

# La révision de la LP concernant les poursuites injustifiées

22 mai 2019, 14h00



Romain JORDAN, avocat

**MERKT [&] associés**  
Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

## Plan

1. Introduction
2. Quelques constats de base
3. Actions et voies ouvertes au 31.12.2018
4. Evolution du droit applicable au 1.1.2019
5. Quelques questions ouvertes
6. Questions, discussion

# Introduction

Selon le département fédéral de justice et police lui-même:

## Améliorer le système des poursuites ne peut se faire de façon simple

Mots-clés: Poursuites et faillites

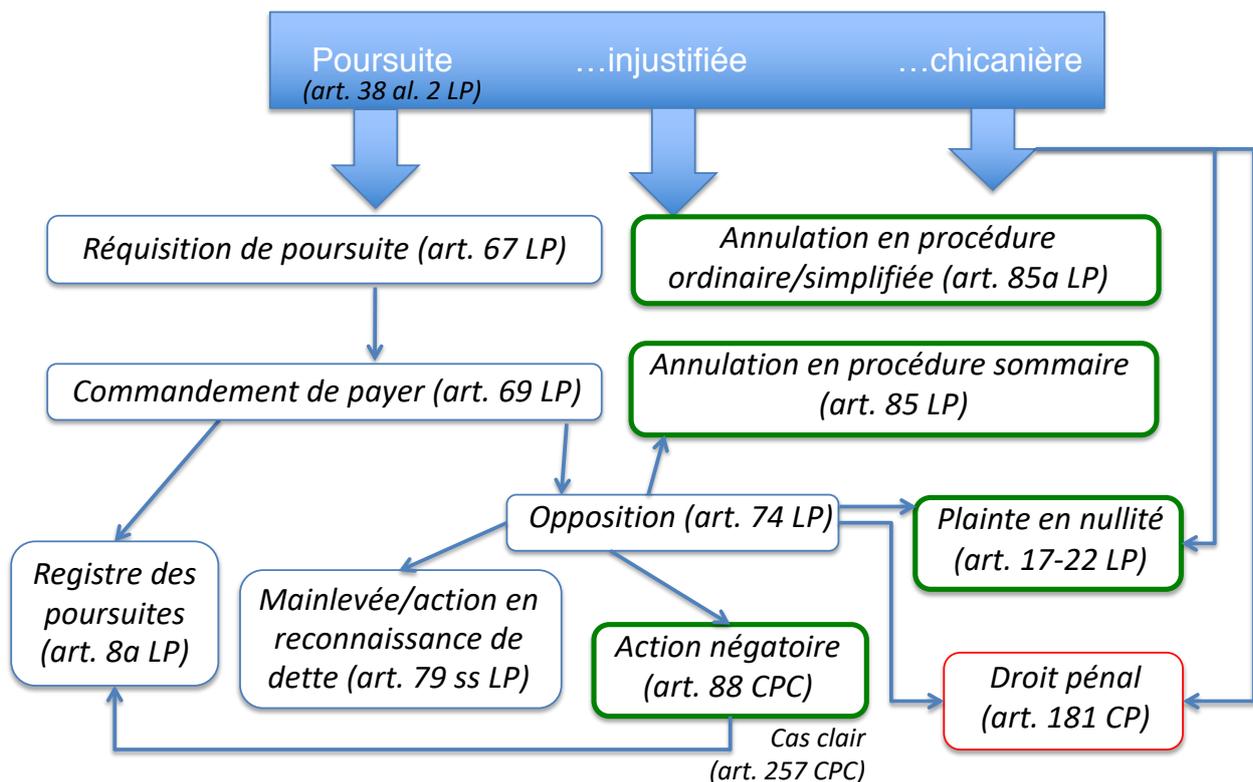
Communiqués, Le Conseil fédéral, 04.07.2018

Cf. <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-07-04.html>

Conférence du 22 mai 2019

3

# Introduction (droit en vigueur au 31.12.2018)



Conférence du 22 mai 2019

## 2. Quelques constats de base

### 2.1 Une particularité du droit suisse

« C'est une particularité du droit suisse que de permettre l'introduction d'une poursuite **sans devoir prouver l'existence de la créance**; le titre exécutoire n'est pas la créance elle-même ni le titre qui l'incorpore éventuellement, mais seulement le commandement de payer passé en force (ATF 113 III 2 consid. 2b p. 3; parmi plusieurs: arrêt 5A\_250-252/2015 du 10 septembre 2015 consid. 4.1, avec d'autres citations). »

Ni preuve, **ni vraisemblance** de l'existence d'une créance (art. 67 LP).

Toute personne peut **consulter les procès-verbaux et les registres des offices** des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable (art. 8a al. 1 LP).

## 2. Quelques constats de base

### 2.2 Une question ancienne

576

B. Civilrechtspflege.

widerrechtlich; es ist ja vielmehr ein Recht des Bürgers, für Ansprüche, die er zu besitzen vermeint, den rechtlichen Schutz anzurufen und, im Bestreitungsfall, auf den Spruch der Gerichte zu provozieren. Dagegen liegt in der rechtlichen Verfolgung eines unbegründeten Anspruchs dann allerdings eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung, wenn in böswilliger oder frivoler Weise haltlose, wohl gar erdichtete, Ansprüche im Rechtswege geltend gemacht werden. Im vorliegenden Falle nun war die Betreibung des Klägers durch die Liquidatoren

ATF 10 I 570, p. 576 (12 décembre 1884)

## 2. Quelques constats de base

### 2.3 Une définition de la poursuite abusive

Sont abusives au sens de la jurisprudence les poursuites exercées dans un **but sans le moindre rapport avec la procédure de poursuite**

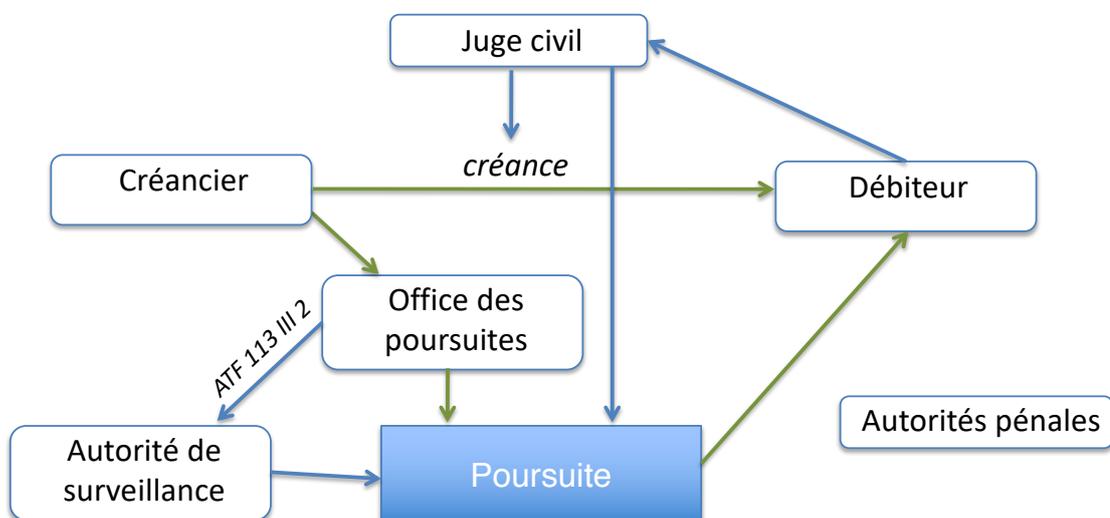
ou pour **tourmenter délibérément le poursuivi**, ce qui est réalisé en principe lorsque le poursuivant fait notifier plusieurs commandements de payer fondés sur la même cause et pour des sommes importantes, sans jamais demander la mainlevée de l'opposition ni la reconnaissance judiciaire de sa créance,

lorsqu'il procède par voie de poursuite contre une personne dans **l'unique but de détruire sa bonne réputation**,

ou encore **lorsqu'il reconnaît**, devant l'office des poursuites ou le poursuivi lui-même, **qu'il n'agit pas envers le véritable débiteur** (ATF 115 III 18 ; arrêt 5A.250/2007 du 19 septembre 2007 consid. 3.1).

## 2. Quelques constats de base

### 2.4 Une pluralité d'intervenants, de règles, de matières



## 2. Quelques constats de base

### 2.4 Une pluralité d'intervenants, de règles, de matières

- **Choix stratégiques** à opérer en fonction des paramètres de l'affaire :
  - a) valeur litigieuse,
  - b) configuration du litige,
  - c) nature de la créance [contestée, abusive, ou chicanière],
  - d) moyens des parties,
  - e) moyens de preuve (titres, etc.),
  - f) fors à disposition.
  
- **Conséquences** en termes de coût, calendrier, règles de procédure et autorités compétentes.

## 3. Actions et voies ouvertes

### 3.1 La plainte pour poursuite abusive (art. 2 CC)

La nullité d'une poursuite pour abus de droit ne peut être reconnue que dans des **cas exceptionnels**, ainsi lorsqu'il est manifeste que le créancier agit dans un but sans le moindre rapport avec la procédure de poursuite, en particulier pour délibérément tourmenter le poursuivi (ATF 115 II 18, consid. 3b p. 21).

**Procédure:** art. 17-22 LP.

**Délai:** 10 jours dès la notification du commandement de payer voire ultérieurement.

**Autorité compétente:** Autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite, art. 13 al. 1 LP du **for** de la poursuite.

**Coût:** en principe gratuit (cf. art. 20a al. 2 ch. 5 LP).

# 3. Actions et voies ouvertes

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

L'action se limite à la preuve stricte par pièces, étant précisé que le jugement rendu déploiera des effets uniquement en droit des poursuites. Le débiteur prouve par titre que la dette est éteinte en capital, intérêts et frais, ou que le créancier lui a accordé un sursis. La jurisprudence a précisé que l'action est aussi ouverte si le débiteur prouve par pièces que la créance en poursuite n'a jamais existé.

**Procédure sommaire**, cf. art. 251 let. c CPC.

**Délai**: en tout temps.

**Autorité compétente**: Juge civil du for de la poursuite.

**Coût**: en fonction de la valeur litigieuse, mais réduit à raison de la procédure sommaire.

# 3. Actions et voies ouvertes

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

Toute personne qui reçoit notification d'un commandement de payer est réputée jouir d'un intérêt digne de protection à faire constater que la somme réclamée n'est pas due. L'action générale en constatation de l'inexistence de la créance en poursuite a pour but d'empêcher que les poursuites litigieuses ne soient communiquées aux tiers en vertu de l'art. 8a al. 3 let. a LP (ATF 128 III 334 p. 335; arrêt 5A\_890/2012 du 5 mars 2013, consid. 5.4).

**Procédure ordinaire**.

**Délai**: en tout temps.

**Autorité compétente**: Juge civil du for du défendeur (art. 10 CPC).

**Coût**: en fonction de la valeur litigieuse.

# 3. Actions et voies ouvertes

## 3.4 L'action de l'art. 85a LP (existence matérielle de la créance ou sursis octroyé)

Cette action permet au poursuivi de pouvoir éviter, dans l'hypothèse où il n'a pas de titre, l'exécution forcée de son patrimoine. L'action tranche l'existence matérielle de la créance ou du sursis accordé à la créance. Le créancier poursuivant est **contraint de prouver l'existence de sa créance** au risque de perdre matériellement son droit en cas d'échec.

**Voie toutefois exclue si le poursuivi a formé opposition** au commandement de payer lui ayant été notifié (ATF 132 III 277, consid. 4.2 p. 278; ATF 125 III 149, consid. 2c p. 151).

**Procédure ordinaire. Délai:** en tout temps.

**Autorité compétente:** Juge civil du for de la poursuite.

**Coût:** en fonction de la valeur litigieuse.

# 3. Actions et voies ouvertes

**Plainte en nullité**  
(art. 17-22 LP)

**Annulation en procédure sommaire**  
(art. 85 LP)

*Preuve stricte que la dette est éteinte, qu'un sursis a été accordé ou que la créance n'a jamais existé – pas d'autorité de la chose jugée sur le fond (ATF 140 III 41)*

**Action négatoire**  
(art. 88 CPC)

*Si situation incontestable:  
Voie du cas clair (art. 257 CPC),  
procédure sommaire*

Seulement si aucune opposition n'a été formulée à temps (ATF 140 III 41):

**Annulation en procédure ordinaire/simplifiée (art. 85a LP)**

*Contraint le créancier poursuivant à devoir prouver l'existence matérielle de sa créance au risque de perdre matériellement son droit en cas d'échec.*

*L'action n'a pas d'effet suspensif automatique (art. 85a al. 2 LP), et ses effets seront limités à la durée de la procédure en annulation de la poursuite (arrêt 5A\_219/2016 du 27 mai 2016, consid. 1.2.1).*

**CONSTAT: protection du débiteur insatisfaisante.**

# 4. Evolution du droit applicable

## 4.1 L'initiative parlementaire 09.530

- Décembre 2009, dépôt d'une initiative parlementaire par le CN Fabio Abate « Annulation des commandements de payer injustifiés ».
- Rapport de la commission des affaires juridiques du Conseil national du 19 février 2015 (FF 2015 2943).
- Consensus trouvé devant les Chambres fédérales le 16 décembre 2016 (FF 2016 8631).
- Entrée en vigueur au **1<sup>er</sup> janvier 2019**, après un (long) travail de mise à jour de la législation d'exécution, notamment en matière de frais (OELP).

# 4. Evolution du droit applicable

## 4.2 La nouvelle du 16 décembre 2016

Principalement trois modifications du régime légal:

### 4.2.1 Adoption d'un art. 8a al. 3 let. d nLP:

#### **Art. 8a E. Procès-verbaux et registres / 2. Droit de consultation 2. Droit de consultation**

1 Toute personne peut consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits à condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable.

2 Cet intérêt est rendu vraisemblable en particulier lorsque la demande d'extrait est directement liée à la conclusion ou à la liquidation d'un contrat.

#### **3 Les offices ne doivent pas porter à la connaissance de tiers:**

- les poursuites nulles ainsi que celles qui ont été annulées sur plainte ou à la suite d'un jugement;
- les poursuites pour lesquelles le débiteur a obtenu gain de cause dans l'action en répétition de l'indu;
- les poursuites retirées par le créancier.

4 Le droit de consultation des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure. Les autorités judiciaires et administratives peuvent encore, dans l'intérêt d'une procédure pendante devant elles, demander la délivrance d'un extrait.

# 4. Evolution du droit applicable

## 4.2 La nouvelle du 16 décembre 2016

Principalement trois modifications du régime légal:

### 4.2.1 Adoption d'un art. 8a al. 3 let. d nLP:

Les offices ne doivent pas porter à la connaissance de tiers:

**d.** les poursuites pour lesquelles une demande du débiteur dans ce sens est faite à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du commandement de payer, à moins que le créancier ne prouve, dans un délai de 20 jours imparti par l'office des poursuites, qu'une procédure d'annulation de l'opposition (art. 79 à 84) a été engagée à temps; lorsque la preuve est apportée par la suite, ou lorsque la poursuite est continuée, celle-ci est à nouveau portée à la connaissance de tiers.

#### **Conditions**

- a) Demande du débiteur;
- b) Expiration d'un délai de trois mois dès la notification du commandement de payer; et
- c) Absence de preuve par le créancier, dans un délai de 20 jours, qu'une procédure en annulation de l'opposition a été engagée à temps.

# 4. Evolution du droit applicable

## 4.2 La nouvelle du 16 décembre 2016

### 4.2.2 Modification de l'art. 73 LP

1 A partir du moment où la poursuite a été engagée, le débiteur peut demander en tout temps que le créancier soit sommé de présenter à l'office des poursuites les moyens de preuve afférents à sa créance et une récapitulation de tous ses droits à l'égard du débiteur.

2 Les délais continuent à courir nonobstant la sommation. Si le créancier n'obtempère pas ou n'obtempère pas en temps utile, le juge dans un litige ultérieur tient compte, lors de la décision relative aux frais de procédure, du fait que le débiteur n'a pas pu prendre connaissance des moyens de preuve.

#### **Nouveautés**

- a) Possibilité de demander la présentation des moyens de preuve « en tout temps »;
- b) Le débiteur peut en outre solliciter du créancier une « récapitulation de tous ses droits » à son égard.

# 4. Evolution du droit applicable

## 4.2 La nouvelle du 16 décembre 2016

### 4.2.3 Modification de l'art. 85a al. 1 LP

1 Que la poursuite ait été frappée d'opposition ou non, le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis a été accordé.

#### **Nouveauté**

Possibilité de déposer l'action de l'art. 85a al. 1 LP également s'il a été formé opposition au commandement de payer.

# 4. Evolution du droit applicable

## 4.3 Instruction n°5 du service Haute surveillance LP

Le 18 octobre 2018, le service Haute surveillance LP du domaine de direction de droit privé de l'Office fédéral de la justice a adopté une instruction destinée à permettre une application uniforme de la nouvelle (nouvel art. 8a al. 3 let. d LP), en particulier sur :

- le **calcul des délais** de trois mois, de 20 jours ;
- rappel quant à l'application de l'art. 32 LP (**transmission d'office**);
- les **coûts** (forfaitaires);
- hypothèses de **procédure** (opposition ou non, paiement de la dette litigieuse, requête du poursuivi lui-même;
- **déroulement** de la procédure.

(consultable sur <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/schkg/weisungen/weisung-5-f.pdf>, et en annexe dans la brochure)

# 4. Evolution du droit applicable

Qu'une opposition ait été formée ou non (cf. arrêt 4A\_226/2016 du 20 octobre 2016, consid. 1):

*Plainte en nullité  
(art. 17-22 LP)*

*Annulation en procédure sommaire  
(art. 85 LP)*

*Preuve stricte que la dette est éteinte, qu'un sursis a été accordé ou que la créance n'a jamais existé – pas d'autorité de la chose jugée sur le fond (ATF 140 III 41)*

*Action négatoire  
(art. 88 CPC)*

*Si situation incontestable:  
Voie du cas clair (art. 257 CPC),  
procédure sommaire*

*Annulation en procédure  
ordinaire/simplifiée (art. 85a LP)*

*Contraint le créancier poursuivant à devoir prouver l'existence matérielle de sa créance au risque de perdre matériellement son droit en cas d'échec.*

*L'action n'a pas d'effet suspensif automatique (art. 85a al. 2 LP), et ses effets seront limités à la durée de la procédure en annulation de la poursuite (arrêt 5A\_219/2016 du 27 mai 2016, consid. 1.2.1).*

*Restrictions de publicité du registre en cas d'inaction du créancier et de requête du débiteur (art. 8a al. 3 let. d LP)*

# 5. Questions ouvertes

## 5.1 Droit transitoire

- dispositions transitoires de la modification du 16.12.1994 de la LP, les règles de procédure s'appliquent, dès leur entrée en vigueur, aux procédures en cours, en tant qu'elles sont compatibles avec elles (art. 2 al. 1; cf. aussi art. 1 tit. fin. CC; ATF 137 III 417, consid. 7.4; ATF 136 III 186, consid. 3.1);
- art. 85a al. 1 LP applicable immédiatement;
- art. 8a al. 3 let. d LP : le délai de trois mois est avant tout une condition objective à l'exercice du droit consacré par cette disposition, et non un terme ayant en soi une portée juridique;
- un intérêt public important, mis en évidence lors des travaux préparatoires, couplé à de claires considérations d'égalité de traitement, milite également en faveur de l'application immédiate du nouveau droit.

# 5. Questions ouvertes

## 5.2 Conséquences d'une récapitulation incomplète au sens de l'art. 73 al. 1 in fine LP ?

- Selon l'art. 73 al. 1 LP, à partir du moment où la poursuite a été engagée, le débiteur peut demander en tout temps que le créancier soit sommé de présenter à l'office des poursuites les moyens de preuve afférents à sa créance et une récapitulation de tous ses droits à l'égard du débiteur;
- Quelles conséquences si cette dernière est erronée ?
- Conséquences sur les frais uniquement ? (cf. art. 73 al. 2 LP)
- Conséquences sur le fardeau de la preuve ?
- Péremption ?

# 5. Questions ouvertes

## 5.3 L'art. 8a al. 3 let. d nLP doit-il également s'appliquer aux poursuites non frappées d'opposition?

Selon l'art. 8a al. 3 let. d LP, les offices ne doivent pas porter à la connaissance de tiers:

- d. les poursuites pour lesquelles une demande du débiteur dans ce sens est faite à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du commandement de payer, à moins que le créancier ne prouve, dans un délai de 20 jours imparti par l'office des poursuites, qu'une procédure d'annulation de l'opposition (art. 79 à 84) a été engagée à temps; lorsque la preuve est apportée par la suite, ou **lorsque la poursuite est continuée**, celle-ci est à nouveau portée à la connaissance de tiers.

Deux courants:

1. **oui**, puisqu'il prévoit aussi le droit de consultation des tiers lorsque «la poursuite est continuée», un scénario qui prévaut *a fortiori* en l'absence d'opposition.
2. **non**, cette solution n'aurait guère de sens au vu du but poursuivi par la nouvelle, qui vise les cas où la créance est contestée, et d'ailleurs les travaux préparatoires semblent l'exclure.

## 5. Questions ouvertes

### **5.4 Quid en cas d'opposition partielle ?**

La poursuite n'est en tout cas pas abusive puisqu'elle est partiellement fondée. La requête doit être immédiatement rejetée.

### **5.5 L'art. 8a al. 3 let. d nLP doit-il également s'appliquer aux poursuites dont le montant a été réglé ?**

Non, l'Instruction n°5 précise que la requête doit être rejetée «immédiatement» en pareil cas. Il n'y a «pas de droit à protéger». Nuance.

### **5.6 L'art. 8a al. 3 let. d nLP s'applique-t-il aussi à l'extrait demandé par le débiteur lui-même ?**

Selon l'art. 8a al. 3 let. d LP, les offices ne doivent pas porter à la connaissance de « tiers ». L'Instruction n°5 précise que compte tenu du but de la réglementation, le débiteur dispose du même droit que le tiers.

## 5. Questions ouvertes

### **5.7 Que doit transmettre le créancier pour prouver qu'il a agi ?**

Selon l'Instruction n°5, pour prouver qu'il a engagé une procédure visant à faire annuler l'opposition, le créancier peut fournir la confirmation de remise à la poste ou l'accusé de réception de la demande de mainlevée ou du mémoire introduisant l'action en reconnaissance de dette ; dans certains cantons, il peut fournir une facture (originaux ou copies de ces documents).

### **5.8 Un régime particulier pour les autorités (cf. art. 8a al. 4 nLP)?**

Plutôt non, puisque l'art. 8a al. 4 LP introduit une faveur de délai, non de contenu.

### **5.9 Le refus est-il susceptible d'être contesté ?**

Oui, par la voie de la plainte (art. 17 LP).

# Excursus

## Application de l'art. 181 CP dans le domaine des poursuites chicanières

Pour une personne de sensibilité moyenne, faire l'objet d'un commandement de payer d'une importante somme d'argent est, à l'instar d'une plainte pénale, une source de tourments et de poids psychologique, en raison des inconvénients découlant de la procédure de poursuite elle-même et de la perspective de devoir peut-être payer le montant en question. Un tel commandement de payer est ainsi propre à inciter une personne de sensibilité moyenne à céder à la pression subie, donc à l'entraver d'une manière substantielle dans sa liberté de décision ou d'action. Certes, faire notifier un commandement de payer lorsqu'on est fondé à réclamer une telle somme est licite. En revanche, **utiliser un tel procédé comme moyen de pression est clairement abusif, donc illicite** (cf. ATF 115 III 18 consid. 3, 81 consid. 3b; arrêt 6B\_70/2016 consid. 4.3.4 non destiné à la publication).

Arrêt 6B\_378/2016 du 15.12.2016, consid. 2.3, in SJ 2017 I 373.

**Quelle évolution vu l'amélioration des moyens de protection administratifs et civils ?** Le principe de la subsidiarité du droit pénal veut qu'en principe il incombe au droit civil, prioritairement, d'aménager les rapports contractuels et extracontractuels entre les individus.

## 7. Questions, discussion

Merci de votre attention!

Questions ?

