹³⁶.

4.6 Refus de la société de recouvrement de détruire le dossier

En vertu de l'art. 5 LPD, l'entreprise de recouvrement qui traite des données personnelles concernant un débiteur est tenue de s'assurer qu'elles sont correctes. Elle doit à cette fin prendre toute mesure appropriée permettant d'effacer ou de rectifier les données inexacts ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées. Il s'agit d'un principe général de protection des données. Les maîtres du fichier, tout comme les personnes concernées, ont un intérêt prépondérant à ce que seules des données actuelles et pertinentes soient traitées.

Les personnes concernées ont le droit d'exiger la rectification des données inexacts, le cas échéant devant un tribunal civil (art. 5, al. 2 et 15 LPD). Elles peuvent également demander que le traitement illicite des données, notamment la communication à des tiers, soit interdit ou que les données soient rectifiées ou détruites. Le droit en vigueur prévoit en outre implicitement que la personne concernée peut exiger l'effacement de données ayant fait l'objet d'un traitement qui constitue une atteinte illicite à sa personnalité.

¹³³ www.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Projets législatifs en cours > Renforcement de la protection des données

¹³⁴ Voir de manière générale concernant la prescription GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 3268 ss.

¹³⁵ Art. 120, al. 3, CO.

¹³⁶ En procédure civile, il faut noter que la doctrine est divisée sur la question de savoir si, dans le cadre de l'interpellation par le tribunal (art. 56 CPC), il ne faudrait pas rendre le défendeur non représenté par un défenseur (en l'occurrence le débiteur) attentif à la possibilité qu'il avait de contester la créance pour cause de prescription; voir à ce sujet GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note de bas de page 54), n° 3363 et les références citées.

La révision de la LPD renforce les droits de la personne concernée. Elle prévoit expressément le droit à l'effacement de données personnelles dont le traitement constitue une atteinte illicite à la personnalité de la personne concernée. La révision de la LPD renforce également certains principes de protection des données. Ainsi, les données ne seront conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées que pendant la durée imposée par les finalités du traitement.

Outre le droit de la protection des données, il y a aussi les *obligations légales de conservation*. La société de recouvrement est tenue de présenter ses comptes au mandant dans le cadre du mandat qui lui est confié¹³⁷. Cette obligation perdure au-delà de la durée du mandat, puisque le droit du créancier (en tant que mandant) de se voir présenter les comptes se prescrit dix ans après la fin du contrat¹³⁸. Si la société de recouvrement doit tenir une comptabilité et présenter des comptes, ce qui est généralement le cas¹³⁹, elle doit aussi conserver pendant dix ans les pièces comptables servant à constater les rapports entre débiteurs et créanciers (art. 958f, al. 1, CO)¹⁴⁰. Le droit fiscal peut prévoir des obligations de conservation supplémentaires¹⁴¹.

5 Droit comparé

5.1 Droit européen

A travers la directive européenne 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (ci-après « *directive européenne contre le retard de paiement* »), le Parlement et le Conseil européen ont souhaité renforcer le droit des entreprises à un règlement sans retard de leurs factures. La directive ne s'applique qu'aux *transactions entre des entreprises ou entre des entreprises et les pouvoirs publics*¹⁴² et vise à lutter contre le retard de paiement dans le marché intérieur européen.

La directive européenne contre le retard de paiement prévoit une harmonisation des délais pour les paiements des collectivités publiques aux entreprises, l'application de la liberté contractuelle dans le cadre des relations commerciales entre entreprises, l'application automatique d'intérêts moratoires et la hausse du taux légal de l'intérêt moratoire dans les Etats membres à 8 % au moins au-dessus du taux de référence de la Banque centrale européenne. A son article 6, paragraphe 1, sous le titre "Indemnisation pour les frais de recouvrement", la directive indique en outre que le créancier doit être en droit d'obtenir du débiteur, comme minimum, le paiement d'un montant forfaitaire de 40 euros. Selon le paragraphe 3 du même article, le créancier est en droit de réclamer au débiteur une indemnisation raisonnable pour tous les autres frais de recouvrement venant en sus dudit montant forfaitaire et encourus par suite d'un retard de paiement du débiteur, ces frais pouvant comprendre, notamment, les dépenses engagées pour faire appel à un avocat ou à une société de recouvrement de créances.

Cette directive devait être transposée en droit national avant le 16 mars 2013 au plus tard. Les Etats membres sont libres de prévoir ou de maintenir en vigueur une législation encore plus favorable aux créanciers.

¹³⁷ Voir le ch. 4.1.1.

¹³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_638/2009, consid. 3.4.5 et les références citées; ROLF WEBER, in: BSK OR I (note de bas de page 57), ad art. 400 n° 23.

¹³⁹ Voir l'art. 957 CO.

¹⁴⁰ Voir MARKUS NEUHAUS/DANIEL SUTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éd.), Basler Kommentar Obligationenrecht II (ci-après BSK OR II), 5^e éd., Bâle 2016, ad art. 958f n° 8.

¹⁴¹ Voir MARKUS NEUHAUS/DANIEL SUTER, in: BSK OR II (note de bas de page 140), ad art. 958f n° 3 s.

¹⁴² Voir l'art. 1 en relation avec l'art. 2, ch. 2, de la directive.

5.2 Droit national étranger

En vue de l'élaboration du présent rapport, l'Office fédéral de la justice a chargé l'Institut suisse de droit comparé de préparer un avis de droit sur la réglementation des sociétés de recouvrement et des bases de données relatives à la solvabilité en Belgique, en Allemagne, en France, en Suède, au Canada (Ontario) et au Royaume-Uni. Pour ce qui concerne les sociétés de recouvrement, l'examen a porté d'une part sur leur surveillance et leur réglementation (approche basée sur l'entreprise) et d'autre part sur l'existence de règles déontologiques applicables aux activités de recouvrement, ou de règles interdisant certaines pratiques en matière de recouvrement (approche basée sur l'activité). Les résultats de cet examen¹⁴³ sont exposés dans les paragraphes qui suivent.

Dans toutes les juridictions examinées, l'activité des sociétés de recouvrement est réglementée au moins partiellement. En Belgique et en Ontario, seul le recouvrement de créances auprès de consommateurs est réglementé. Au Royaume-Uni, c'est uniquement le recouvrement de crédits à la consommation (au sens large) qui est visé par le régulateur. En France, en Allemagne et en Suède, les services de recouvrement sont en revanche réglementés de façon générale. En France et en Allemagne, seul le fait de faire valoir une créance pour le compte d'un tiers constitue une activité de recouvrement. Dans les autres juridictions, la réglementation est applicable indépendamment de la question de savoir si la société de recouvrement invoque la créance pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers.

En principe, toutes les juridictions examinées soumettent les sociétés actives dans le recouvrement de créances à la *surveillance de l'Etat*. Cette surveillance est exercée en Suède par l'autorité en charge de la protection des données, en Allemagne et en France par une autorité judiciaire (le Ministère public en France, la *Landesjustizverwaltung* en Allemagne), en Belgique et au Royaume-Uni par une autorité de surveillance financière (indépendante au Royaume-Uni et intégrée au Service public fédéral Economie en Belgique) et en Ontario par une autorité (tenant le registre correspondant) se consacrant uniquement à la surveillance des sociétés de recouvrement. Il existe toutefois des différences plus fondamentales dans l'approche réglementaire. Certaines juridictions (France, Belgique) se contentent d'imposer une obligation d'inscription, alors que d'autres (Suède, Allemagne, Royaume-Uni) soumettent le recouvrement de créances à autorisation, cette activité ne pouvant pas être pratiquée sans l'accord de l'Etat. Le droit de la province d'Ontario mentionne une obligation d'inscription au registre, mais limite la durée de la validité de l'inscription et prévoit plusieurs conditions matérielles, ce qui équivaut en pratique à un régime d'autorisation.

Pour ce qui est des *conditions pour exercer une activité de recouvrement*, les droits français et belge prévoient des critères minimaux protégeant essentiellement les intérêts économiques des créanciers, tels que l'obligation de contracter une assurance responsabilité civile ou d'utiliser un compte séparé pour les montants dus à l'entreprise elle-même (France). En Belgique, une « attestation de bonnes conduites, vie et mœurs » doit également être présentée. Dans la plupart des juridictions examinées, des exigences personnelles et techniques sont également posées (souvent en complément de garanties en matière d'assurance et de garanties financières). En Ontario, en Suède et en Allemagne, il est nécessaire d'avoir une certaine expérience professionnelle et/ou une formation adéquate et de démontrer une aptitude personnelle, cette dernière étant examinée sur la base de déclarations d'anciens employeurs (Suède), de l'existence ou non de condamnations pénales (Allemagne) et de la capacité à démontrer une situation financière en règle

¹⁴³ L'avis de droit peut être consulté à l'adresse suivante: <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news.html>>.

(Allemagne et Ontario). En droit anglais, l'autorité octroyant les autorisations semble avoir une plus grande marge de manœuvre en matière d'exigences personnelles et techniques. Il ressort de la comparaison de ces exigences que les règles ne sont pas plus ou moins sévères selon qu'elles protègent uniquement les consommateurs ou les débiteurs en général, dans la mesure où les réglementations générales existant par exemple en Suède et en Allemagne prévoient également des conditions relativement restrictives.

En matière de *réglementation visant l'activité exercée*, il existe des approches très différentes. Même si certaines juridictions prévoient des devoirs d'information particuliers envers les créanciers, c'est avant tout la protection des débiteurs qui est visée. Toutes les juridictions examinées prévoient que la société de recouvrement doit communiquer au débiteur le nom du créancier ainsi que le montant et la cause de la créance invoquée, l'Allemagne, la Belgique, le Canada et le Royaume-Uni prévoyant toutefois que cette obligation n'existe qu'envers les consommateurs. Il existe parfois un devoir d'information plus étendu dans certaines situations, notamment au Royaume-Uni (lorsque le débiteur conteste la créance) et en Allemagne (sur demande). Les obligations de fournir des informations sur la société de recouvrement sont généralisées (seule l'Allemagne n'en prévoit pas), ainsi que d'informer sur les taxes et les modalités de rémunération (sauf en Ontario et au Royaume-Uni), au moins lorsque des consommateurs sont visés (c'est le cas en Allemagne et en Belgique, et pour les débiteurs en général en France et en Suède).

La protection des débiteurs est renforcée par une réglementation des *méthodes autorisées* dans le cadre des activités de recouvrement. Ce point est réglementé dans toutes les juridictions examinées. Trois domaines distincts font l'objet d'une protection : 1) le libre arbitre du débiteur, 2) les données le concernant (c'est-à-dire les données relatives à son refus ou à son incapacité de payer), et 3) sa sphère privée chez lui ou sur son lieu de travail. En matière de libre arbitre du débiteur, les tribunaux français et allemands ont appliqué aux activités de recouvrement des dispositions pénales générales et sanctionné les façons de procéder trompeuses (par ex. en jugeant qu'elles étaient constitutives d'escroquerie) ou le recours à des pressions psychologiques (contrainte). En France et en Belgique, ces deux comportements sont (également) visés par des dispositions de protection des consommateurs. En Suède et en Ontario, le recours à des pressions psychologiques dans le cadre d'activités de recouvrement est expressément interdit.

En ce qui concerne la *protection des données* relatives aux débiteurs, il existe en revanche très peu de dispositions spécifiquement applicables à l'activité de recouvrement. Dans la plupart des cas, ce sont les principes généraux du droit de la protection des données qui sont appliqués. Le droit allemand réglemente toutefois en détail la transmission de données aux agences de renseignement en matière de crédits. En droit suédois et canadien, il est également interdit de menacer de transmettre ou de publier les données.

La *protection de la sphère privée au domicile et sur le lieu de travail* fait l'objet d'une réglementation relativement détaillée dans les juridictions examinées, sauf en Allemagne et en France (en matière de protection de la sphère privée sur le lieu de travail, les dispositions pénales générales contre les sollicitations téléphoniques abusives et l'interdiction des pratiques abusives prévue par le droit de la protection des consommateurs sont toutefois appliquées aux activités des sociétés de recouvrement). Toutes les juridictions prévoient des restrictions horaires pour les appels téléphoniques. En Belgique, en Suède et en Ontario, les visites sur le lieu de travail ou rendues à des tiers ne sont admises qu'à certaines conditions.

Les réglementations examinées visent également parfois à protéger les intérêts économiques des débiteurs. Un certain degré de *protection contre l'encaissement de prétentions abusives* est assuré par la mise en place d'obligations d'informer, par des interdictions explicites (en Suède et en Belgique), et par l'application de normes pénales

(escroquerie en Allemagne). La répercussion des frais de recouvrement sur les débiteurs est également souvent réglementée. Comme mentionné précédemment, la directive européenne contre le retard de paiement¹⁴⁴ prévoit certes que – dans les rapports commerciaux entre entreprises ou entre les entreprises et les collectivités publiques – le droit à la compensation des frais de recouvrement comprend également les dépenses engagées pour faire appel à une société de recouvrement de créances (art. 6). Hors du champ d'application de la directive, il existe toutefois différents types de règles, telles que l'interdiction de la répercussion des coûts (en France, sauf pour le recouvrement de créances constatées par un titre exécutoire), l'obligation de prévoir la répercussion des frais dans le contrat sur lequel la créance est fondée (en Belgique, au Royaume-Uni et en Ontario, la mention d'une peine conventionnelle suffisant en Belgique et le montant ainsi que les conditions applicables devant être clairement prévues au Royaume-Uni), l'exigence d'une annonce préalable (en Ontario), la limitation aux frais nécessaires (en Ontario, les frais engagés pour faire appel à une société de recouvrement étant toutefois exclus), ou la réglementation des montants pouvant être exigés (en Allemagne et en Suède). Ces règles ne sont applicables qu'au recouvrement de créances auprès de consommateurs – sauf en Allemagne et en Suède. En général, une exception est également prévue pour les créances constatées par un titre exécutoire tel qu'un jugement entré en force.

6 Discussion

Le postulat demande que soient étudiées d'une part la question de savoir si les activités des sociétés de recouvrement doivent être encadrées par la loi et d'autre part celle de savoir s'il y a lieu d'interdire la répercussion des frais de recouvrement sur les débiteurs.

Depuis plusieurs années déjà, certaines pratiques des sociétés de recouvrement font l'objet de critiques de la part des organisations de protection des consommateurs et des centres de consultation pour personnes endettées. Il semble incontestable que les moyens employés pour procéder aux recouvrements ne correspondent pas toujours à ce que l'on peut attendre d'une procédure d'encaissement convenable. Une pression excessive est parfois exercée sur le débiteur et des taxes disproportionnées sont réclamées. Le problème vient aussi parfois de désagréments évitables, tels que l'absence d'un interlocuteur précis au sein de la société de recouvrement avec lequel le débiteur pourrait discuter du cas et parvenir à une solution obligeant les parties.

Il ressort de ce qui précède qu'en matière de dommages causés par les retards de paiement, la situation juridique actuelle n'est pas tout à fait claire. La question sensible de savoir si – et le cas échéant dans quelle mesure – les frais de recouvrement doivent être supportés par le débiteur constitue toutefois une question de droit, devant être tranchée sur la base d'une interprétation de l'art. 106 CO. Or cette compétence appartient en principe aux tribunaux. Le postulat Comte demande que soit examinée la question de savoir si la répercussion sur les débiteurs des frais administratifs des sociétés de recouvrement pouvait être interdite. Dans le présent contexte, il ne semble toutefois pas indiqué de s'écarter des principes établis du droit des obligations et de créer une réglementation spéciale prévoyant que les frais ne peuvent pas être récupérés ou qu'ils ne peuvent être répercutés sur les débiteurs que jusqu'à concurrence d'un montant forfaitaire défini. Les questions qui se posent sont de pures questions de droit et les cas d'applications pratiques concernés diffèrent parfois fondamentalement les uns des autres. Les tribunaux sont mieux placés pour juger, en fonction du cas d'espèce, si le recours à un représentant professionnel est indiqué ou non. Par ailleurs, il semble difficile de régler les questions concernées au niveau législatif – c'est-

¹⁴⁴ Voir le ch. 5.1.

à-dire de façon générale et abstraite. En particulier, la solution parfois retenue à l'étranger consistant à prévoir un montant forfaitaire légal pour les frais entraînerait dans de nombreux cas une violation du principe d'*interdiction de la surindemnisation*, fondamental en droit suisse des obligations. Ce principe prévoit que les dommages-intérêts perçus ne doivent pas mettre le lésé dans une position plus favorable que celle qu'il aurait eue si le dommage n'était pas survenu. L'application de tarifs forfaitaires indépendants du montant du dommage causé ne respecterait pas cette interdiction, dès lors que ces tarifs seraient appliqués même lorsque le créancier n'a subi aucun dommage – ou du moins aucun dommage n'étant pas déjà couvert par le montant des intérêts moratoires. Pour les créanciers (c'est-à-dire les sociétés de recouvrement), au fil des cas de recouvrement, cela pourrait avoir pour effet de créer une « subvention croisée ». Or, un tel résultat n'est pas compatible avec la notion de règlement des dommages entre deux parties déterminées. En cas d'application d'un montant forfaitaire dépendant du montant de la créance, ce problème serait encore accentué. Une telle règle ne se justifie pas, dans la mesure où les frais que le créancier ou la société de recouvrement doit engager en cas de retard de paiement ne sont pas toujours proportionnels au montant de la créance. Du point de vue juridique, un courrier de mise en demeure pour un montant d'un franc ne doit pas être rédigé différemment d'un courrier du même type pour un montant d'un million de francs. Dans l'hypothèse où des taxes forfaitaires seraient tout de même prévues, il y aurait en tout cas lieu d'éviter que leur montant ou le moment de leur exigibilité ne constituent une incitation pour les créanciers ou les maisons de recouvrement à différer le moment de la poursuite dans le seul but de pouvoir obtenir le paiement de ces taxes.

Pour ce qui est des autres pratiques examinées, le droit pénal et le droit de la protection des données en vigueur offrent des outils permettant d'agir contre les pratiques inappropriées des sociétés de recouvrement. En particulier, l'exercice d'une pression excessive au-delà du seuil de la contrainte est punissable.

Enfin, la possibilité d'une réglementation globale des activités de recouvrement et de la mise en place d'une procédure d'autorisation et de devoirs de diligence est régulièrement évoquée. Une telle restriction de la liberté économique garantie par la Constitution (art. 27 et 94 Cst.) doit toutefois être envisagée avec beaucoup de prudence. Le Conseil fédéral est d'avis qu'au vu des moyens qu'offre le droit en vigueur, l'adoption d'une réglementation fédérale dans ce domaine serait disproportionnée.

Dans la mesure toutefois où le Parlement souhaiterait légiférer dans ce domaine, le Conseil fédéral recommanderait en premier lieu de compléter la loi contre la concurrence déloyale. Une nouvelle lettre pourrait être ajoutée à l'art. 3, al. 1, de cette loi, viser les sociétés de recouvrement en particulier et prévoir – tout comme la let. s en matière de commerce électronique – des obligations de comportement pour toutes les personnes actives dans le domaine du recouvrement de créances. Cette loi pourrait ainsi prévoir l'obligation de spécifier et de justifier le montant réclamé, de ne pas fournir d'indications trompeuses sur les moyens juridiques à disposition du créancier et de s'abstenir de tout comportement menaçant ou autrement inapproprié envers les débiteurs. Par le biais de l'art. 23 LCD, de tels comportements deviendraient punissables sur plainte. Un complément ponctuel apporté au droit en vigueur pourrait améliorer la situation des débiteurs sans toutefois imposer une charge excessive aux créanciers et aux sociétés de recouvrement.