

---

# Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile

## Jurisprudence fédérale

---

### COMITÉ DE RÉDACTION

**Stéphane Abbet**

juge au Tribunal des districts de Martigny et Saint-Maurice

**Laurent Buttica**

docteur en droit, avocat

**Fabienne Byrde**

juge au Tribunal cantonal vaudois

**Jérôme Candrian**

juge au Tribunal administratif fédéral

**Jean-Luc Colombini**

juge au Tribunal cantonal vaudois

**Jean Gauthier**

professeur honoraire de l'Université de Lausanne

**Vincent Martenet**

professeur à l'Université de Lausanne

**Miriam Mazou**

avocate

**Laurent Moreillon**

avocat, professeur à l'Université de Lausanne

**Eric Muster**

docteur en droit, avocat

**Edgar Philippin**

avocat, professeur à l'Université de Lausanne

**Denis Piotet**

professeur à l'Université de Lausanne

**Suzette Sandoz**

professeur honoraire de l'Université de Lausanne

**Aurélien Stettler**

docteur en droit, avocat

**Denis Tappy**

professeur à l'Université de Lausanne

**Antoine Thélin**

greffier au Tribunal fédéral

**Pierre-Henri Winzap**

juge au Tribunal cantonal vaudois

**Paraît à Lausanne**

**Fondé en 1853 – 168<sup>e</sup> année**

## SOMMAIRE

<i>Nicolas Jeandin</i> : Comment commencer une poursuite? . . . . .	4
<i>François Bohnet</i> et <i>Luca Melcarne</i> : Le secret professionnel du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires dans la poursuite pour dettes : recouvrement des créances, devoir de renseigner et de remettre . . . . .	31
<i>André Kuhn</i> : L'exécution forcée des peines pécuniaires et des amendes de droit pénal . . . . .	64

## PRÉFACE

**Poursuite – Secret professionnel – Créances  
de droit pénal**

Comme d'habitude, les lecteurs du Journal des Tribunaux trouveront dans ce premier cahier de l'année des articles résultant de la *Journée lausannoise de droit des poursuites* du mois de septembre dernier. *M<sup>e</sup> Nicolas Jeandin*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, explique à quoi il convient de faire attention lorsqu'on requiert une poursuite. Le titulaire d'un secret professionnel – avocat, médecin, notaire, etc. – peut être créancier poursuivant, débiteur poursuivi ou tiers débiteur. *M<sup>e</sup> François Bohnet*, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, et *M. Luca Melcarne*, assistant, exposent ce qu'il faut observer pour ne pas violer le secret. Le droit des poursuites s'applique aussi à l'exécution forcée des créances de droit pénal, aux amendes et aux peines pécuniaires. *M. André Kuhn*, professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève, présente les particularités de ces procédures.

Une fois de plus, nous remercions le conseil d'administration du Journal des Tribunaux et Revue judiciaire et le professeur *Edgar Philippin*, rédacteur en chef de la partie II, d'avoir permis la publication de ces articles.

*Hansjörg Peter*

## Comment commencer une poursuite ?

par

Nicolas JEANDIN

Avocat,

Professeur à l'Université de Genève<sup>1</sup>

### I. Introduction

L'effectivité des lois présuppose que les litiges – en *ultima ratio* – soient tranchés par le juge : ce dernier « dit le droit » et sa décision revêt de la sorte l'autorité de la chose jugée. Ceci étant fait, encore faut-il que le jugement revête lui-même des effets allant au-delà de la sécurité du droit, ce qui prévaut en particulier lorsqu'il s'agit d'une décision condamnatoire. La question ne se pose certes pas lorsque la partie succombante s'exécute spontanément, ce qui est normalement le cas. Il en va toutefois différemment si la partie condamnée refuse de s'exécuter, soit qu'elle ne le puisse pas (l'objet livré a disparu, le débiteur est impécunieux) soit qu'elle ne le veuille pas. C'est ici qu'entre en considération la force exécutoire du jugement (art. 336 CPC) assortie de la nécessité d'en procéder à l'exécution forcée.

L'Etat se doit dès lors d'offrir au particulier des institutions qui, par l'entremise d'organes habilités à recourir à la force publique s'il le faut, ont pour finalité de concourir à l'exécution du jugement indépendamment de la volonté de la partie succombante, c'est-à-dire en ses lieu et place.

Comme on va le voir, l'originalité du système suisse est remarquable (« bemerkenswert ») à double titre : (i) le législateur opère la distinction entre prétentions *in forma specifica* et prétentions en argent, et (ii) prévoit la possibilité de déclencher les opérations d'exécution forcée sans que la partie requérante ne soit nécessairement au bénéfice d'un jugement exécutoire. Cette introduction générale va pour l'essentiel se concentrer sur l'exécution forcée des prétentions en argent qui, comme on le sait, s'articule autour de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP).

<sup>1</sup> Ce texte est celui d'une conférence donnée le 4 septembre 2019 dans le cadre de la Journée lausannoise de droit des poursuites organisée par les Prof. *Hansjörg Peter* et *Edgar Philippin*.

## II. Généralités sur le système suisse de l'exécution forcée

### A. *Distinction entre créances en argent et prétentions in forma specifica*

#### 1. *Sommes d'argent et sûretés à fournir*

L'exécution forcée peut avoir pour objet – théoriquement tout au moins<sup>2</sup> – toute prestation quelle qu'elle soit. Or, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle le droit suisse opère une distinction entre les prestations en argent et les autres. Ainsi, l'art. 38 al. 1<sup>er</sup> LP indique que «l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés s'opère par la poursuite pour dettes», ce qui renvoie précisément à la LP. La notion de somme d'argent se réfère exclusivement à des valeurs exprimées en francs suisses (infra, ch. IV let. C). Cela signifie que toute prétention en monnaie étrangère devra être préalablement convertie en francs suisses si le créancier entend déclencher une procédure d'exécution selon la LP; celle-ci n'est pas applicable à l'exécution forcée portant sur un montant en valeurs étrangères pour lequel une exécution littérale a été stipulée (clause de «valeur effective» [«Effektivklausel»]) ainsi que le prévoit l'art. 84 al. 2 CO *in fine*. Lorsque l'exécution forcée concerne des sûretés à fournir (une obligation qui découle du droit matériel<sup>3</sup>), c'est effectivement la LP qui s'applique, de jurisprudence constante du TF, à tout le moins pour des sûretés pécuniaires. A ce propos le TF a toujours considéré que la LP devait aussi s'appliquer à d'autres types de sûretés (ATF 129 III 193 c. 3.4), ce qui pouvait certes se justifier avant l'unification de la procédure civile mais n'a plus de raison d'être depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>4</sup>. Quoi qu'il en soit la LP – qui vise la satisfaction du créancier par la fourniture d'une prestation en francs suisses – met en œuvre des procédés d'exécution forcée qui tendent exclusivement

<sup>2</sup> Plus la prestation comportant une obligation de faire *in forma specifica* est liée à la personne-même du débiteur plus l'exécution forcée trouve ses limites, ce qui mènera *in fine* à des dommages-intérêts en argent (par ex. le refus d'un célèbre chanteur d'opéra d'honorer son contrat).

<sup>3</sup> Voir par ex. les art. 132 al. 2 CC (fourniture de sûretés appropriées de l'époux pour garantir les obligations d'entretien futures), art. 760 al. 1<sup>er</sup> CC (sûretés à fournir par l'usufruitier au propriétaire qui prouve que ses droits sont en péril), art. 266h al. 1<sup>er</sup> CO (droit du bailleur d'exiger des sûretés pour les loyers à échoir en cas de faillite du locataire) et art. 337a CO (droit du travailleur d'exiger des sûretés de son employeur insolvable pour garantir ses prétentions contractuelles).

<sup>4</sup> Cet arrêt se réfère à la nécessité d'unifier le processus dès lors que l'obligation de fournir des sûretés découle du droit fédéral: or depuis l'avènement du CPC, cette unification existe aussi pour les obligations autres que les prestations pécuniaires, à savoir *in forma specifica* (CR CPC – N. Jeandin, art. 335 n. 18).

à s'en prendre au patrimoine du débiteur, dont on réalise les actifs aux enchères en vue d'obtenir des deniers qui sont alors distribués au créancier. Ce dernier se retrouve alors (pleinement ou partiellement) satisfait dans la mesure où sa créance consistait précisément en une prestation en argent et qu'il en reçoit<sup>5</sup>.

## 2. *Prétentions in forma specifica*

Quant à l'exécution forcée des autres prestations – à savoir les prestations *in forma specifica*<sup>6</sup> – elle est réglementée selon les dispositions des art. 335 ss CPC. L'optique est ici différente puisqu'on ne s'en prend pas au patrimoine du débiteur pour générer des deniers mais qu'on vise en réalité l'exécution d'une prestation en nature. Il s'agit « de faire boire l'âne qui n'a pas soif » de sorte qu'au final le débiteur s'exécute, quitte à faire usage de la force publique. A ce titre on se référera à l'art. 343 CPC qui énonce toute une série de mesures à prendre par l'autorité d'exécution, lesquelles relèvent pour partie de la contrainte indirecte (psychique), pour partie de la contrainte directe.

## 3. *Prédominance de la LP sur l'exécution selon le CPC*

On l'a déjà relevé, l'exécution forcée pour les prestations *in forma specifica* trouve ses limites lorsque la prestation en cause est étroite-ment liée à la personne du débiteur : dans ces cas-là on se retrouve rapidement dans une configuration contraignant le créancier à renoncer à la prestation envisagée et à se tourner vers les art. 97 ss CO qui l'habilitent à exiger des dommages-intérêts pour inexécution : on se détourne alors des art. 335 ss CPC pour se tourner potentiellement vers la LP dès lors que l'exécution forcée ne concerne alors plus une prestation en nature mais une prétention en argent. A cela s'ajoute que l'art. 345 CPC ouvre largement la porte à la conversion d'une prétention *in forma specifica* en une prétention en argent, offrant même une possibilité de conversion « illimitée » au créancier.

Ces enjeux expliquent aisément que l'exécution forcée se déroule le plus souvent à raison de prétentions en argent, c'est-à-dire en application de la LP. Cette « attraction » naturelle en faveur de la LP est encore accentuée en cas d'insolvabilité du débiteur : l'équation veut en effet que tout débiteur insolvable soit « mis hors d'état de nuire »,

<sup>5</sup> S'il n'est pas intégralement satisfait, le créancier reçoit un acte de défaut de biens à due concurrence (art. 149 et 165 LP) qui lui donne la possibilité d'initier de nouveaux procédés d'exécution à l'encontre de son débiteur.

<sup>6</sup> Obligation de faire portant sur une prestation en nature (par ex. livrer une chose, tailler une haie), de s'abstenir (par ex. interdiction de bâtir) ou de tolérer (propriétaire du fonds servant à raison d'une servitude de passage).

ce qui implique soit un assainissement soit une liquidation et passe schématiquement par l'ouverture d'une procédure d'exécution forcée générale et collective à l'instar de la faillite (art. 159 ss et 190 à 193 LP) ou du concordat (art. 293 ss LP). Il est vrai qu'à ce stade le débiteur ne se trouve pas nécessairement confronté à la non-exécution de prestations en argent mais aussi à celle de prestations en nature (par ex. livrer des choses, exécuter un ouvrage, fournir des prestations de service). Dans une perspective de liquidation générale gouvernée par le principe fondamental de l'égalité des créanciers, c'est la conversion en argent des prétentions en nature qui prévaut en application de l'art. 211 al. 1<sup>er</sup> LP, sous réserve d'exceptions; le principe a par ailleurs récemment (révision du droit du concordat entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014) été étendu au sursis concordataire puisque le commissaire au concordat dispose de la faculté de faire application de l'art. 211 al. 1<sup>er</sup> LP par analogie en prononçant la conversion d'une prétention *in forma specifica* en une prétention en argent (art. 297 al. 9 LP).

Pour résumer le système suisse de l'exécution forcée se caractérise par une dichotomie de principe entre les prétentions pécuniaires (en francs suisses) et les autres, la LP n'étant applicable qu'aux premières. On notera que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 cette dichotomie de lois applicables – LP et CPC – mène toujours vers l'application du droit fédéral alors que tel n'était pas le cas avant l'unification de la procédure civile: antérieurement à cette date, cette dichotomie était encore accentuée du fait que l'exécution forcée pour les prestations en nature relevait du droit cantonal (à savoir les 26 codes de procédure civile cantonaux alors en vigueur).

## **B. Exécution sans titre exécutoire ?**

### *1. Le contexte du CPC*

Selon une approche «classique», le déclenchement d'une procédure d'exécution forcée – qui relève de l'autonomie privée – n'a pas lieu d'office mais uniquement sur requête du créancier. Au vu des conséquences très incisives d'une telle procédure, dont certaines relèvent de la contrainte et peuvent porter atteinte de façon irrémédiable au patrimoine de la partie exécutée, l'autorité d'exécution ne devrait logiquement se mettre en branle qu'après s'être assurée que le requérant dispose d'un droit à exiger de son adversaire qu'il s'exécute.

C'est précisément ce que prévoit la procédure relative aux prestations *in forma specifica* des art. 335 ss CPC. Le tribunal de l'exécution, avant toute prise de mesure d'exécution, va examiner dans un premier temps – d'office – si le requérant peut se prévaloir d'un titre exécutoire en sa faveur (art. 341 al. 1<sup>er</sup> CPC). Ce n'est qu'une fois cet examen effectué avec succès<sup>7</sup> – le juge ayant constaté en usant de la maxime d'office (art. 58 al. 2 CPC) le caractère exécutoire de la décision – que le tribunal ordonnera des mesures d'exécution forcée en application de l'art. 343 CPC. On le voit bien : dans le contexte des art. 335 ss CPC c'est la vision classique de l'exécution forcée qui prévaut en ce sens que sans titre exécutoire le recours à l'exécution forcée est exclu.

## 2. *Le contexte de la LP*

### a. **La réquisition de poursuite (art. 67 LP) et le commandement de payer (art. 69 LP)**

Or la LP s'inscrit en faux contre cette conception de l'exécution forcée puisque le (prétendu) créancier peut déclencher l'intervention de l'autorité d'exécution (à savoir l'office des poursuites compétent [art. 46 ss LP]) sans avoir – à ce stade tout au moins – à justifier de sa prétention. Autant la requête adressée au tribunal de l'exécution déclenche une procédure judiciaire (sommaire [art. 339 al. 2 CPC]) dès le départ de laquelle le requérant doit justifier de l'existence d'une décision exécutoire (art. 336 CPC) en sa faveur sous peine d'un déboutement, autant celui qui entend initier une poursuite à l'encontre de son adversaire est libéré d'une telle fardeau : il lui suffit de requérir une poursuite auprès d'une autorité purement administrative (l'office des poursuites), laquelle ne procédera au contrôle ni de l'existence d'une décision exécutoire ni de l'existence de la prétention dont se prévaut le requérant (pas même sous l'angle de la vraisemblance). Plus précisément, le requérant se contente d'adresser une réquisition de poursuite à l'office « par écrit ou verbalement » (art. 67 LP). Il n'a rien d'autre à faire (sous réserve de l'avance de frais mentionnée à l'art. 68 LP) et notamment pas à fournir de quelconques indications ou documents concernant la prétention dont il se prévaut (à l'exception du montant, du titre et de la date de la créance mentionnés à l'art. 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 3 et 4 LP).

Quant à l'office des poursuites récipiendaire d'une telle réquisition, il n'a qu'une seule chose à faire : rédiger un commandement de

<sup>7</sup> Sous réserve de mesures conservatoires prévues à l'art. 340 CPC, qui sont prises d'entrée de cause et sans audition de la partie citée.

payer « à réception de la réquisition de poursuite » (art. 69 al. 1<sup>er</sup> LP), lequel « reprend les indications prescrites pour la réquisition de poursuite » (art. 69 al. 2 ch. 1 LP). Cela fait, l'office procède à la notification du commandement de payer auprès du débiteur « dès réception de la réquisition de poursuite » (art. 71 al. 1<sup>er</sup> LP).

L'office n'a pas d'autre choix et doit procéder de la sorte, rapidement, sans aucune marge de manœuvre ni pouvoir d'appréciation<sup>8</sup>. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et n'est pas habilité à procéder à une quelconque analyse de l'existence de la créance, encore moins de l'existence d'un titre exécutoire. A défaut de se conformer à ces impératifs, l'office s'expose à une plainte au sens de l'art. 17 LP. On le voit bien, la phase de poursuite préalable (réquisition de poursuite, rédaction puis notification du commandement de payer par l'office) débute sans que le créancier n'ait la moindre explication ni la moindre justification à fournir quant au bien-fondé de la prétention dont il se prévaut<sup>9</sup>.

#### **b. L'opposition (art. 74 al. 1<sup>er</sup> LP)**

Cette absence de tout contrôle initial sur le plan du droit matériel offre une facilité presque déconcertante au requérant au profit duquel la LP met à disposition – moyennant le paiement d'avances de frais sommes toutes très accessibles<sup>10</sup> – le mécanisme de la poursuite préalable à la seule discrétion de l'appréciation de la situation à laquelle procède ce prétendu créancier, avec en ligne de mire le risque d'un passage à l'exécution forcée proprement dite dès lors que celui-ci serait en mesure de requérir la continuation de la poursuite (art. 88 LP), ce qui mènerait alors à l'exécution d'une saisie (art. 89 ss LP) ou au prononcé d'une faillite (art. 159 ss LP). C'est la raison pour laquelle – par symétrie de facilité – la LP met à la disposition du débiteur poursuivi la possibilité de stopper la procédure d'exécution forcée « d'un claquement de doigt » si l'on ose dire, en

<sup>8</sup> Sous réserve d'autres aspects à raison desquels l'office pourrait refuser de donner suite à la réquisition de poursuite (par ex. réquisition de poursuite non conforme aux exigences de l'art. 67 LP, ou encore incompétence ratione loci de l'office [art. 46 ss LP]).

<sup>9</sup> A noter toutefois la possibilité pour le débiteur contre lequel la poursuite est engagée « de 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 », un refus du créancier pouvant être pris en compte lors de la répartition des frais d'une éventuelle procédure au fond subséquente (art. 73 LP).

<sup>10</sup> L'art. 16 al. 1<sup>er</sup> OELP prévoit des émoluments de base échelonnés en fonction de la valeur de la créance en poursuite allant de 7 francs (jusqu'à 100 francs de créance) à 400 francs (à compter d'un million de francs de créance) pour la rédaction du commandement de payer, son établissement en double exemplaire, son enregistrement et sa notification.

faisant opposition en temps utile au commandement de payer dans les dix jours qui suivent la notification (art. 74 al. 1<sup>er</sup> LP). Cette opposition – c'est là qu'on retrouve la symétrie de facilité sus-évoquée – n'a en principe pas à être motivée (art. 75 al. 1 et 2 LP) et a pour effet de suspendre la poursuite. On se retrouve alors dans une configuration qui devient plus «classique» en termes d'exécution puisque le «prétendu créancier» (ou encore le «soi-disant créancier») devra passer par l'étape d'un contrôle judiciaire de l'existence de sa créance – certes à des degrés divers au gré des pièces à sa disposition – avant d'espérer franchir le cap de la réquisition de continuer la poursuite (art. 88 LP) lui ouvrant la porte de l'exécution forcée proprement dite.

### c. Appréciation du système de la LP

Cette faculté conférée au soi-disant créancier d'initier une procédure d'exécution forcée sans être au bénéfice d'un titre exécutoire a toujours soulevé des questionnements. Certains mettent en avant l'absence de cohérence d'un système qui permet au prétendu créancier de «mettre la charrue avant les bœufs» en déclenchant une procédure d'exécution sans avoir le moindre titre en sa possession (pas même une reconnaissance de dette...), ce qui peut théoriquement mener l'office des poursuites à devoir exécuter une saisie ou initier une procédure de faillite nonobstant l'absence de toute prétention à l'encontre du prétendu débiteur (par ex. en l'absence d'opposition formée en temps utile)<sup>11</sup>. A cela s'ajoute qu'un tel système «laisse des traces» dans la mesure où toute poursuite figure au registre des poursuites du prétendu débiteur et sera portée à la connaissance de tiers dans les cinq ans suivant la clôture de la procédure (art. 8a al. 5 LP), ce qui peut être stigmatisant et même pénalisant pour celui qui veut «montrer patte blanche» à un futur bailleur, un institut de leasing ou une banque...

D'autres défendent cette particularité à la fois séculaire et helvétique propre à la LP en relevant qu'il a fait ses preuves et constitue un équilibre assurément efficace s'agissant de gérer les relations entre bon nombre de créanciers et mauvais payeurs. De plus, le côté stigmatisant d'une poursuite que nous venons de relever contribue de manière significative à réduire la résistance à l'exécution d'un certain nombre de mauvais payeurs qui, au final, préféreront payer après avoir constaté la détermination de leur créancier plutôt que prendre le risque de soutenir des procédures d'exécution pouvant s'avé-

<sup>11</sup> Un tel scénario est exclu en cas d'exécution forcée au sens des art. 335 ss CPC laquelle – on l'a vu – est toujours précédée de la vérification par le tribunal de l'exécution de l'existence d'un titre exécutoire. Il est vrai toutefois que la LP prévoit des garde-fous pour corriger ce type de situations à l'instar des art. 85, 85a et 86 LP.

rer coûteuses, sans compter la problématique de poursuites portées à la connaissance de tiers. Enfin, des cas surviennent dans lesquels le poursuivi s'abstient volontairement de faire opposition parce que – tout simplement – il reconnaît le bien-fondé de la prétention, scénario qui évite de la sorte au créancier de devoir passer par une procédure en reconnaissance de dette en fin de compte inutile<sup>12</sup>.

En définitive le système de la poursuite sans l'exigence d'un contrôle judiciaire préalable de la créance a pour conséquence que le choix du créancier d'initier une telle poursuite peut répondre à des finalités variables selon les cas : exécuter un jugement exécutoire, intimider son débiteur, tester la détermination de ce dernier ou encore interrompre une prescription...

### III. Le commandement de payer, pilier de l'exécution

On le voit bien, la LP érige le commandement de payer en pièce maîtresse de toute procédure de poursuite ordinaire : son établissement par l'office puis sa notification constituent la première mesure par laquelle l'office agit à l'encontre du débiteur en sa qualité d'autorité en charge de l'exécution. Nous allons brièvement préciser, au gré de divers scénarios, le rôle effectivement joué par le commandement de payer tout au long d'une procédure d'exécution.

#### A. *D'un bout à l'autre*

Dans le scénario traditionnel, la procédure de poursuite débute par la réquisition de poursuite (art. 67 LP). La procédure d'exécution est dirigée contre le prétendu débiteur par le soi-disant créancier et la procédure dite « préalable » de l'exécution n'opposera que ces deux personnes<sup>13</sup>. A supposer qu'il soit fait opposition au commandement de payer (art. 74 al. 1<sup>er</sup> LP) et que le créancier entende en obtenir la mainlevée, les parties à la procédure de vérification préalable de la créance seront toujours les mêmes, à tout le moins dans le cadre des procédures de mainlevée sommaires (art. 251 let. a CPC) définitive (art. 80 LP) ou provisoire (art. 82 LP), lesquelles sont

<sup>12</sup> On soulage de la sorte les tribunaux d'un certain nombre de procédures qui, à vouloir exiger systématiquement du créancier qu'il soit au bénéfice d'un titre exécutoire avant de saisir l'autorité d'exécution, contribueraient à alourdir inutilement le travail des juges.

<sup>13</sup> A noter qu'une poursuite est toujours dirigée contre un seul débiteur mais qu'elle peut être requise par plusieurs créanciers dès lors qu'ils sont ensemble titulaires de la prétention litigieuse (voir infra, ch. IV let. A).

considérées comme tranchant des questions de pur droit des poursuites. Cette configuration bilatérale ne sera pas modifiée lorsqu'on passera le stade de la continuation de la poursuite (art. 88 LP), à la condition que le débiteur soit poursuivi par la voie de la saisie: on demeure à ce stade encore dans un combat bilatéral dès lors que la saisie (art. 89 ss LP) consacre un mode d'exécution individuel (la distribution des deniers est destinée au seul créancier poursuivant<sup>14</sup>) et spécial puisque la mainmise par l'office ne s'opère pas sur tout le patrimoine du débiteur mais uniquement sur les actifs nécessaires à la satisfaction du créancier poursuivant (art. 97 al. 2 LP).

Le commandement de payer demeure ici le pivot de la procédure d'exécution de laquelle il fige définitivement le cadre sans qu'il ne soit possible pour le créancier poursuivant de venir y greffer d'autres prétentions. Dans le même sens l'office, lorsqu'il reçoit la réquisition de continuer la poursuite (art. 88 LP), n'a aucune marge de manœuvre et ne peut diligenter les opérations de saisie qu'eu égard au montant visé par le commandement de payer à hauteur duquel la poursuite est en force (absence d'opposition, opposition [totalement ou partiellement] écartée). A ce stade tout comme lors de la phase initiale (rédaction et notification du commandement de payer), l'autorité d'exécution n'a aucun pouvoir d'appréciation sur la situation de droit matériel (par ex. si l'office exécute la saisie pour un montant non conforme à la poursuite en force, il s'expose à une plainte au sens de l'art. 17 LP).

On le voit bien, dans une telle configuration (poursuite ordinaire suivie de l'exécution d'une saisie) le commandement de payer constitue le pivot de toute la procédure de poursuite, qui d'ailleurs portera d'un bout à l'autre le numéro originellement attribué par l'office à la poursuite lors de la rédaction du commandement de payer. C'est tellement vrai qu'il suffit d'un contrordre à la poursuite donné par le prétendu créancier pour que « tout s'effondre » comme si rien n'avait été engagé: toute éventuelle saisie tombe d'elle-même et la poursuite disparaît du registre des poursuites.

### ***B. Au départ seulement***

Le scénario précédent (poursuite préalable suivie d'une saisie) est articulé autour de la colonne vertébrale que constitue le commandement de payer, pièce maîtresse de la procédure. Les choses se pré-

<sup>14</sup> Sous réserve du système des séries prévu par l'art. 110 LP par lequel l'office « joint » en quelque sorte plusieurs procédures d'exécution individuelles et spéciales.

sentent différemment lorsque le poursuivi est soumis à la poursuite par la voie de faillite (art. 39 LP), configuration dans laquelle le commandement de payer peut être comparé au module d'une fusée qui, après une première phase ascensionnelle, se détache pour se désintégrer tandis que le vaisseau spatial continue sa voie. Rien ne change dans la première phase, au cours de laquelle le commandement de payer continue à jouer le rôle central de la procédure (notification, mainlevée de l'opposition) et même au-delà de la continuation de la poursuite dans la mesure où la commination de faillite (art. 159 LP) et la requête de faillite (art. 166 LP) s'articulent exclusivement sur la poursuite en force. De même le juge en charge de prononcer la faillite se fondera sur la poursuite en force pour déterminer si la créance a été acquittée en capital, intérêts et frais (art. 172 ch. 3 LP). A ces différents stades, le créancier conserve la maîtrise des opérations et peut en tout temps donner contrordre à la poursuite<sup>15</sup>.

Il n'en va plus de même dès que le juge prononce la faillite (art. 175 LP) puisqu'est alors ouverte une procédure d'exécution générale et collective destinée à aboutir à la liquidation de l'ensemble des actifs et passifs du débiteur. Notre créancier poursuivant – dont la poursuite s'éteint ex lege comme toutes les autres (art. 206 al. 1<sup>er</sup> LP) – n'a plus la moindre maîtrise du processus qui échoit désormais à l'administration de la faillite : la seule façon pour tout créancier de faire valoir ses droits passe par une production en vue de collocation (art. 232 al. 2 ch. 2 et 244 ss LP).

Dans une telle configuration, la poursuite de notre créancier aura certes été « utile » en aboutissant à la mise en faillite de l'insolvable, mais les fruits en seront partagés entre tous les créanciers – peu importe qu'ils aient initié ou non une poursuite antérieurement à la faillite – en application du sacro-saint principe de l'égalité des créanciers (art. 219 et 220 LP).

### C. *Jamais*

L'ouverture d'une procédure d'exécution générale et collective rend inopérante toute poursuite engagée antérieurement, dont le rôle aura ainsi constitué à servir de « rampe de lancement » ainsi qu'on l'a vu au paragraphe précédent. Il n'en demeure pas moins que dans cette optique étant celle de la « poursuite ordinaire par voie de faillite »

<sup>15</sup> Par ex. en se mettant d'accord avec le débiteur sur un montant à payer pour solde de compte, l'idée étant que le créancier préférera se satisfaire d'un montant amoindri plutôt que d'obtenir une mise en faillite qui aboutirait à un dividende en 3<sup>e</sup> classe de l'ordre du symbolique... Voir aussi l'art. 167 LP (retrait de la seule réquisition de faillite).

(art. 159 ss LP), la poursuite préalable constitue un passage obligé : sans commandement de payer entré en force, pas de faillite ! Dans cette approche, la poursuite préalable individuelle met en évidence l'insolvabilité du débiteur commerçant (art. 39 LP) qui ne parvient pas à solder une poursuite en force, raison pour laquelle sa faillite est prononcée.

Mais il est des cas dans lesquels l'insolvabilité du débiteur se révèle sans que ne soit nécessaire le passage par une poursuite préalable, ce qui n'ôte en rien la nécessité de le soumettre à une procédure d'insolvabilité. La LP prévoit dès lors des cas dans lesquels le prononcé de la faillite a lieu à raison de critères autonomes et spécifiques, que ce soit à la requête d'un créancier (art. 190 LP)<sup>16</sup>, du débiteur lui-même (art. 191 LP) ou en vertu de dispositions spécifiques (art. 192 LP cum 725a al. 1<sup>er</sup> CO). Dans de telles configurations, le principe prévaut en vertu duquel l'insolvable doit être liquidé par voie de faillite au vu de l'effet contaminant qu'il déploie vis à vis des tiers avec lesquels il pourrait continuer à contracter des obligations. On sort ici de la perspective traditionnelle de l'exécution proprement dite ce qui rend « hors de propos » toute approche faisant prévaloir l'existence d'un titre exécutoire ou encore le contrôle judiciaire de l'existence de telle ou telle prétention : toute idée de poursuite préalable est exorbitante à ce type de configurations. Il en va par ailleurs de même lorsqu'un créancier ou le débiteur lui-même s'adressent au juge pour requérir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité censée mener à un assainissement (art. 293 ss LP) puisqu'ici aussi on se retrouve dans le contexte d'une procédure générale et collective.

On remarquera enfin une autre situation exceptionnelle – dans le contexte d'une procédure d'exécution individuelle et spéciale cette fois – qui permet au créancier poursuivant d'aboutir à une saisie sans passer par l'étape du commandement de payer. Alors qu'une réquisition de continuer la poursuite est en principe nulle si elle n'est pas précédée d'une poursuite en force, elle est exceptionnellement possible en application de l'art. 149 al. 3 LP : le créancier s'étant vu délivrer un acte de défaut de biens après saisie peut continuer la poursuite tout en étant dispensé du commandement de payer, s'il agit de la sorte

<sup>16</sup> Charge au créancier requérant de rendre *au moins vraisemblable l'existence d'une prétention* en sa faveur, ce qui va plus loin que la réquisition de poursuite (on l'a vu, aucune exigence à ce stade pour le prétendu créancier en rapport avec l'existence de sa créance, *a fortiori* d'un titre exécutoire). Ceci étant dit, en faisant ce choix de ne pas passer par la voie de la poursuite ordinaire, le créancier *use d'une voie expresse* susceptible d'aboutir au prononcé de la faillite de son prétendu débiteur sans que ce dernier n'ait la possibilité de suspendre la poursuite par une opposition (art. 78 al. 1<sup>er</sup> LP) qui contraigne le créancier à passer par la voie du contrôle judiciaire de la créance des art. 79 à 84 LP.

«dans les six mois de la réception de l'acte de défaut de biens»<sup>17</sup>. Cette exception se justifie du fait que ledit créancier se trouve en réalité face à un débiteur insolvable (mais soumis à la poursuite par voie de saisie) face auquel il a subi une perte. En pratique cette exception ne présente un avantage que si le débiteur acquiert entre-temps de nouveaux actifs, ce qui est le cas lorsqu'il touche un salaire...

#### **D. Après coup**

Ces entorses au principe de la poursuite préalable concrétisé par la rédaction et la notification d'un commandement de payer s'expliquent – on vient de le voir – par l'ouverture d'une procédure générale et collective. Il faut encore relever une exception notable à l'exigence d'une poursuite préalable, survenant dans le contexte d'une exécution individuelle et spéciale: celle du séquestre (art. 271 ss LP). En effet, cette mesure provisionnelle, qui vise le blocage anticipé et soudain («Überraschungseffekt») d'actifs du débiteur en vue d'assurer la bonne fin d'une procédure d'exécution ultérieure en faveur du créancier séquestrant, devra être validée dans un deuxième temps par une poursuite (art. 279 al. 1<sup>er</sup> LP notamment), laquelle servira de fondement à la suite de la procédure d'exécution forcée qui – en cas de séquestre ayant porté et ayant été dûment validé – aboutira à la mainmise de l'office sur les actifs séquestrés par le biais de la conversion du séquestre en saisie.

#### **E. Synthèse**

A ce stade, on constate que le commandement de payer (i) demeure le fondement de toute procédure d'exécution individuelle et spéciale, (ii) constitue le déclencheur nécessaire à la procédure ordinaire par voie de faillite mais (iii) ne revêt aucune signification ni utilité en regard d'une procédure d'exécution collective ouverte. A noter que contrairement à l'office des poursuites qui n'a aucun pouvoir pour se prononcer sur l'existence de la prétention mentionnée par le soi-disant créancier dans la réquisition de poursuite (art. 67 LP), l'administration de la faillite sera amenée à statuer sur les productions dans la faillite en vue de leur admission à l'état de collocation (art. 244 ss LP); toute contestation sur ce point sera réglée par le biais de l'action judiciaire en contestation de l'état de collocation prévue à l'art. 250 LP. C'est à cette occasion qu'a lieu le contrôle judiciaire de l'existence de la créance dans le cadre

<sup>17</sup> Voir à ce propos un arrêt de l'autorité de surveillance genevoise du 26 juin 2014 in BLSchK 2015 155.

de la faillite, ce procédé se substituant au mécanisme de l'opposition au commandement de payer (art. 74 al. 1<sup>er</sup> LP) et aux procédés de la mainlevée de l'opposition (art. 79 à 84 LP) conçus quant à eux pour une confrontation individuelle entre le créancier et son débiteur.

#### IV. Qui, à qui et quoi ?

Les développements qui précèdent montrent bien l'importance du commandement de payer pour le créancier du débiteur soumis à la saisie ou pour le créancier d'un « débiteur-commerçant » désireux d'obtenir l'exécution de sa prétention par une mise en faillite. C'est dire l'importance que revêt pour ce créancier la rédaction de sa réquisition de poursuite (art. 67 LP).

##### A. Désignation du créancier

La première rubrique à remplir par celui qui requiert une poursuite concerne « le nom et le domicile du créancier » (art. 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 1 LP). Il convient bien évidemment de procéder à l'indication du vrai créancier, sous peine de ne pas passer la rampe du contrôle judiciaire de la créance auquel le débiteur pourra contraindre le créancier en faisant opposition (art. 74 al. 1<sup>er</sup> LP)<sup>18</sup>. Cette question de la titularité de la créance rejoint la notion de légitimation active, laquelle pré-suppose bien évidemment que la personne désignée comme créancier soit une personne juridique au sens du Code civil (une raison individuelle inscrite au RC ne suffit pas et devrait conduire au rejet de la réquisition), ce qui renvoie à la notion de capacité d'être partie au sens de l'art. 66 CPC. Cette désignation fixe une fois pour toutes la qualité de créancier poursuivant pour le reste de la procédure de poursuite<sup>19</sup>.

Quoi qu'il en soit, la désignation opérée dans la réquisition de poursuite doit permettre au poursuivi d'identifier sans ambiguïté le poursuivant. Le poursuivant peut être une personne physique, une personne morale, une société en nom collectif, une société en commandite, une communauté de propriétaires par étages, une masse en faillite ou en liquidation concordataire<sup>20</sup>. En revanche, des enti-

<sup>18</sup> Par ex. dans le cadre de l'action en reconnaissance de dette de l'art. 79 LP au cours de laquelle le débiteur défendeur pourra contester la légitimation active du prétendu créancier, barrant la route à toute perspective de mainlevée de l'opposition.

<sup>19</sup> Sous réserve d'un changement de créancier induit, par ex., par une cession de la créance en cours de la poursuite, ce qui ouvrirait alors la porte à une opposition tardive au sens de l'art. 77 LP.

<sup>20</sup> BSK SchKG – S. Kofmel Ehrenzeller, art. 67 n. 18.

tés n'ayant pas la capacité d'être partie à l'instar de la communauté héréditaire, la société simple ou la succursale ne peuvent être désignées comme telles. En cas de communauté de créanciers, le rédacteur de la réquisition de poursuite doit en indiquer les membres de manière exhaustive et ne saurait se contenter de renvoyer à une communauté dépourvue de personnalité. A ce titre l'autorité de surveillance de Neuchâtel, dans un arrêt du 20 février 2012, a constaté la nullité d'une poursuite pour laquelle le créancier avait correctement énuméré les membres de la communauté dans la réquisition de poursuite, ladite énumération n'ayant pas été reprise par l'office au moment de rédiger le commandement de payer tout comme – plus tard – la commination de faillite: l'office avait en effet «pour des raisons liées à son programme informatique» procédé à une compression de la mention du créancier en se référant au «Groupe C» sans se référer à une annexe comprenant l'énumération précitée<sup>21</sup>.

Ceci dit, une énumération incomplète des créanciers membres de la communauté concernée ne mènera en principe pas à la nullité de la réquisition de poursuite. Une telle énumération défectueuse (par ex. deux associés sur trois) ne passera toutefois pas le cap du contrôle judiciaire de la créance (défaut de légitimation active des créanciers poursuivants mentionnés).

A noter que des créanciers solidaires peuvent – sans y être obligés – poursuivre ensemble leur débiteur pour autant qu'ils agissent par un représentant commun<sup>22</sup>.

En clair, l'office ne contrôle pas la désignation du créancier sauf si elle aboutit à la désignation d'une entité qui n'existe pas (exigence de capacité d'être partie, à savoir jouissance des droits civils) ou qu'elle est incomplète au point que le débiteur ne soit pas en mesure de déterminer avec certitude l'identité du poursuivant: le cas échéant l'office doit rejeter la réquisition de poursuite ou encore, si le vice semble réparable, donner au créancier l'occasion de corriger ou compléter la désignation défectueuse (art. 32 al. 4 LP). Le créancier ainsi désigné doit par ailleurs avoir le pendant en droit des poursuites de la capacité d'ester en justice, c'est-à-dire être en mesure d'agir par lui-même sans l'assistance d'un représentant (exercice des droits

<sup>21</sup> RJn. 2012 523. L'autorité de surveillance admet certes le caractère rigoureux d'une telle décision (l'office était prêt à corriger cette erreur) mais la justifie dans le contexte d'un «droit formaliste comme l'est celui des poursuites». Le créancier aurait peut-être pu éviter une telle conséquence en portant plainte (art. 17 LP) contre la rédaction du commandement de payer à réception de l'exemplaire lui étant destiné (art. 70 al. 1<sup>er</sup> LP).

<sup>22</sup> BSK SchKG – K. Wüthrich/P. Schoch, art. 70 n. 15.

civils; «aktive Betreuungsfähigkeit» [art. 67 CPC]<sup>23</sup>. Au surplus, dès lors que la désignation est acceptable au sens sus-évoqué, l'office n'a plus aucun pouvoir de contrôle et tout problème de légitimation (problème de droit matériel) sera le cas échéant examiné par un juge pour autant qu'une opposition mène à la phase du contrôle judiciaire du bien-fondé de la poursuite.

### **B. Désignation du débiteur**

Tous les principes qui viennent d'être énoncés valent *mutatis mutandis* s'agissant de la désignation du débiteur par son nom et son domicile (art. 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 LP), y compris pour ce qui tient à la jouissance et à l'exercice des droits civils.

En revanche, la poursuite contre des débiteurs solidaires (art. 143 CO) ne saurait autoriser que les débiteurs soient mentionnés ensemble dans une seule et même poursuite. Au contraire, il convient que chacun d'entre eux fasse l'objet d'une poursuite séparée si bien que le créancier doit présenter une réquisition de poursuite par débiteur, ce qui aboutira à la rédaction et à la notification d'un commandement de payer pour chacun d'eux ainsi que cela ressort de l'art. 70 al. 2 LP<sup>24</sup>. Il va de soi que le droit matériel demeure prépondérant en ce sens que le paiement opéré par un des débiteurs solidaires libère les autres poursuivis (art. 147 al. 1<sup>er</sup> CO), ce dont chacun d'eux aura la possibilité de se prévaloir le cas échéant dans sa propre poursuite en faisant opposition<sup>25</sup> au commandement de payer ou en usant des art. 85 et 85a LP<sup>26</sup>. On notera pour être complet que la révision de l'art. 70 al. 2 LP entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997 ne mentionne plus la possibilité d'une seule et unique poursuite commune dirigée contre plusieurs débiteurs solidaires, ce qui présupposait, d'une part, qu'ils soient soumis au même for de poursuite, d'autre part, qu'ils aient un représentant légal (et non pas seulement un représentant conventionnel) commun, une situation certes théoriquement possible mais peu envisageable en pratique<sup>27</sup>.

La poursuite dirigée contre une succession soulève des problèmes particuliers qui dépassent le cadre de cet exposé : voir en particulier les art. 49, 59, 65 al. 3, 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 2, 104 et 132 al. 1<sup>er</sup> LP.

<sup>23</sup> BSK SchKG – S. Kofmel Ehrenzeller, art. 67 n. 18.

<sup>24</sup> BSK SchKG – S. Kofmel Ehrenzeller, art. 67 n. 30.

<sup>25</sup> Etant rappelé qu'une opposition partielle est possible (art. 74 al. 2 LP).

<sup>26</sup> BSK SchKG – K. Wüthrich/P. Schoch, art. 70 n. 11.

<sup>27</sup> BSK SchKG – K. Wüthrich/P. Schoch, art. 70 n. 12; voir ATF 71 III 164/165 s.

### C. *La prétention à exécuter*

La prétention faisant l'objet de la poursuite constitue évidemment le point central de la procédure d'exécution puisqu'elle détermine la prestation dont se prévaut le soi-disant créancier et fixe d'emblée le cadre du débat sur lequel portera cas échéant la phase judiciaire du contrôle de l'existence de la créance. C'est à l'occasion de la rédaction de sa réquisition de poursuite que le poursuivant doit énoncer les caractéristiques de la créance à la satisfaction de laquelle il entend consacrer une procédure d'exécution forcée. Ainsi convient-il de se référer à l'art. 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 3 et 4 LP s'agissant des exigences formulées par la loi quant à la précision avec laquelle le prétendu créancier doit décrire la prétention en jeu.

#### I. *En francs suisses*

On l'a déjà souligné, la LP a pour vocation l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent exprimée en monnaie ayant cours en Suisse (c'est-à-dire en francs suisses), l'idée étant de réaliser (en Suisse) des actifs par le biais d'adjudications forcées qui, par définition, généreront des deniers en francs suisses. L'art. 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 3 LP fait d'ailleurs explicitement mention d'un «montant en valeur légale suisse». Cela signifie – cette règle ne souffre aucune exception – que toute exécution forcée au sens de la LP ne peut avoir lieu qu'à raison de montants libellés en francs suisses. Or, il est des cas dans lesquels le montant dû par le poursuivi l'est en monnaie étrangère: par ex. un prêt remboursable en US\$ duquel l'emprunteur en demeure serait domicilié en Suisse devra être poursuivi en francs suisses, ce qui pose la question du taux de conversion à appliquer dans la procédure d'exécution forcée.

Par une jurisprudence datant du 13 décembre 2011<sup>28</sup>, le TF a eu l'occasion de rappeler divers principes à ce propos:

- La conversion en valeur légale suisse d'une créance stipulée en monnaie étrangère «est une règle d'ordre public et une exigence de la pratique».
- En imposant cette conversion, le législateur n'a pas entendu «modifier le rapport de droit entre les parties et nover en une dette de francs suisses celle que les intéressés ont librement fixée en devises étrangères».
- La conversion s'opère au cours de l'offre des devises au jour de la réquisition de poursuite, ce par quoi il faut comprendre le prix

<sup>28</sup> ATF 137 III 623 c. 3.

nécessaire en francs suisses pour acquérir le montant libellé en valeurs étrangères ; cette règle est d'ordre public et n'est pas laissée à la discrétion du créancier poursuivant qui ne saurait se prévaloir d'un taux de conversion différent (par ex. qui serait calculé en se référant non pas à la date de la réquisition de poursuite mais à la date de l'échéance de sa prétention ainsi que le prévoit l'art. 84 al. 2 CO).

- Le taux de conversion en francs suisses d'une monnaie étrangère est considéré comme un fait notoire (art. 151 CPC) et n'a en conséquence ni à être allégué ni à être prouvé ; ainsi que l'indique le TF, il « peut notamment être contrôlé par chacun sur internet, qui permet d'accéder rapidement au taux de conversion en vigueur à une date donnée » à l'instar du site [www.fxtop.com](http://www.fxtop.com) qui donne les taux officiels diffusés par la Banque centrale européenne.

La LP prévoit toutefois la faculté pour le créancier, lors de la réquisition de continuer la poursuite (qui peut parfois être émise des années après la réquisition de poursuite au gré du temps qu'aura duré la procédure de mainlevée de l'opposition), de solliciter une nouvelle conversion du montant dû en se référant à la valeur légale suisse au jour de la réquisition de continuer la poursuite (art. 88 al. 4 LP). Ce choix sera exercé par le créancier en fonction de l'évolution subie par le cours de la monnaie étrangère entre le jour de la réquisition de poursuite (art. 67 LP) et celui de la réquisition de continuer la poursuite (art. 88 LP)<sup>29</sup>.

Le cas du séquestre est particulier puisque cette mesure provisionnelle (art. 271 LP) peut être requise sans poursuite préalable<sup>30</sup> : dans un tel cas ce n'est pas la date de la réquisition de poursuite (inexistante) qui est déterminante pour la conversion en francs suisses de la somme libellée en monnaie étrangère mais celle du dépôt de la requête de séquestre<sup>31</sup>. Lors de la validation d'un tel séquestre, le créancier pourra émettre une réquisition de poursuite en tenant alors compte du taux de conversion valable à ce jour, tout comme il pourra encore faire usage de l'art. 88 al. 4 LP le cas échéant au moment de la conversion du séquestre en saisie, mais sous une réserve importante :

<sup>29</sup> Si le cours de la monnaie étrangère est monté, le créancier fera usage de la faculté que lui donne l'art. 88 al. 4 LP ; à l'inverse il ne remettra pas en cause le taux de conversion arrêté au jour de la réquisition de poursuite si la monnaie étrangère s'est dépréciée dans l'intervalle : le débiteur ne saurait tirer avantage d'une dépréciation de la monnaie étrangère survenue à la grâce du temps écoulé du fait de la procédure d'opposition.

<sup>30</sup> Si une poursuite est déjà pendante, ce qui est parfaitement possible, c'est le taux de la réquisition de poursuite qui reste déterminant.

<sup>31</sup> Arrêt du TF 5A\_197/2012 du 26 septembre 2012, c. 2.1.

sauf à ce que le for du séquestre (art. 52 LP) corresponde au for de poursuite général (art. 46 LP), l'office en charge de la conversion du séquestre ne pourra procéder à la réalisation de biens autres que les actifs séquestrés si bien qu'une modification importante du taux de conversion ne sera pas nécessairement suivie d'une réalisation permettant de la couvrir<sup>32</sup>.

## 2. *Pluralité de prétentions*

A la lecture de l'art. 67 LP, rien ne semble s'opposer à ce que le prétendu créancier fasse état de plusieurs créances dans une seule et même réquisition de poursuite, pour autant – bien sûr – qu'elles soient toutes dirigées contre le même prétendu débiteur<sup>33</sup> et qu'elles n'exigent pas de modes de poursuite différents ainsi que l'a rappelé l'Autorité cantonale de surveillance de Neuchâtel dans un arrêt du 19 février 1996<sup>34</sup>. Le TF a en outre eu l'occasion de préciser plus récemment, dans un arrêt du 24 mars 2017, «qu'il n'est pas permis de joindre dans une même poursuite plusieurs créances appartenant individuellement à plusieurs créanciers» pour en déduire le principe selon lequel «pour faire valoir plusieurs créances dans la même poursuite, il faut que celles-ci appartiennent au(x) même(s) créancier(s)»<sup>35</sup>. On peut en conséquence très bien imaginer que plusieurs créanciers fassent valoir plusieurs créances dans la même poursuite, mais pour autant qu'ils en soient tous titulaires, que ce soit au titre de créanciers solidaires ou de créanciers en main commune<sup>36</sup>. A contrario, il est exclu que – procédant sous forme d'une sorte de consorité simple par analogie (art. 71 CPC) – plusieurs créanciers fassent valoir ensemble par une seule et même poursuite diverses prétentions appartenant individuellement à plusieurs d'entre eux<sup>37</sup>.

La question s'est en outre posée – non sans faire couler beaucoup d'encre ces dernières années – de savoir si le nombre de créances

<sup>32</sup> Décision rendue le 18 janvier 2012 par l'autorité de surveillance inférieure zurichoise in BLSchK 2012 196. Il se peut que les biens originellement séquestrés, suffisants eu égard au taux de change applicable au moment de la requête de séquestre, ne le soient plus en faisant application du taux de change existant au moment de la conversion du séquestre en saisie.

<sup>33</sup> A supposer que tel ne soit pas le cas, le poursuivi ferait opposition, à tout le moins partiellement eu égard aux prétentions qui ne le concernent pas (art. 74 al. 2 LP par analogie).

<sup>34</sup> RSJ 94/1998 p. 319 c. 2a. Ainsi ne serait-il pas possible de prévoir une seule réquisition de poursuite alors qu'en réalité le prétendu créancier vise (i) la poursuite ordinaire pour une partie des créances et (ii) la poursuite en réalisation de gage (art. 151 ss LP) pour d'autres.

<sup>35</sup> ATF 143 III 221 c. 3 et 4.

<sup>36</sup> ATF précité c. 3.

<sup>37</sup> BSK SchKG – K. Wüthrich/P. Schoch, art. 70 n. 15.

visées par une seule et même poursuite était théoriquement infini ou au contraire devait s'en tenir à une limite justifiée par les contingences pratiques auxquelles est confronté l'office au moment de rédiger le commandement de payer. Le TF a eu l'occasion de se pencher une première fois sur la question dans l'ATF 141 III 173 rendu le 26 février 2015. L'Office des poursuites de la Sarine avait alors rejeté une réquisition dans laquelle le poursuivant avait mentionné plus de dix créances, se fondant sur une nouvelle directive de l'Office fédéral de la justice pour l'uniformisation sur le plan suisse du commandement de payer. Le TF rappelle tout d'abord les principes sus-évoqués :

«Le créancier ayant plusieurs créances contre un même débiteur peut requérir une seule poursuite pour toutes ses prétentions, autant que celles-ci n'exigent pas des modes de poursuite différents ; l'office ne peut refuser de donner suite à une telle réquisition sous le prétexte que les registres et les formulaires ne sont pas organisés pour cela, ni parce que, en procédant de la sorte, le poursuivant priverait l'Etat de plusieurs émoluments» (c. 2.2.1).

Puis le TF, après s'être référé à l'art. 3 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les formulaires et registres à employer en matière de poursuite pour dettes et de faillite et sur la comptabilité du 5 juin 1996 (Oform ; RS 281.31), relève qu'une simple instruction édictée le 15 avril 2014 par le Service de haute surveillance en matière de poursuite et faillite et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2014 (dont le chiffre 13 indiquait que le champ relatif aux créances ne pouvait en contenir plus de dix au maximum) ne pouvait fixer des exigences plus sévères quant à la forme et au contenu de la réquisition de poursuite que celles découlant de l'Oform et de l'art. 67 LP, ce qui prévalait aussi s'agissant d'instructions visant la mise en place d'un programme informatique y relatif (c. 3.2.1). Après avoir qualifié ce texte d'« instruction » donnée aux autorités de surveillance au sens de l'art. 15 al. 3 LP, le TF relève que le juge doit en tenir compte dans la mesure où elle permet « une application correcte des normes légales dans un cas concret, mais il doit s'en écarter lorsqu'elles posent des règles qui ne sont pas conformes à l'ordre juridique » (c. 3.2.2). Or en l'espèce, le TF retient que la limitation à dix créances excède le cadre strict de la mise en œuvre de la loi (cette limite ne ressort en particulier nullement de l'art. 67 al. 1<sup>er</sup> ch. 3 LP) dès lors que cette règle a en particulier pour conséquence pratique de contraindre les créanciers d'obligations périodiques (pensions, loyers, primes d'assurance, etc.) de former plusieurs réquisitions de poursuite au lieu d'une seule, ce qui entraîne des conséquences pécuniaires quant aux émoluments

à charge du créancier pour la rédaction et la notification de chaque commandement de payer (c. 3.2.2.2).

A la suite de cet arrêt, le Conseil fédéral a décidé d'émettre non plus une « instruction » au sens de l'art. 15 al. 3 LP mais l'Ordonnance du DFJP sur les réquisitions du créancier dans les procédures de poursuite pour dettes et de faillite du 24 novembre 2015 (RS 281.311) dont l'art. 2 al. 1<sup>er</sup> prévoit que la « réquisition de poursuite ne peut contenir plus de dix créances », laquelle tombe désormais dans le champ hiérarchique plus élevé de l'art. 15 al. 2 LP. Le TF fut à nouveau saisi d'une plainte contre le refus de l'office d'accepter une réquisition de poursuite portant sur plus de dix créances et trancha par arrêt du 3 mai 2018 en donnant raison au plaignant<sup>38</sup> : rien ne permet une fois pour toutes d'ancrer la limite de dix créances dans la loi, et en particulier pas le texte de l'art. 67 LP qui ne fait ressortir aucune limitation de la sorte. Ainsi que l'indique cet arrêt, la loi ne limite pas le nombre de créances pouvant être visées dans une réquisition de poursuite et aucun règlement ou ordonnance au sens de l'art. 15 al. 2 LP ne peut aboutir à modifier la loi. On retiendra une fois pour toutes qu'il est exclu de limiter le nombre de créances mentionnées dans une réquisition de poursuite, pas même de prétendues contingences informatiques. Ainsi que le relève la Conférence des préposés d'offices de poursuite et de faillite, il convient de prendre acte de cette décision même si elle peut dans certains cas soulever des problèmes de mise en œuvre : l'imagination et la bonne intelligence des uns et des autres devraient toutefois contribuer à résoudre ces contingences pratiques (par ex. ajout d'une annexe au commandement de payer notifié au débiteur)<sup>39</sup>.

## V. Les frais de la poursuite

Comme tout procédé judiciaire, une procédure en exécution forcée a un coût. Sur ce point l'art. 68 LP est clair : les frais de la poursuite sont à la charge du débiteur. L'idée de base est a priori simple : l'office des poursuites (c'est-à-dire le fisc cantonal) n'a pas pour vocation de financer des procédures d'exécution et il est naturel que celles-ci soient au final prises en charge par le débiteur, partie succombante (ou « exécutée ») qui est la cause des procédés mis en œuvre par l'office sur requête du créancier à son encontre. Ceci dit, dans une procédure marquée par l'autonomie privée et par la maxime de disposition, l'of-

<sup>38</sup> ATF 144 III 353.

<sup>39</sup> Voir le communiqué de ladite conférence in BLSchK 2018 181/185.

ficé des poursuites ne va pas avancer lui-même les frais et on voit mal comment on pourrait demander au poursuivi de le faire lui-même : c'est la raison pour laquelle l'art. 68 al. 1<sup>er</sup> LP impose au créancier de faire l'avance des frais, ceux-ci étant destinés à être prélevés le moment venu sur les deniers provenant de la réalisation des biens du débiteur (l'art. 97 al. 2 LP mentionne le capital, les intérêts et les frais).

Il convient de se référer à l'ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (OELP; RS 281.35) pour ce qui tient à la fixation des émoluments, laquelle matière relevant dès lors du droit fédéral (voir par ex. l'art. 16 OELP). Les frais de poursuite comprennent non seulement ce que l'office prélève pour ses propres procédés mais aussi les émoluments de décision prélevés par le pouvoir judiciaire auprès du créancier requérant dans une procédure sommaire (art. 48 OELP et 251 CPC [voir par ex. art. 80 et 82 LP]). A ces émoluments viennent s'ajouter d'éventuels frais judiciaires supplémentaires (par ex. des frais de traduction au sens de l'art. 95 al. 2 let. c CPC) et les dépens octroyés par le juge au requérant victorieux (art. 95 al. 3 CPC). A noter cependant que ces frais de procédure (art. 95 al. 1<sup>er</sup> CPC) s'ajoutent aux frais de poursuite dans la seule mesure où ils concernent des procédures judiciaires destinées à trancher des questions de pur droit des poursuites à l'instar d'une décision rendue en procédure sommaire prononçant la mainlevée définitive (art. 80 LP) ou provisoire (art. 82 LP) de l'opposition : ces frais ne peuvent faire l'objet d'une poursuite distincte et viennent s'ajouter au capital et aux intérêts faisant l'objet de la poursuite en cours, à l'instar des autres frais de poursuite, tous montants à concurrence desquels le créancier au bénéfice d'une poursuite en force peut requérir la continuation de la poursuite (art. 88 et 97 al. 2 LP)<sup>40</sup>.

Il n'en va pas de même des frais (art. 95 al. 1<sup>er</sup> CPC) en relation avec une procédure au fond (art. 79 LP) qui, contrairement aux procédures de mainlevée sommaire des art. 80 et 82 LP, ne tranche pas une question de pur droit des poursuites mais relève du droit matériel : à supposer que le débiteur ayant succombé au fond ne s'exécute pas, ces frais ne viendront pas s'ajouter au capital, aux intérêts et aux frais inhérents à la poursuite (art. 88 et 97 al. 2 LP) mais devront faire

<sup>40</sup> Voir sur ce point l'arrêt rendu le 30 novembre 2018 par la II<sup>e</sup> Cour d'appel civil du TC FR, 102 2018 240, c. 3.2. Il en va de même des dépens dus au créancier ayant requis la faillite, que le juge doit fixer en sus de l'émolument de justice en cas de retrait par le créancier de sa requête en relation avec le paiement par le failli de la dette (opéré peu avant l'audience de façon à éviter le prononcé de la faillite) : ATF 133 III 687 c. 2 écartant l'objection tendant aux problèmes pratiques de mise en œuvre tout en se référant à l'art. 172 ch. 3 LP qui mentionne les frais.

l'objet d'une poursuite séparée (dans le cadre de laquelle le créancier obtiendra sans difficulté la mainlevée d'une éventuelle opposition en se fondant sur le dispositif du jugement au fond relatif à ces frais [art. 80 LP]).

Ces principes s'appliquent aussi en matière de liquidation de faillite : l'office des faillites acceptera de liquider pour autant que la masse contienne des actifs suffisants qui permettent à l'administration de la faillite d'en assumer les frais, ceux-ci devant être couverts en premier lieu (art. 262 al. 1<sup>er</sup> LP). C'est la raison pour laquelle la première tâche de l'office des faillites consiste à procéder à l'inventaire des biens du failli dès qu'il reçoit communication du jugement de faillite (art. 221 LP). Dès lors qu'il constate que ces biens sont insuffisants voire inexistant, l'office s'adresse au juge pour lui demander de prononcer la suspension de la faillite en application de l'art. 230 LP, avec pour conséquence que « tout reste en plan » puisque les opérations de liquidation sont désormais suspendues<sup>41</sup>. Quid des frais induits entre le prononcé de la faillite et le moment où l'administration de la faillite requiert et obtient la suspension ? C'est le créancier ayant requis la faillite qui en répond en application de l'art. 169 al. 1<sup>er</sup> LP<sup>42</sup>.

On le voit, toute exécution forcée selon la LP a un coût. Ce coût est en fin de compte assumé par le débiteur puisqu'il sera prélevé sur les deniers réalisés. Encore faut-il (i) que le créancier passe l'étape du contrôle judiciaire de l'existence de la créance dès lors que la poursuite serait frappée d'opposition (il aura, à ce stade, déjà avancé les frais de rédaction et de notification du commandement de payer, tout comme les frais relatifs aux procédés judiciaires de mainlevée de l'opposition) et (ii) qu'il y ait au final des deniers générés par la réalisation forcée des actifs du débiteur sur lesquels prélever le moment venu les frais avancés. En d'autres termes, le créancier qui déclenche

<sup>41</sup> Le juge devant toutefois donner la possibilité aux créanciers qui le souhaitent de fournir eux-mêmes les sûretés adéquates pour que la liquidation se poursuive, ce qui peut être parfois intéressant pour eux dans la perspective de se voir céder le moment venu le droit d'agir au sens de l'art. 260 LP en vue de récupérer des actifs du débiteur failli. Voir en outre l'art. 231 LP (liquidation sommaire de la faillite), étant précisé que plus de la moitié des faillites ouvertes sont suspendues au sens de l'art. 230 LP.

<sup>42</sup> Certains estiment que le créancier poursuivant paye de la sorte un lourd tribut alors qu'il est déjà « victime » de l'insolvabilité du poursuivi : une révision de l'art. 169 LP a été proposée en vue de prévenir l'usage abusif de la procédure de faillite par le débiteur, au terme de laquelle le créancier pourrait être sollicité pour faire les avances de frais nécessaires jusqu'à une suspension faute d'actifs sans toutefois en répondre (contrairement à ce qui prévaut actuellement), les frais éventuellement non couverts par la masse active étant alors mis à la charge (s'agissant d'une personne morale) des membres de la direction ou de l'administration de l'entité faillie dernièrement inscrits au RC. Voir à ce sujet le Rapport explicatif du CF du 22 avril 2015, pp. 7 ss.

une procédure d'exécution selon la LP assume un risque financier qu'il devra prendre en compte avant de débiter les hostilités, ce risque étant certes mesuré s'agissant de déclencher une poursuite préalable (voir les montants mentionnés à l'art. 16 OELP) mais étant susceptible d'augmenter au gré de la suite de la procédure, que ce soit la mainlevée de l'opposition ou encore la perspective du déclenchement de la procédure de faillite (qui comprend la phase de la notification de la condamnation de faillite, la phase judiciaire du prononcé de faillite, puis l'ouverture de la faillite dont répond le poursuivant en application de l'art. 169 LP).

## **VI. Finalités autres que l'exécution**

Notre approche est partie jusqu'ici du principe que le soi-disant créancier initiait une poursuite dans l'espoir de déclencher une procédure d'exécution forcée qui aboutisse, au final, à la distribution de deniers, ce qui permet au poursuivant de rentrer (totalement ou partiellement) dans ses droits. Or, il est des cas dans lesquels la finalité de celui qui requiert une poursuite est différente.

### **A. Interruption de la prescription**

L'art. 135 CO énumère toute une série d'actes permettant au créancier d'interrompre la prescription, ce qui a pour conséquence qu'un nouveau délai commence à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1<sup>er</sup> CO). Parmi les actes interruptifs de prescription figure le fait pour le créancier de faire valoir ses droits par des poursuites ou par une intervention dans une faillite (art. 135 ch. 2 CO). La première hypothèse vise la réquisition de poursuite (art. 67 LP), tandis que la seconde vise la production dans une faillite (art. 232 al. 2 ch. 2 LP).

En pratique, le créancier aura tendance à éviter de requérir d'emblée une poursuite, ce qui tient à la fois à l'effet stigmatisant de la mention d'une poursuite au registre (art. 8a LP) et au souci d'éviter des frais inutiles dès lors que la seule finalité d'une telle initiative consisterait à interrompre la prescription (par ex. le dommage exact n'est pas encore connu, ou le principe de la responsabilité civile est contesté alors qu'une procédure pénale est en cours). C'est la raison pour laquelle le créancier suggérera dans un premier temps à la partie débitrice de souscrire une déclaration de renonciation à la prescription ne valant ni reconnaissance de dette, ni renonciation à une prescription par hypothèse déjà acquise, et qui soit valable pour un certain laps

de temps avant l'échéance duquel ladite renonciation sera éventuellement renouvelée.

Il est admis qu'une réquisition de poursuite conforme aux exigences de l'art. 67 LP provoque l'effet interruptif de prescription (art. 135 ch. 2 CO) dès sa remise à la poste, pour autant qu'elle ne soit pas rejetée (par ex. pour un vice de forme tenant à une mauvaise désignation du débiteur)<sup>43</sup>. Sur le plan du principe, il faut souligner que la réquisition de poursuite n'est pas un acte de poursuite (elle ne saurait être annulée mais peut être rejetée par l'office); elle constitue une déclaration de volonté du soi-disant créancier à l'attention de l'office, seule la notification du commandement de payer étant un acte de poursuite. A noter encore qu'il « n'appartient pas aux autorités de surveillance, mais aux tribunaux ordinaires, de dire si la réquisition de poursuite litigieuse a valablement interrompu la prescription », le TF précisant qu'il « n'en demeure pas moins que la validité de la réquisition de poursuite ressortit à la connaissance de l'autorité de surveillance, dont la décision à cet égard lie le juge civil »<sup>44</sup>. A ce titre, la décision de l'autorité de surveillance de confirmer le rejet d'une réquisition par l'office, d'annuler la poursuite pour défaut de compétence *ratione loci* ou encore de constater la nullité de celle-ci joue un rôle préjudiciel sur l'appréciation du juge civil quant à l'effet interruptif ou non d'une réquisition de poursuite au sens de l'art. 135 ch. 2 CO.

Peu importe que le commandement de payer soit ou non notifié par la suite<sup>45</sup>. Ce constat a pour corollaire qu'une réquisition de poursuite valable peut être retirée dans un deuxième temps avant qu'un commandement de payer ne soit notifié au débiteur, sans que n'en soit remis en cause l'effet interruptif de prescription et sans même

<sup>43</sup> CR CO I – *P. Pichonmaz*, art. 135 n. 12.

<sup>44</sup> Arrêt du TF 5A\_362/2013 du 14 octobre 2013, c. 3.3.

<sup>45</sup> Cela signifie que la réquisition de poursuite adressée à un office incompétent *ratione loci* produit l'effet interruptif de prescription si elle n'est pas rejetée, ce qui ne sera toutefois pas le cas si elle est suivie de la notification d'un commandement de payer dont le débiteur obtiendrait finalement l'annulation pour défaut de compétence de l'office: ATF 83 II 41 c. 5 (la notification d'un commandement de payer par un office incompétent n'est pas nulle mais annulable); CR CO I – *P. Pichonmaz*, art. 135 n. 12. Dans de rares cas dans lesquels l'incompétence de l'office constituerait un cas de nullité (art. 22 LP; par ex. le débiteur n'est pas poursuivable en Suisse), la nullité affecterait la réquisition en ce sens qu'elle ne saurait produire d'effet même si l'office ne la rejette pas et même en l'absence de plainte du débiteur contre le commandement de payer: arrêt du TF 5A\_362/2013 du 14 octobre 2013, c. 3.2, admettant la validité de la réquisition de poursuite adressée à l'office avant le départ du débiteur pour l'étranger, tout en retenant que la notification du commandement de payer postérieurement audit départ devait être « révoquée » (à noter que l'effet interruptif de prescription est bel et bien survenu dans ce cas puisqu'il dépend de la validité de la réquisition de poursuite, cette question étant toutefois du ressort du juge civil).

que le débiteur ne s'en rende compte<sup>46</sup>. Certains se sont alors posé la question de savoir dans quelle mesure le procédé consistant à adresser à l'office une réquisition de poursuite simultanément avec une déclaration de retrait de celle-ci pourrait néanmoins produire l'effet interruptif de prescription visé à l'art. 135 ch. 2 CO. L'intérêt d'une telle simultanéité dans ces deux démarches est avant tout financier dans la mesure où l'art. 16 al. 4 OELP prévoit que « l'émolument pour l'enregistrement d'une réquisition de poursuite retirée avant l'établissement du commandement de payer est de 5 francs, quel que soit le montant de la créance »<sup>47</sup> (la marge de manœuvre temporelle est faible vu que le commandement de payer doit être notifié au débiteur « à réception de la réquisition de poursuite » [art. 71 LP]...). Dans un arrêt du 28 juin 2018, l'Autorité de surveillance cantonale vaudoise retient à juste titre, suivant en cela l'avis de notre collègue *Hansjörg Peter*, que le procédé consistant à adresser à l'office simultanément une réquisition de poursuite et un avis de retrait de celle-ci était entaché d'une contradiction inextricable si bien qu'il ne pouvait déployer les effets d'une réquisition de poursuite : une telle démarche doit être rejetée par l'office avec pour conséquence que l'effet interruptif de prescription prévu à l'art. 135 ch. 2 CO ne se produit pas<sup>48</sup>.

### B. *Abus de droit*

On l'a vu, c'est le propre du système de la poursuite préalable que de permettre au prétendu créancier d'entamer des démarches d'exécution forcée sans qu'on ne sache à ce stade si la prétention mentionnée dans la réquisition de poursuite (puis dans le commandement de payer) est due ou non. En d'autres termes, la LP n'empêche pas de requérir une poursuite à raison de prétentions infondées<sup>49</sup>, étant encore rappelé que l'office en charge de rédiger le commandement de payer n'a pas le moindre pouvoir d'appréciation quant à l'existence de la créance en poursuite : il doit rédiger et notifier, un point c'est tout<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> ATF 114 II 261 c. 2a; CR CO I – P. *Pichonnaz*, art. 135 n. 12. Le fait que le débiteur ne s'en rende pas compte n'est pas un problème en soi, la question étant à trancher par le juge civil dès lors que le débiteur se prévaudrait de la prescription, charge alors au créancier de démontrer l'avoir valablement interrompue : voir à ce propos l'arrêt rendu le 28 juin 2018 par l'Autorité de surveillance cantonale vaudoise, in BLSchK 2018 191/195, c. II § b et réf. cit.

<sup>47</sup> Alors que la rédaction et la notification d'un commandement de payer pour une créance de 1,5 million représente un émolument de 400 francs (art. 16 al. 1<sup>er</sup> OELP)...

<sup>48</sup> BLSchK 2018 191 c. II §§ c à e.

<sup>49</sup> A ce stade il n'agit pas nécessairement de mauvaise foi : la prétention peut par ex. être contestée, ou encore le poursuivi se prévaloir le moment venu de la prescription.

<sup>50</sup> Voir à ce propos l'arrêt rendu le 20 janvier 2015 par l'Autorité de surveillance de Bâle-Campagne, in BLSchK 2016 68 c. 2.2.

On peut toutefois envisager des cas extrêmes relevant de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC (applicable de manière générale au sein de l'ordre juridique suisse) dans lesquels le commandement de payer ne peut certes être annulé dès lors qu'il est correctement rédigé et notifié, mais dans lesquels la poursuite elle-même est entachée de nullité dès lors qu'elle est contraire à l'ordre public, ce que l'autorité de surveillance peut constater en tous temps. A ce sujet le TF retient :

«La nullité d'une poursuite pour abus de droit (art. 2 al. 2 CC) ne peut être admise par les autorités de surveillance que dans des cas exceptionnels, notamment lorsqu'il est manifeste que le poursuivant agit dans un but n'ayant pas le moindre rapport avec la procédure de poursuite ou pour tourmenter délibérément le poursuivi ; une telle éventualité est, par exemple, réalisée lorsque le poursuivant fait notifier plusieurs commandements de payer fondés sur la même cause et pour des sommes importantes, sans jamais requérir la mainlevée de l'opposition, ni la reconnaissance judiciaire de sa prétention, 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... En revanche, celui qui poursuit son débiteur dans le seul but d'interrompre la prescription ne commet en principe pas d'abus de droit, la notification d'un commandement de payer représentant un moyen légal pour ce faire...»<sup>51</sup>.

La mise en œuvre de l'art. 2 al. 2 CC est rare et constitue l'exception qui confirme la règle...

### C. *Contrainte ?*

Ainsi qu'on l'a vu, la réquisition de poursuite et son corollaire, à savoir la notification d'un commandement de payer, provoquent des désagréments significatifs au débiteur : pression de recevoir un commandement de payer, aspect stigmatisant de la poursuite et surtout mention de celle-ci au registre des poursuites (art. 8a LP)<sup>52</sup>.

Cette forme de pression qu'exerce indiscutablement la notification d'un commandement de payer à l'égard du poursuivi peut, à certaines conditions, être constitutive de contrainte ou de tentative de contrainte de la part du créancier et entrer alors dans le champ de l'art. 181 CP.

On ne saurait brandir chez le débiteur la menace d'une plainte pénale de façon intempestive, mais elle pourrait être de mise lorsque le créancier agit dans le dessein affiché de mettre le poursuivi dans

<sup>51</sup> Arrêt du TF 5A\_1020/2018 du 11 février 2019, c. 5.1.

<sup>52</sup> On rappellera que dans bien des situations le poursuivi est appelé à «montrer patte blanche» à d'éventuels partenaires contractuels à l'instar d'une banque, d'une maison de leasing ou d'un bailleur...

la gêne tout en espérant obtenir de la sorte qu'il cède en payant tout ou partie du montant visé par la poursuite tout en sachant qu'il n'est pas dû. Dans cette perspective, le soi-disant créancier qui userait de la poursuite à la seule fin affichée d'interrompre la prescription alors que son débiteur s'est proposé de renoncer à la prescription par la souscription d'une déclaration dans ce sens pourrait tomber sous le coup de l'art. 181 CP (tentative de contrainte)...

## VII. Conclusion

Parvenus à la fin de cet exposé, on constate que la poursuite pour dettes et la faillite constitue une institution bien rôdée au bénéfice d'une pratique que les offices connaissent bien. Le créancier dispose quant à lui d'instruments qui lui offrent une certaine souplesse quant au choix des démarches à entreprendre pour la sauvegarde de ses droits.

Destinée par définition à permettre au créancier d'obtenir l'exécution de décisions exécutoires pour des prétentions en argent, la LP propose à ces fins des chemins variés : faut-il que le créancier attende d'être au bénéfice d'un jugement exécutoire avant de requérir la poursuite, ou au contraire qu'il commence par s'adresser à l'office pour ensuite – dès lors que l'opposition du débiteur l'y contraindrait – s'adresser au juge ? Au final tout dépend des circonstances, la LP ayant pour finalité première de permettre au titulaire d'une prétention d'en obtenir l'exécution le plus rapidement possible et à moindres frais.

**Le secret professionnel du médecin,  
de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires  
dans la poursuite pour dettes : recouvrement  
des créances, devoir de renseigner et de remettre**

par

François BOHNET\*

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Luca MELCARNE\*

Assistant doctorant à l'Université de Neuchâtel et avocat

**Table des matières**

<b>I.</b>	<b>Introduction</b> .....	33
<b>II.</b>	<b>Le secret professionnel</b> .....	34
	<i>A. Le contexte</i> .....	34
	<i>B. Les fondements généraux</i> .....	35
	1. <i>La Constitution et la Convention européenne         des droits de l'Homme</i> .....	35
	2. <i>Le Code pénal</i> .....	35
	3. <i>Les lois de procédure</i> .....	37
	4. <i>Le Code des obligations et le Code civil</i> .....	38
	<i>C. Les fondements spécifiques</i> .....	38
	1. <i>Le médecin</i> .....	39
	2. <i>L'avocat</i> .....	39
	3. <i>Le notaire</i> .....	40
	4. <i>L'agent d'affaires</i> .....	41
<b>III.</b>	<b>Le détenteur du secret professionnel comme poursuivant : le recouvrement des créances d'honoraires</b> .....	42
	<i>A. La communication des informations nécessaires</i> ....	42
	1. <i>La facturation par un organe indépendant</i> .....	42
	2. <i>La réquisition de poursuite</i> .....	43

---

\* Les auteurs remercient Frédéric ERARD, assistant doctorant à l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel et avocat, pour sa relecture et ses suggestions.

3. <i>La présentation des moyens de preuve dans la procédure de poursuite</i> .....	44
4. <i>L'encaissement des honoraires par voie judiciaire</i> ..	45
<b>B. <i>La levée du secret professionnel</i></b> .....	46
1. <i>Le principe</i> .....	46
2. <i>Les autorités compétentes pour lever le secret professionnel</i> .....	48
a. <i>Le médecin</i> .....	48
b. <i>L'avocat</i> .....	48
c. <i>Le notaire</i> .....	48
d. <i>L'agent d'affaires</i> .....	49
<b>IV. Le détenteur du secret professionnel comme poursuivi et comme tiers débiteur: le devoir de renseigner et de remettre</b> .....	49
<b>A. <i>Le devoir de renseigner et de remettre du débiteur poursuivi et du tiers</i></b> .....	50
1. <i>Dans la poursuite par voie de saisie (art. 91 LP)</i> ..	50
2. <i>Dans la poursuite par voie de faillite (art. 222 LP)</i> ..	50
3. <i>Dans la procédure de séquestre (art. 275 LP)</i> .....	51
<b>B. <i>Le devoir de renseigner et de remettre des mandataires soumis au secret professionnel</i></b> .....	53
1. <i>Le principe</i> .....	53
2. <i>Les conditions du devoir de renseigner et de remettre</i>	53
a. <i>Un devoir du débiteur poursuivi et du tiers</i> ...	53
aa. <i>Les biens détenus à titre fiduciaire</i> .....	54
bb. <i>La provision</i> .....	55
b. <i>L'existence de biens</i> .....	56
c. <i>«Jusqu'à due concurrence»</i> .....	57
3. <i>L'existence/l'inexistence d'un devoir de renseigner ou de remettre</i> .....	58
<b>V. Conclusion</b> .....	59
<b>Bibliographie</b> .....	61

## I. Introduction

«Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas»<sup>1</sup>. Le serment d'Hippocrate, rédigé selon toute vraisemblance au IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C., est considéré comme la première trace écrite d'un devoir de discrétion du médecin.

De manière analogue, le «Schwabenspiegel», *miroir* du droit coutumier allemand ainsi que des droits canon et romain adoptés par les milieux savants, rédigé selon toute vraisemblance en 1275, faisait déjà référence au devoir de discrétion de l'avocat : «[u]nd spricht ein Mann das Wort eines Menschen in einer Sache und dieser hat ihm seine Geheimnisse über diese Sache gesagt (...), so kann der Fürsprech niemals mit Recht in dieser Sache gegen ihn sprechen»<sup>2</sup>.

Les origines très anciennes de ce que l'on appelle aujourd'hui le secret professionnel n'ont pas de quoi surprendre ; celui-ci est à la base de la relation de confiance qui doit pouvoir s'établir entre certains professionnels et respectivement leurs patients ou leurs clients.

Pierre angulaire de l'exercice de la médecine ou de la profession d'avocat, le secret professionnel semble, parfois, entrer en conflit avec d'autres intérêts, notamment en matière de recouvrement de créances. Ainsi, que le détenteur du secret professionnel soit créancier ou débiteur, se pose la question des informations qu'il peut ou éventuellement doit communiquer dans le cadre de la poursuite pour dettes, de la nécessité ou non de requérir une levée du secret professionnel et, cas échéant, des conditions posées pour celle-ci.

La présente contribution se propose donc de traiter de la portée, des limites et de la levée du secret professionnel dans le cadre de la poursuite pour dettes. Après une présentation générale du secret professionnel et de ses fondements, elle s'intéressera aux règles spécifiques applicables aux quatre professionnels les plus fréquemment confrontés au conflit qui peut surgir entre leur secret professionnel et la poursuite pour dettes : le médecin, l'avocat, le notaire et l'agent d'affaires.

Par la suite, nous examinerons les trois qualités dans lesquelles les professionnels susmentionnés peuvent être amenés à participer à

<sup>1</sup> Traduction française par *Emile Littré* du serment d'origine in *Œuvres complètes d'Hippocrate*, vol. 4, Paris 1844, pp. 631 ss.

<sup>2</sup> Traduction en allemand moderne du «Schwabenspiegel» (1275) in *Harald Rainer Derschka*, *Der Schwabenspiegel: übertragen in heutiges Deutsch mit Illustrationen aus alten Handschriften*, Munich 2002, art. 87 (b), p. 75.

la poursuite pour dettes ; que ceux-ci soient créanciers, débiteurs ou tiers débiteurs, il s'agira de déterminer la manière dont interagit leur secret professionnel avec les exigences posées par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

## II. Le secret professionnel

### A. Le contexte

Qu'il s'agisse des rapports contractuels liant respectivement un médecin indépendant à ses patients, un avocat, un agent d'affaires ou un notaire indépendant à ses clients, ceux-ci sont en principe régis par les dispositions du Code des obligations (CO) sur le *mandat proprement dit* (art. 394 ss CO)<sup>3</sup>.

Pour et par l'exécution du mandat, le mandataire apprend des faits intimes et secrets concernant le mandant, de sorte qu'il se justifie de le soumettre à un *devoir de discrétion*<sup>4</sup>. Ainsi, le mandataire assume, même s'il ne l'a pas expressément promis, une obligation de garder le silence sur les faits dont la divulgation pourrait être préjudiciable au mandant<sup>5</sup>.

Le fondement de ce devoir de discrétion réside dans l'obligation d'une bonne et fidèle exécution du mandat inscrite à l'art. 398 al. 2 CO. Il trouve également son fondement à l'art. 28 CC, en ce sens que la divulgation des faits intimes et secrets concernant le mandant serait constitutive d'une atteinte aux droits de la personnalité de ce dernier<sup>6</sup>.

Il est des activités pour lesquelles la confidentialité des échanges entre le mandataire et le mandant revêt une importance accrue ; il en va ainsi pour le médecin, l'avocat, le notaire ou l'agent d'affaires. Pour les professions susmentionnées, le devoir de discrétion du mandataire est alors renforcé et concrétisé par des règles – en particulier

<sup>3</sup> La présente contribution ne traitera pas du cas du médecin travaillant pour un hôpital public (sur le statut du médecin, cf. *Rachel Christinat*, Le procès en responsabilité civile médicale : mise en œuvre en procédures civile et administrative, Bâle 2019, N. 163 ss), ni même du cas du notaire d'Etat tel qu'il en existe dans certains cantons suisses, notamment à Zurich (sur ce dernier point, cf. *Bohnet*, N. 101).

<sup>4</sup> BK-*Fellmann*, art. 398 N. 40 ss ; *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4478 ; CR CO I-*Werro*, art. 398 N. 22.

<sup>5</sup> ATF 135 III 597 c. 3.3 ; BK-*Fellmann*, art. 398 N. 63 s. ; CR CO I-*Werro*, art. 398 N. 22.

<sup>6</sup> ATF 136 III 296 c. 3.2 ; ATF 91 I 200, JdT 1966 I 295, c. 3 : « La sphère personnelle qui existe dans les relations entre l'avocat et son client jouit de la protection des droits de la personnalité selon l'art. 27 CC ». Pour le médecin : *Manai-Wehrli*, pp. 146 s. Pour le mandat en général, cf. BK-*Fellmann*, art. 398 N. 49 ; *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4478.

de droit public – instituant le *secret professionnel* et sanctionnant sa violation aussi bien sur le plan pénal que sur celui disciplinaire<sup>7</sup>.

## **B. Les fondements généraux**

Le secret professionnel est protégé par différentes dispositions de rang conventionnel, constitutionnel et légal, de droit public comme de droit privé. Les principaux fondements sont présentés ci-après.

### *1. La Constitution et la Convention européenne des droits de l'Homme*

Dès lors qu'il protège la confidentialité des échanges intervenant entre le mandataire et son mandant, le secret professionnel trouve un premier fondement au niveau constitutionnel et conventionnel, en vertu des art. 13 al. 1<sup>er</sup> Cst., 8 CEDH et 17 Pacte ONU II consacrés à la *protection de la sphère privée*<sup>8</sup>.

De même, le détenteur du secret professionnel est, de manière générale, protégé par la *liberté économique* garantie à l'art. 27 Cst.<sup>9</sup>, dès lors que ladite institution contribue à garantir le libre exercice de la profession.

### *2. Le Code pénal*

L'art. 321 CP sanctionne pénalement la violation du secret professionnel et érige celle-ci en délit, poursuivi sur plainte. Il en résulte la nature particulière du secret professionnel qui ne constitue pas simplement un droit dont peuvent se prévaloir certains mandataires, mais une véritable obligation à laquelle ils doivent se soumettre<sup>10</sup>.

Toutefois, tous les mandataires soumis au secret professionnel ne peuvent pas être sanctionnés pénalement en cas de violation dudit secret. En effet, la protection conférée par l'art. 321 CP se limite aux professions exhaustivement énumérées par ladite disposition<sup>11</sup>. Selon le droit en vigueur jusqu'au 31 janvier 2020, figuraient au rang des

<sup>7</sup> *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4476; CR CO I-*Werro*, art. 398 N. 23. Pour plus de détails sur les fondements juridiques du secret professionnel, cf. infra II. B.

<sup>8</sup> Pour le médecin : ATF 141 IV 77, JdT 2016 IV 6 c.4.4; arrêts du TF 2C\_37/2018 du 15 août 2018, c. 6.2.3; 1B\_231/2015 du 15 mars 2016, c. 2.3 et 1B\_96/2013 du 20 août 2013, c. 5.1; arrêt CourEDH du 25 février 1997, Z. c. Finlande, req. n° 22009/93, § 95. Pour l'avocat : ATF 140 IV 28 c. 3.3; ATF 117 Ia 341 c. 4 et 6a; arrêt CourEDH du 6 décembre 2012, Michaud c. France, req. n° 12323/11, §§ 118 s.

<sup>9</sup> *Bohnet/Martenet*, N. 1790; ATF 140 IV 28, c. 3.3.

<sup>10</sup> En ce sens, *Stoudmann*, p. 145.

<sup>11</sup> BSK StGB II-*Oberholzer*, art. 321 N. 3 s.; *Corboz*, Les infractions, art. 321 N. 8; PC CP, art. 321 N. 11.

professions médicales, les «médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues» et, au rang des professions juridiques, les «avocats, défenseurs en justice, notaires», ainsi que tous les «auxiliaires» que ces divers professionnels s'adjoignent.

L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan), le 1<sup>er</sup> février 2020, engendrera une modification de l'art. 321 CP; la liste des professionnels de la santé visés par ladite disposition a été élargie aux «infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes»<sup>12</sup>. Les professionnels susmentionnés pourront donc désormais être auteurs de l'infraction visée à l'art. 321 CP; à l'inverse – et à titre d'exemple – les podologues soumis à un devoir de discrétion en vertu du droit cantonal ne le pourront toujours pas, à moins d'être qualifiés d'auxiliaire au sens de ladite disposition<sup>13</sup>.

Selon la doctrine dominante, la notion de «défenseur en justice» se réfère exclusivement aux personnes qui, sans être titulaires d'un brevet d'avocat, sont admises à défendre un prévenu dans le cadre de procédures pénales portant sur des contraventions, en vertu du droit cantonal réservé par l'art. 127 al. 5 CPP<sup>14</sup>. La notion de «défenseur en justice» a donc une *portée extrêmement limitée* en pratique.

Cette limitation au domaine pénal s'explique historiquement par le fait que, lors de l'introduction de l'art. 321 CP, plusieurs cantons confiaient la charge de défenseur au pénal des justiciables indigents à un employé de l'Etat<sup>15</sup>. A cette même époque, la procédure pénale militaire autorisait des non-avocats à fonctionner comme défenseurs au pénal<sup>16</sup>. Ainsi, en faisant référence aux *défenseurs* («*Verteidiger*» en allemand et «*difensori*» en italien), l'art. 321 CP renvoie à une notion typiquement liée au procès pénal.

Désormais, la procédure civile fédérale donne aux cantons la faculté d'autoriser les mandataires professionnellement qualifiés à représenter les parties en justice dans certaines causes (cf. art. 68 al. 1<sup>er</sup> let. d CPC). Par ailleurs, certaines procédures administratives cantonales les y autorisent<sup>17</sup>. Cela amène *Chappuis* à considérer que les mandataires professionnellement qualifiés doivent également pouvoir être sanctionnés pénalement en vertu de l'art. 321 CP, en

<sup>12</sup> RO 2020 57.

<sup>13</sup> En ce sens, *Corboz*, Les infractions, art. 321 N. 15.

<sup>14</sup> *Idem*, N. 11; *Bohnet/Martenet*, N. 1797; BSK StGB II-*Oberholzer*, art. 321 N. 7; PC CP, art. 321 N. 14.

<sup>15</sup> CR CPP-*Werly*, art. 171 N. 14; *Favre*, pp. 66 s.

<sup>16</sup> *Ibidem*; *Logoz*, art. 321 N. 3.

<sup>17</sup> Cf. dans le canton de Genève, l'art. 9 al. 1<sup>er</sup> LPA/GE; dans le canton du Jura, l'art. 17 al. 1<sup>er</sup> let. b CPA/JU.

leur qualité de « défenseur en justice »<sup>18</sup>. Si une telle interprétation se justifie d'un point de vue téléologique, compte tenu du besoin de protection du public poursuivi par l'art. 321 CP, une interprétation aussi bien historique que littérale de ladite norme ne permet pas une extension de la notion de « défenseur en justice » aux mandataires professionnellement qualifiés en matière civile et administrative.

Au vu de ce qui précède, les *agents d'affaires ne peuvent donc pas être sanctionnés pénalement*, en vertu de l'art. 321 CP.

### 3. Les lois de procédure

Le secret professionnel prévaut en principe aussi à l'égard des tribunaux<sup>19</sup>; ainsi, en considération de l'art. 321 CP, les lois de procédure donnent aux mandataires soumis au secret professionnel le droit de *refuser de collaborer*, que ceux-ci soient parties ou tiers à la procédure.

Il en va ainsi en procédure civile, en vertu des art. 160 al. 1<sup>er</sup> let. b CPC – dédié spécifiquement à la correspondance eue avec un avocat –, ainsi que des art. 163 al. 1<sup>er</sup> let. b et 166 al. 1<sup>er</sup> let. b CPC, étant précisé que seuls les professionnels mentionnés à l'art. 321 CP sont visés par lesdites dispositions, à l'exclusion de tout autre détenteur de secret professionnel<sup>20</sup>. Or, tel qu'indiqué ci-dessus<sup>21</sup>, les agents d'affaires et mandataires professionnellement qualifiés ne peuvent pas être qualifiés de défenseurs en justice, au sens de l'art. 321 CP. Partant, si les médecins, avocats et notaires peuvent se prévaloir du droit de refuser de collaborer prévu aux art. 163 al. 1<sup>er</sup> let. b et 166 al. 1<sup>er</sup> let. b CPC, les agents d'affaires sont quant à eux soumis aux art. 163 al. 2 et 166 al. 2 CPC.

De manière similaire, l'art. 171 CPP prévoit le droit de refuser de témoigner en procédure pénale pour certains professionnels, au rang desquels figurent notamment les médecins, avocats et notaires. Les autres devoirs de discrétion sont visés à l'art. 173 CPP; à défaut d'être expressément soumis à l'art. 171 ou 173 al. 1<sup>er</sup> CPP, les agents d'affaires seront soumis à l'art. 173 al. 2 CPP<sup>22</sup>. La correspondance

<sup>18</sup> CR CP II-*Chappuis*, art. 321 N. 37 s; implicitement: *Stoudmann*, p. 146, selon lequel la notion de défenseur en justice désigne « des catégories professionnelles que les procédures cantonales ou fédérales autorisent à assister des clients en justice ».

<sup>19</sup> Arrêt du TF 4A\_313/2018 du 17 décembre 2018, c. 3.6.4.

<sup>20</sup> BSK ZPO-*Schmid*, art. 166 N. 5; CR CPC-*Jeandin*, art. 163 N. 11 et art. 166 N. 10; Message CPC, FF 2006 6841, p. 6928.

<sup>21</sup> Cf. supra, point II.B.2.

<sup>22</sup> L'entrée en vigueur de la LPSan a engendré une modification du texte des art. 171 al. 1<sup>er</sup> et 173 al. 1<sup>er</sup> CPP, cf. RO 2020 57, p. 71.

échangée avec un avocat est quant à elle spécifiquement protégée par l'art. 264 CPP qui en interdit le séquestre<sup>23</sup>.

La loi fédérale sur la procédure administrative (PA), prévoit à son art. 16, et par renvoi à l'art. 42 de la loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF), un « droit de refuser le témoignage », aussi bien pour les personnes mentionnées à l'art. 321 CP (art. 16 al. 1<sup>er</sup> PA et 42 al. 1<sup>er</sup> let. b PCF), que pour les détenteurs « d'autres secrets professionnels » (art. 16 al. 2 PA et 42 al. 2 PCF). Les lois cantonales de procédure administrative prévoient également des dispositions relatives au droit de refuser de témoigner pour les détenteurs de secret professionnel, sans toutefois distinguer selon que les personnes en question soient mentionnées à l'art. 321 CP ou que le secret soit institué par une autre disposition légale<sup>24</sup>.

#### 4. *Le Code des obligations et le Code civil*

Sans instituer expressément le secret professionnel, certaines dispositions de droit privé protègent le respect des secrets dont un mandataire pourrait avoir connaissance dans son activité professionnelle, en lui imposant une obligation contractuelle de discrétion – art. 398 al. 2 CO – ou plus généralement l'obligation de ne pas porter atteinte à la sphère intime ou secrète de ses mandants – art. 28 CC<sup>25</sup>.

Au demeurant, et indépendamment de toute relation contractuelle, celui qui révèle un secret au préjudice d'un tiers commet une atteinte à la personnalité, et partant, un acte illicite au sens des art. 41 et 49 CO, de sorte que lesdites dispositions entrent également en ligne de compte<sup>26</sup>.

#### C. *Les fondements spécifiques*

La Constitution et la CEDH protègent le secret professionnel par la garantie de droits fondamentaux auxquels le respect dudit secret peut être rattaché ; le secret professionnel y tire ainsi sa justification. L'art. 321 CP sanctionne pénalement la violation du secret professionnel. Les dispositions de droit privé fédéral contiennent une obligation générale de discrétion, elle-même rattachée à une obligation plus vaste de respect de la personnalité (art. 28 CC, 41 et 49 CO) ou de bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). Enfin, les lois de procédures tiennent compte du secret professionnel – et en

<sup>23</sup> A ce sujet, cf. *Chappuis*, pp. 204 s.

<sup>24</sup> Art. 32 al. 2 LPA/GE ; art. 16 let. b LPJA/NE.

<sup>25</sup> Cf. *supra*, point II.A.

<sup>26</sup> *Bohnet/Martenet*, N. 1799.

particulier de l'art. 321 CP – en prévoyant des aménagements procéduraux pour les détenteurs dudit secret.

Cependant, pour certaines professions, le législateur (fédéral ou cantonal) a jugé utile d'édicter, dans des dispositions de droit public, des normes instituant le secret professionnel en tant que *règle professionnelle*. Tel est le cas du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires.

### 1. *Le médecin*

Aux termes des art. 40 let. f de la loi fédérale sur les professions médicales (LPMéd) et 27 let. e de la loi fédérale sur les professions de la psychologie (LPsy), les personnes exerçant une profession médicale universitaire, respectivement la psychothérapie, à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité professionnelle doivent observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables. Il s'agit là notamment – mais pas uniquement – d'un renvoi à l'art. 321 CP<sup>27</sup>.

Selon l'art. 2 al. 1<sup>er</sup> LPMéd, sont considérés comme exerçant une profession médicale universitaire les médecins (let. a), les médecins-dentistes (let. b), les chiropraticiens (let. c) et les pharmaciens (let. d), toutes des professions – à l'exception des vétérinaires (cf. let. e) – également énumérées à l'art. 321 CP.

Concernant les règles déontologiques développées par les associations professionnelles, l'art. 11 du Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH) rappellent aux professionnels de la santé qu'ils sont soumis au « secret médical dans un but de protection du patient ». Le Code de déontologie de la Fédération suisse des psychologues (FSP) consacre quant à lui ses art. 16 à 19 à la réglementation du secret professionnel.

### 2. *L'avocat*

Aux termes de l'art. 13 LLCA, l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession.

Quant au champ d'application, la LLCA s'applique aux titulaires d'un brevet d'avocat qui pratiquent, dans le cadre d'un monopole, la représentation en justice en Suisse (art. 2). En particulier, sont visés par l'art. 13 LLCA les avocats inscrits à un registre cantonal (art. 6), les avocats non inscrits mais que les cantons autorisent à représenter

<sup>27</sup> Message LPMéd, FF 2005 157, p. 212; Message LPsy, FF 2009 6235, p. 6278.

des parties devant leurs propres autorités judiciaires (art. 3 al. 2) et les avocats des Etats membres de l'UE ou de l'AELE inscrits au tableau (art. 27 ss).

Ainsi, le champ d'application de l'art. 13 LLCA est plus restreint que celui de l'art. 321 CP qui, compte tenu du besoin de protection du public, sanctionne également les avocats-conseils titulaires du brevet qui exercent à titre indépendant sans entrer dans l'un des cas de figure énumérés ci-dessus<sup>28</sup>.

Si l'art. 321 CP sanctionne pénalement la violation intentionnelle du secret professionnel, l'art. 13 LLCA – en lien avec l'art. 17 LLCA relatif aux mesures disciplinaires – permet de sanctionner disciplinairement un avocat pour le simple fait de ne pas avoir pris, par négligence, les mesures d'organisation nécessaires à la préservation du secret<sup>29</sup>. En ce sens, le droit pénal et le droit disciplinaire poursuivent des buts différents<sup>30</sup>.

Sur le plan associatif<sup>31</sup>, la Fédération suisse des avocats (FSA) a consacré l'art. 15 de son Code suisse de déontologie au secret professionnel ; ledit article reprend en substance l'art. 13 LLCA.

### 3. *Le notaire*

Si le droit fédéral impose certains devoirs généraux au notaire<sup>32</sup>, la profession est essentiellement réglementée par le droit public cantonal. Ainsi, les lois cantonales sur le notariat érigent le secret professionnel du notaire en règle professionnelle. Il en va ainsi de l'art. 57 LN/NE, de l'art. 7 LNot/GE, de l'art. 42 LNo/VD ou encore de l'art. 19 LN/JU.

Est soumis au secret professionnel, l'officier public qui exerce, en instrumentant des actes authentiques, une fonction officielle de la juridiction gracieuse<sup>33</sup> ; il s'agit là de l'essence même de l'activité ministérielle du notaire. Celui-ci sera également soumis au secret

<sup>28</sup> BGFA Komm-Nater/Zindel, art. 13 N. 28 s ; Bohnet/Martenet, N. 1810 s ; CR CP II-Chappuis, art. 321 N. 17 ; Mabillard, p. 212.

<sup>29</sup> BGFA Komm-Nater/Zindel, art. 13 N. 196 ; CR CP II-Chappuis, art. 321 N. 19 et 70.

<sup>30</sup> Arrêts du TF 2C\_448/2014 du 5 novembre 2014, c. 4.2 ; 2C\_66/2013 du 7 mai 2013, c. 7.2 et 2C\_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.3, aux termes desquels : « Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci ».

<sup>31</sup> Sur la portée d'une telle règle, cf. Bohnet/Martenet, N. 276 ; Bühr, p. 139.

<sup>32</sup> Bohnet, N. 104 ; Jeandin, p. 28 : notamment celui d'être suffisamment formé pour maîtriser les règles de la procédure d'instrumentation des actes authentiques.

<sup>33</sup> Pour cette définition du notaire, cf. ATF 103 Ia 85, JdT 1979 I 98 c. 6b.

professionnel dans le cadre des activités accessoires que le droit cantonal l'autorise à exercer<sup>34</sup>.

En revanche, le titulaire du brevet de notaire cantonal ne disposant pas d'un sceau n'est pas soumis au secret professionnel dans le cadre d'une éventuelle activité de conseil, pas même sous l'angle de l'art. 321 CP, dès lors qu'il n'exerce pas l'activité de notaire<sup>35</sup>.

#### 4. *L'agent d'affaires*

Aux termes de l'art. 68 al. 2 let. b CPC, 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, pour autant que le droit cantonal le prévoit. Quelques cantons seulement, dont les cantons de Genève et de Vaud ont réglementé la profession d'agent d'affaires<sup>36</sup>.

Aux termes de l'art. 48 al. 1<sup>er</sup> LPAg/VD, l'agent d'affaires breveté est lié par le secret professionnel. Sont visés par cette disposition les professionnels inscrits au tableau vaudois des agents d'affaires brevetés<sup>37</sup>, après obtention du brevet de capacité délivré par le Tribunal cantonal vaudois<sup>38</sup>.

Quant à la LPAA/GE, elle ne soumet pas les agents d'affaires au secret professionnel. Il faut dire que ladite loi est extrêmement brève et limite l'activité desdits agents à la seule représentation « des parties auprès des offices des poursuites ou des faillites » (art. 3 LPAA/GE). Partant, la profession d'agent d'affaires revêt, en pratique, une portée extrêmement limitée dans le canton de Genève<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Sur la distinction entre activité ministérielle et activité accessoire, cf. *Bohnet*, N. 109 ss.

<sup>35</sup> La situation diffère donc par rapport à celle de l'avocat, cf. supra, point II.C.2.

<sup>36</sup> Cf. la loi genevoise réglementant la profession d'agent d'affaires (LPAA/GE), ainsi que la loi vaudoise sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAg/VD).

<sup>37</sup> Art. 12 LPAg/VD.

<sup>38</sup> Art. 15 et 22 al. 1<sup>er</sup> LPAg/VD.

<sup>39</sup> Le site [www.ge.ch/document/agents-affaires](http://www.ge.ch/document/agents-affaires) (consulté le 24 octobre 2019) donne accès à la liste des agents d'affaires dans le canton de Genève qui sont au nombre de cinq (publiée le 16 mai 2018).

### III. Le détenteur du secret professionnel comme poursuivant : le recouvrement des créances d'honoraires

La présomption de gratuité du mandat qui ressort du texte de l'art. 394 al. 3 CO est, depuis longtemps, tombée en désuétude<sup>40</sup>. Ainsi, le contrat de mandat est en principe conclu à titre onéreux, de sorte que la convention conclue entre le mandant et le mandataire fonde une créance d'honoraires du second à l'égard du premier.

Lorsque le mandant ne paie pas, le mandataire peut être amené, comme tout créancier, à demander l'exécution forcée en vertu des dispositions de la LP. Se pose toutefois la question des informations qui doivent être transmises aux autorités de poursuites, respectivement judiciaires, et par là même, des limites posées par le secret professionnel à la transmission desdites informations (A). Lorsque cela s'avère nécessaire, se posera donc la question de la levée du secret professionnel (B).

#### A. La communication des informations nécessaires

En matière de secret professionnel, l'existence même du mandat que le client a confié à son avocat ou de la consultation que le patient a eue avec son médecin et, par là même, le nom du client ou du patient sont des faits couverts par le secret<sup>41</sup>. Se pose donc la question de la nécessité ou non d'une levée du secret professionnel, aussi bien au moment de la facturation des honoraires (1), qu'en cas d'ouverture d'une procédure de poursuite (2 et 3) ou judiciaire (4).

##### 1. La facturation par un organe indépendant

L'établissement des factures et mémoires d'honoraires nécessite l'accès à des informations couvertes par le secret professionnel, dès lors qu'elles révèlent aussi bien l'existence d'un mandat confié par un certain patient ou client, ainsi que, en cas de mémoire détaillé, son objet et son étendue.

En pareil cas, les employés de l'organe indépendant chargé de la facturation ne peuvent être qualifiés d'auxiliaires du mandataire

<sup>40</sup> *Bohnet/Martenet*, N. 2626; BSK OR I-Weber, art. 394 N. 35; *Tercier/Bieri/Carron*, N. 4306; cf. déjà ATF 82 IV 145 c. 2a, aux termes duquel l'usage veut que des services fournis à titre professionnel soient rémunérés.

<sup>41</sup> Pour l'avocat : arrêts du TF 2C\_101/2019 du 18 février 2019, c. 4.1; 2C\_8/2019 du 1<sup>er</sup> février 2019, c. 2.1; 2C\_439/2017 du 16 mai 2018, c. 3.2 et 2C\_704/2016 du 6 janvier 2017, c. 3.1. Pour le médecin : BSK StGB II-Oberholzer, art. 321 N. 14. En général : CR CP II-Chappuis, art. 321 N. 28.

soumis au secret professionnel alors que, selon toute probabilité, celui-ci ne connaît pas lesdits employés et n'entretient aucun contact avec eux ; ainsi, les personnes morales – et notamment les organes indépendants chargés de la facturation – ne peuvent être considérés comme des auxiliaires, au sens de l'art. 321 ch. 1 CP<sup>42</sup>.

Partant, lorsque le mandataire souhaite charger un *organe indépendant* (par ex. Caisse des Médecins) de la facturation des prestations fournies aux mandants, il doit en informer son client ou son patient, en vue d'obtenir son *consentement à la levée du secret professionnel*<sup>43</sup>.

## 2. La réquisition de poursuite

Toute poursuite pour dettes débute par la notification d'un commandement de payer au débiteur ; elle se continue par voie de saisie, de réalisation de gage ou de faillite (art. 38 al. 2 LP). Pour que les offices des poursuites et des faillites puissent procéder à la notification du commandement de payer, le créancier doit adresser auxdits offices une réquisition de poursuite qui doit contenir notamment le nom et le domicile du débiteur, le montant de la créance, ainsi que le titre ou, à défaut de titre, la cause de l'obligation (art. 67 al. 1<sup>er</sup> et 71 al. 1<sup>er</sup> LP).

Ainsi, la compilation d'une réquisition de poursuite ne viole le secret professionnel que dans l'hypothèse où les indications qu'elle contient permettent, à elles seules, de révéler l'existence d'un mandat couvert par le secret<sup>44</sup>.

A cet égard, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser ce qui suit<sup>45</sup> :

« 'Honorare' werden [...] nicht nur aufgrund von Geldforderungen aus anwaltlicher Tätigkeit begründet, sondern können auch Entschädigungen sein für die Tätigkeit als Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft oder für eine wissenschaftliche oder künstlerische Leistung. Die Bezeichnung 'Honorarnote' lässt wohl auf eine Entschädigung aus einer freiberuflichen Tätigkeit schliessen, nicht aber auf ein bestehendes Mandatsverhältnis ».

<sup>42</sup> Rapport PFPDT 2010/2011, p. 66.

<sup>43</sup> Guide FMH, p. 103 ; en ce sens également Rapport PFPDT 2010/2011, p. 66 aux termes duquel « [n]ous conseillons donc aux médecins et aux cliniques de demander aux patients leur consentement avant de confier le traitement de leurs données à un tiers » ; contra : *Uttinger*, N. 10.23.

<sup>44</sup> Les pratiques cantonales peuvent toutefois varier. Ainsi, l'Ordre des avocats genevois invite ses membres « à requérir systématiquement la levée du secret professionnel en cas de recouvrement d'honoraire », Courrier du Bâtonnier genevois aux membres de l'Ordre du 21 juin 2018, accessible sur [www.odage.ch/medias/documents/procurations/2018/L\\_membres\\_procuration\\_ODA\\_21.06.2018.pdf](http://www.odage.ch/medias/documents/procurations/2018/L_membres_procuration_ODA_21.06.2018.pdf) (consulté le 24 octobre 2019).

<sup>45</sup> Arrêt du TF 2P\_144/2001 du 31 juillet 2001, c. 3.

Partant, si le créancier ne spécifie pas la nature des services rendus (par ex. « traitement médical du [...] »), la lecture de la réquisition de poursuite ne permet pas, à elle seule, de révéler l'existence d'un mandat entre un médecin et son patient, respectivement un avocat, notaire ou agent d'affaires et son client. Et ce, même si la cause de l'obligation contient la mention « mémoire d'honoraires du [date] », dès lors que les professionnels précités peuvent également percevoir des indemnités pour des activités non couvertes par le secret professionnel (par ex. activité au sein d'un conseil d'administration, recherche scientifique ou participation à des conférences)<sup>46</sup>.

Au vu des pratiques cantonales parfois divergentes<sup>47</sup> et *par précaution*, le détenteur du secret professionnel (qui n'en a pas encore demandé la levée) préférera toutefois une formulation de la cause de l'obligation plus neutre, telle que « facture du [date] » ou « décompte du [date] »<sup>48</sup>.

### 3. *La présentation des moyens de preuve dans la procédure de poursuite*

L'art. 73 al. 1<sup>er</sup> LP, dans sa nouvelle teneur entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2019, prévoit qu'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 les moyens de preuve afférents à sa créance et la récapitulation de tous ses droits à l'égard du débiteur. Or la production des mémoires d'honoraires, de la procuration et/ou de documents contractuels auprès de l'office implique de dévoiler à ce dernier l'existence d'un mandat couvert par le secret professionnel, de sorte qu'une *levée du secret professionnel paraît nécessaire* en vue de la présentation des moyens de preuve par le mandataire<sup>49</sup>.

Cependant, à notre sens, lorsque le mandant se prévaut de l'art. 73 al. 1<sup>er</sup> LP, il lève, *par actes concluants*<sup>50</sup>, le mandataire de son secret professionnel ; c'est en effet à la demande expresse du mandant que le mandataire est amené à produire certains documents couverts par

<sup>46</sup> Pour un avis dubitatif sur l'arrêt en question, cf. *Gehrer*, N. 32.

<sup>47</sup> A ce sujet, cf. *Bohnet/Martenet*, N. 1934 ss ; *Chappuis*, pp. 223 s ; BGFA *Komm-Nater/Zindel*, art. 13 N. 146 ss.

<sup>48</sup> En ce sens, *Pasquier*, p. 10, qui retranscrit les propos de *Marc Wollmann*, vice-président de l'Association des avocats bernois.

<sup>49</sup> Cf. *Gehrer*, nbp 63 qui cite les recommandations de l'Association des avocats zurichois.

<sup>50</sup> Sur l'absence de forme requise pour une levée du secret professionnel par le client, cf. *Bohnet/Melcarne*, point III.A.1.

le secret professionnel, auprès de l'office. Au demeurant, dès lors que lesdits documents portent sur l'existence et l'étendue d'une créance d'honoraires, le client connaît d'ores et déjà le motif de la communication des informations couvertes par le secret, le type d'informations qui seront transmises et à qui elles le seront<sup>51</sup>.

Cette situation est ainsi comparable à celle dans laquelle le mandant ouvre action contre son mandataire, ce qui implique une levée du secret professionnel par actes concluants, à tout le moins pour les faits dont le mandant a lui-même connaissance et nécessaires à la défense du mandataire<sup>52</sup>.

#### 4. L'encaissement des honoraires par voie judiciaire

Saisir un tribunal en vue du recouvrement des honoraires impayés implique de révéler aussi bien l'existence d'un mandat confié par un certain patient ou client, que son objet et son étendue. Ainsi, comme le rappelle la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral relative à la profession d'avocat, l'encaissement des honoraires *par voie judiciaire* nécessite la libération préventive du secret professionnel<sup>53</sup>.

Le dépôt d'une *requête en mainlevée* ou d'une *demande en paiement* auprès des juridictions civiles nécessite donc une *levée du secret professionnel*. Celle-ci paraît d'autant plus inévitable pour le dépôt d'une demande en paiement, compte tenu du niveau de précision que doivent atteindre les allégués de fait, pour que le tribunal puisse statuer sur une prétention d'honoraires. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, les faits sont insuffisamment allégués, dès lors qu'«ils ne révèlent pas en quoi consistaient précisément les litiges dans lesquels l'avocat est intervenu et quelles opérations il a dû effectuer – à tout le moins les plus importantes d'entre elles –, respectivement quels degrés de difficulté les affaires revêtaient»<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Sur les modalités du consentement, cf. *Bohnet/Melcarne*, point III.A.1.

<sup>52</sup> *Chappuis*, p. 220; Obergericht TG, arrêt du 08 février 2005, RBOG 2005, n° 34. En tout état de cause, la doctrine et la jurisprudence admettent que la levée du secret professionnel est justifiée lorsqu'il s'agit de permettre à l'avocat de se défendre en cas d'action (par ex. en dommages-intérêts) ouverte à son encontre par le client, cf. notamment l'arrêt du TF 2C\_503/2011 du 21 septembre 2011, c. 2.2; BGFA *Komm-Nater/Zindel*, art. 13 N. 155 et 158.

<sup>53</sup> Arrêts du TF 2C\_101/2019 du 18 février 2019, c. 4.1; 2C\_8/2019 du 1<sup>er</sup> février 2019, c. 2.1; 2C\_439/2017 du 16 mai 2018, c. 3.2 et 2C\_704/2016 du 6 janvier 2017, c. 3.1 : les arrêts en italien parlent de «procedere in giudizio all'incasso della propria nota d'onorario» et ceux en allemand emploient l'expression «klageweise Geltendmachung einer Honorarforderung». Pour le notaire, cf. l'opinion contraire de *Mooser*, nbp 415 et les réf. cit. en nbp 1537.

<sup>54</sup> Arrêt du TF 4D\_57/2013 du 2 décembre 2013, c. 3.3.

## B. La levée du secret professionnel<sup>55</sup>

### 1. Le principe

Si la notification d'un commandement de payer ne nécessite en principe pas une levée du secret professionnel, il suffit que le patient ou le client s'y oppose, pour que le créancier détenteur du secret professionnel doive agir en mainlevée, voire même, en cas d'échec de celle-ci, en reconnaissance de dette; il est alors contraint d'obtenir la levée de son secret professionnel<sup>56</sup>. A défaut, le mandataire concerné risque une condamnation pénale fondée sur l'art. 321 CP<sup>57</sup>.

Conformément à l'art. 321 ch. 3 CP, sont toutefois réservées d'éventuelles dispositions de la législation fédérale ou cantonale prévoyant un droit d'aviser une autorité. Ainsi, certaines lois cantonales sur la santé prévoient, de manière expresse, que les personnes soumises au secret professionnel en sont déliées, en vue de l'encaissement de leurs honoraires<sup>58</sup>. De telles dispositions rendent licite la communication, par le médecin, des informations couvertes par le secret professionnel et nécessaires au recouvrement des honoraires, auprès des autorités de poursuites et/ou judiciaires, ainsi que des organes indépendants chargés de la facturation («Inkassostelle»). Quant aux lois cantonales sur la profession d'avocat, elles restent en principe muettes à ce sujet<sup>59</sup>.

En l'absence de telles dispositions et selon la plus récente jurisprudence relative à l'avocat, la levée du secret professionnel doit être demandée *en premier lieu* au client lui-même, puis, *en cas de refus* de ce dernier, le détenteur du secret professionnel prendra des conclusions en ce sens *auprès de l'autorité compétente*<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Cet aspect, qui pose diverses questions en lien avec le recueil anticipé du consentement à la levée du secret professionnel d'une part, ainsi qu'avec la pesée des intérêts en présence par l'autorité compétente d'autre part, fait l'objet de développements spécifiques in *Bohnet/Melcarne*, point III.

<sup>56</sup> Cf. supra, point III.A.4.

<sup>57</sup> Pour le cas d'un avocat : arrêt du TF 6B\_545/2016 du 6 février 2017. Pour le cas d'un médecin : *Fankhauser*, p. 1771.

<sup>58</sup> Dans le canton d'Argovie, cf. § 21 al. 2 let. e Gesundheitsgesetz/AG aux termes duquel «[d]ie Schweigepflicht ist zusätzlich zur Erreichung folgender Zwecke aufgehoben: Inkasso von Forderungen aus dem Behandlungsverhältnis»; dans le canton de Lucerne, cf. § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz/LU aux termes duquel «[p]ersonen, die zur Geheimhaltung verpflichtet sind, sind zur Durchsetzung von streitigen Forderungen aus dem Behandlungsverhältnis gegenüber der beauftragten Inkassostelle und den zuständigen Behörden vom Berufsgeheimnis befreit»; dans le canton de Thurgovie, cf. § 22 al. 3 Gesetz über das Gesundheitswesen/TG dont le texte est quasi identique à la loi lucernoise.

<sup>59</sup> *Chappuis*, p. 221.

<sup>60</sup> Arrêts du TF 2C\_101/2019 du 18 février 2019, c. 4.1; 2C\_8/2019 du 1<sup>er</sup> février 2019, c. 2.1; 2C\_439/2017 du 16 mai 2018, c. 3.2 et 2C\_704/2016 du 6 janvier 2017, c. 3.1.

Afin de faciliter les démarches tendant au recouvrement des créances, il arrive que des professionnels tentent de recueillir *de manière anticipée* le consentement à la levée du secret professionnel. Les médecins soumettent parfois au patient des formulaires ad hoc, généralement lors de son enregistrement auprès d'un cabinet médical<sup>61</sup>. De même, certains avocats intègrent des clauses de cette nature dans les procurations qu'ils font signer à leurs clients en début de mandat. Toutefois, l'admissibilité de telles clauses est *discutée en pratique*, aussi bien auprès des avocats que des médecins<sup>62</sup>.

Ainsi, à défaut de consentement du mandant à la levée du secret professionnel, le détenteur du secret devra, conformément à l'art. 321 ch. 2 CP, requérir *l'autorisation écrite de l'autorité supérieure* ou de l'autorité de surveillance à laquelle il est soumis. Le droit pénal, tout comme le droit professionnel, n'énonce pas les critères à appliquer par l'autorité de surveillance qui est saisie d'une demande de levée du secret<sup>63</sup>. Toutefois, la jurisprudence reconnaît au mandataire un *intérêt digne de protection à obtenir la levée du secret* en vue du recouvrement de ses honoraires<sup>64</sup>. Ce dernier s'oppose en principe à l'intérêt institutionnel au maintien de la confidentialité d'une part, et, selon les circonstances, à l'intérêt individuel du client ou du patient à garder le mandat secret d'autre part<sup>65</sup>.

L'autorité compétente devra donc se livrer à une pesée de l'ensemble des intérêts en présence pour déterminer s'il convient d'accorder la levée du secret professionnel. Au regard de l'importance du secret sous le double point de vue de l'institution et des droits individuels, la levée du secret ne peut paraître appropriée qu'*en présence d'un intérêt public ou privé nettement prépondérant*<sup>66</sup>. En cas d'uniformisation du droit de la profession concernée par des règles de rang fédéral, les critères pertinents à prendre en considération relèvent exclusivement du droit fédéral et ne sauraient être déterminés par le

<sup>61</sup> Gmür, p. 1764; cf. également Fankhauser, p. 1773.

<sup>62</sup> Cf. Pasquier, pp. 10 s.; Gmür, p. 1764. Pour plus de détails sur le recueil anticipé du consentement à la levée du secret professionnel, cf. Bohnet/Melcarne, point III.A.

<sup>63</sup> ATF 142 II 307, JdT 2017 I 51 c. 4.2; arrêt du TF 2C\_37/2018 du 15 août 2018, c. 6.4.2.

<sup>64</sup> ATF 142 II 307, JdT 2017 I 51 c. 4.3.3; arrêts du TF 2C\_101/2019 du 18 février 2019, c. 4.3 et 2C\_8/2019 du 1<sup>er</sup> février 2019, c. 2.3.

<sup>65</sup> ATF 142 II 307, JdT 2017 I 51 c. 4.3.3. Au sujet des intérêts protégés par le secret professionnel, cf. Bohnet/Melcarne, point II.

<sup>66</sup> ATF 142 II 307, JdT 2017 I 51 c. 4.3.3; CR CP II-Chappuis, art. 321 N. 153; StGB PK-Trechsel/Vest, art. 321 N. 34. Pour plus de détails sur la pesée des intérêts en présence, cf. Bohnet/Melcarne, point III.B.

droit cantonal ; tel est le cas pour le médecin soumis à la LPMéd, ainsi que pour l'avocat soumis à la LLCA<sup>67</sup>.

## 2. *Les autorités compétentes pour lever le secret professionnel*

Aux termes de l'art. 321 ch. 2 CP, le professionnel soumis au secret professionnel peut se faire délier par autorisation écrite de « l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance ». En l'absence de norme fédérale pour chacune des professions considérées, l'autorité susmentionnée est désignée par le droit cantonal.

La question de la compétence de l'autorité chargée de délier le mandataire du secret professionnel revêt une importance particulière. En effet, une requête écrite adressée à la mauvaise autorité équivaut à la divulgation d'informations couvertes par le secret à des tiers et, partant, à une violation du secret professionnel.

### a. Le médecin

Pour les médecins, certains cantons ont désigné un *organe spécialisé*, tel que le Conseil de santé pour le canton de Vaud (art. 13 al. 5 LSP/VD) ou la Commission du secret professionnel à Genève (art. 12 LS/GE). D'autres ont confié cette tâche à une *autorité administrative* ; à Neuchâtel, il s'agit du département désigné par le Conseil d'Etat, actuellement le Département des finances et de la santé, sur préavis du médecin cantonal (art. 63 LS/NE), à Fribourg, de la Direction de la santé et des affaires sociales, sur préavis du médecin cantonal (art. 90 al. 1<sup>er</sup> LSan/FR).

La compétence appartient à l'autorité désignée par le droit du canton où le médecin exerce son activité soumise au secret professionnel et non du canton où sont situées les autorités auprès desquelles celui-ci souhaite révéler les informations<sup>68</sup>.

### b. L'avocat

Pour ce qui est des avocats, les cantons romands ont le plus souvent choisi d'attribuer cette compétence à l'*autorité de surveillance* des avocats qu'ils doivent instituer en vertu de l'art. 14 LLCA : à Genève, la Commission du barreau (art. 12 al. 3 LPAv/GE), à Fribourg, la Commission du barreau (art. 5 al. 2 let. d LAv/FR), à Neuchâtel, l'Autorité de surveillance des avocates et des avocats (art. 32 al. 1<sup>er</sup> LAv/NE). Le canton de Vaud a retenu une solution différente en confiant la com-

<sup>67</sup> Pour l'avocat : ATF 142 II 307, JdT 2017 I 51 c. 4.3.1. Le même raisonnement s'applique au médecin, dès lors que la LPMéd « a pour but d'unifier le droit disciplinaire », cf. ATF 143 I 352 c. 3.3.

<sup>68</sup> Cuenat, p. 34 ; PC CP, art. 321 N. 47.

pétence de délier les avocats du secret professionnel à la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 36 let. g RAOJ/VD).

La compétence appartient à l'autorité désignée par le droit cantonal du lieu où l'avocat a exercé l'activité couverte par le secret et non à celle du lieu des autorités auprès desquelles celui-ci souhaite révéler les informations<sup>69</sup>; ce lieu ne correspond pas nécessairement avec le lieu d'inscription au registre cantonal des avocats.

c. Le notaire

Les cantons romands ont, pour la plupart, attribué la compétence de délier les notaires du secret professionnel au *département chargé de la surveillance* de l'activité notariale. Tel est notamment le cas du canton de Neuchâtel (cf. art. 57 al. 3 LN/NE, actuellement le Département de la justice, de la sécurité et de la culture) et du canton du Valais (cf. art. 40 al. 3 let. b LN/VS, actuellement le Département de la sécurité, des institutions et du sport). Même si la loi vaudoise ne règle pas la procédure de levée du secret professionnel, c'est également au département – actuellement le Département des institutions et de la sécurité – que le notaire devra adresser sa demande, en sa qualité d'autorité de surveillance des notaires<sup>70</sup>. Dans le canton de Genève, la compétence appartient à la Commission de surveillance des notaires (art. 7 al. 2 LNot/GE).

d. L'agent d'affaires

Aux termes de l'art. 48 al. 1bis LPAg/VD, le secret peut être levé par le client ou, en cas d'intérêt public ou privé prépondérant, par la *Chambre des agents d'affaires brevetés*, à savoir l'autorité de surveillance et disciplinaire des agents d'affaires brevetés vaudois.

#### IV. Le détenteur du secret professionnel comme poursuivi et comme tiers débiteur : le devoir de renseigner et de remettre

L'office des poursuites et des faillites doit disposer d'une information complète sur la situation patrimoniale du débiteur, afin de pouvoir exécuter efficacement les mesures tendant au recouvrement des créances. Pour ce faire, la loi soumet, d'une part le débiteur, par définition le mieux placé pour fournir à l'office les informa-

<sup>69</sup> Corboz, p. 94; CR LLCA-Maurer/Gross, art. 13 N. 393; PC CP, art. 321 N. 47. Toutefois, Chappuis, p. 225, préconise une approche prudente consistant à s'adresser également à l'autorité du lieu où le secret doit être révélé.

<sup>70</sup> Cour de droit administratif et public VD, arrêt du 26 mars 2019, GE.2018.0034, c. 1b.

tions le concernant, d'autre part les tiers, à un devoir de renseigner («Auskunftspflicht»).

Qu'en est-il lorsque le débiteur, respectivement le tiers soumis au devoir de renseigner est lié par le secret professionnel? Après une brève présentation des devoirs de renseigner incombant au débiteur et au tiers dans les procédures de saisie, faillite et séquestre (A), il s'agira de déterminer les conséquences d'un tel devoir pour les professions soumises au secret professionnel (B).

### **A. Le devoir de renseigner et de remettre du débiteur poursuivi et du tiers**

#### *1. Dans la poursuite par voie de saisie (art. 91 LP)*

Une fois reçue la réquisition de continuer la poursuite visant un débiteur soumis à la poursuite par voie de saisie, l'office doit procéder sans retard à l'exécution de la saisie (art. 89 LP). Celle-ci consiste en le dessaisissement du débiteur en lien avec les actifs sélectionnés par l'office des poursuites (art. 96 LP); pour ce faire, ce dernier doit donc disposer d'informations complètes sur les revenus et la fortune du débiteur.

Ainsi, l'art. 91 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 LP contraint le débiteur, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. not. art. 323 ch. 2 CP), à indiquer jusqu'à due concurrence tous les biens qui lui appartient, même ceux qui ne sont pas en sa possession, ainsi que ses créances et autres droits contre des tiers. En outre, l'art. 91 al. 3 LP précise qu'à la réquisition du préposé, le débiteur est tenu d'ouvrir ses locaux et ses meubles.

De manière analogue, l'art. 91 al. 4 LP impose, sous menace des peines prévues par la loi (cf. not. art. 324 ch. 5 CP), le même devoir de renseigner aux tiers qui détiennent des biens du débiteur ou contre qui le débiteur a des créances.

L'art. 91 LP trouve également application lorsqu'il s'agit d'exécuter une saisie provisoire après la mainlevée provisoire de l'opposition, au sens de l'art. 83 al. 1<sup>er</sup> LP<sup>71</sup>.

#### *2. Dans la poursuite par voie de faillite (art. 222 LP)*

Dès que l'office des faillites a reçu communication de l'ouverture de la faillite<sup>72</sup>, il procède à l'inventaire des biens du failli et prend

<sup>71</sup> ATF 102 III 6 c. 2a; BSK SchKG-*Lebrecht*, art. 91 N. 3; CR LP-*Jeandin*, art. 91 N. 4.

<sup>72</sup> Pour rappel, le moment de l'ouverture de la faillite doit être constaté dans le jugement de faillite par l'indication du jour et de l'heure où elle a été déclarée (art. 175 LP).

les mesures nécessaires à leur conservation (art. 221 LP). L'inventaire donne une vision d'ensemble sur le patrimoine du failli. Tous les éléments du patrimoine sis en Suisse sont donc portés à l'inventaire ; il s'agit, d'une part, des biens en possession du failli (appartenant ou non à la masse active) et, d'autre part, des valeurs patrimoniales qui ne sont pas en sa possession, mais dont ce dernier déclare être propriétaire, ainsi que des valeurs appartenant vraisemblablement au failli<sup>73</sup>.

L'office doit donc disposer d'informations complètes sur la situation patrimoniale du failli, raison pour laquelle l'art. 222 al. 1<sup>er</sup> LP impose à ce dernier, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. not. art. 323 ch. 4 CP), le devoir d'indiquer tous ses biens à l'office et de les mettre à sa disposition. En vertu de l'art. 222 al. 2 LP, à la demande du préposé, le failli est également tenu d'ouvrir ses locaux et ses meubles. Afin de permettre à l'office d'établir un inventaire complet, le devoir de renseigner et de remettre porte sur tous les éléments en relation avec le patrimoine du failli, en particulier la marche de ses affaires, le lieu de situation et la valeur de chaque élément de son patrimoine<sup>74</sup>.

Quant à l'art. 222 al. 4 LP, il soumet, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. art. 324 ch. 5 CP), les tiers qui détiennent des biens du failli ou contre qui le failli a des créances, au même devoir de renseigner et de remettre les objets que le failli.

Enfin, lorsque le juge de la faillite décide, à titre de mesure conservatoire urgente, qu'il sera dressé un inventaire des biens du débiteur (art. 162 LP), l'art. 163 al. 2 LP prévoit notamment l'application par analogie de l'art. 91 LP, de sorte que le débiteur et les tiers ont, dans ce cas de figure également, un devoir de renseigner et de remettre les biens.

### 3. *Dans la procédure de séquestre (art. 275 LP)*

En cas de séquestre, le tribunal charge l'office des poursuites de l'exécution du séquestre et lui remet à cet effet une ordonnance de séquestre (art. 274 LP). Celle-ci énonce les biens à séquestrer, étant précisé que seuls les biens désignés dans l'ordonnance de séquestre et situés dans l'arrondissement de l'office chargé de l'exécution du séquestre peuvent être séquestrés<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> CR LP-*Vouilloz*, art. 221 N. 4 ; BSK SchKG-*Lustenberger*, art. 221 N. 7.

<sup>74</sup> CR LP-*Vouilloz*, art. 222 N. 3.

<sup>75</sup> ATF 113 III 139, JdT 1990 II 66 c. 4a ; CR LP-*Stoffel/Chaboz*, art. 275 N. 19.

En effet, contrairement à la procédure de saisie, le créancier a le devoir de désigner lui-même les biens à séquestrer dans la requête de séquestre, le degré de la preuve étant celui de la vraisemblance, et non pas celui de la certitude de l'existence des biens visés ; le créancier doit donc faire une description des biens qui rende crédible leur existence<sup>76</sup>.

Aux termes de l'art. 275 LP, les art. 91 à 109 relatifs à la saisie s'appliquent par analogie à l'exécution du séquestre. Ainsi, conformément à l'art. 91 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 LP, le débiteur séquestré a, sous la menace des peines prévues par la loi (cf. not. art. 323 ch. 2 et 4 CP), le devoir de fournir les renseignements nécessaires à l'exécution du séquestre. Ce devoir n'a pas une portée générale, mais concerne uniquement les biens désignés dans l'ordonnance de séquestre<sup>77</sup>.

Par application analogique de l'art. 91 al. 4 LP, les tiers qui détiennent des biens appartenant au débiteur ou contre qui le débiteur prétend détenir une créance sont astreints, dans la même mesure que le débiteur, à fournir des renseignements. Ceux-ci portent sur l'existence effective de la prétention du débiteur séquestré à leur encontre, telle que décrite dans l'ordonnance de séquestre et à concurrence du montant de la créance à la base du séquestre, y compris les intérêts et les frais<sup>78</sup>.

Toutefois, alors que le créancier saisissant a établi son droit dans le cadre de la procédure contradictoire née de l'opposition au commandement de payer (cf. art. 74 ss LP), le créancier séquestrant a pu se contenter de le rendre vraisemblable, sans que le débiteur ait eu l'occasion de le contester (cf. art. 272 al. 1<sup>er</sup> LP)<sup>79</sup>. Ainsi, il existe un risque de séquestre injustifié, voire investigatoire, qui n'existe pas en cas de saisie, de sorte qu'il se justifie de ne faire naître le devoir de renseigner qu'à la fin du délai d'opposition au séquestre, respectivement à l'issue de la procédure d'opposition au séquestre<sup>80</sup>.

Cette approche crée une inégalité entre les créanciers qui disposent d'ores et déjà d'informations en lien avec la situation patrimoniale du débiteur et les autres ; elle s'avère toutefois nécessaire à la protection de l'intérêt des tiers à ne pas être soumis arbitrairement à une mesure contraignante de séquestre qui peut notamment impliquer la communication d'informations couvertes par le secret<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> CR LP-*Stoffel/Chabloz*, art. 272 N. 22.

<sup>77</sup> ATF 130 III 579, JdT 2005 II 99 c. 2.2.3 ; BSK SchKG-*Reiser*, art. 275 N. 42 ; *Müller-Chen*, pp. 223 s. et 226.

<sup>78</sup> CR LP-*Stoffel/Chabloz*, art. 272 N. 29.

<sup>79</sup> ATF 125 III 391 c. 2d.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> En ce sens, Chambre de surveillance GE, arrêt du 31 octobre 2013, BLSchK 2014 150 c. 2.4.2.

## **B. Le devoir de renseigner et de remettre des mandataires soumis au secret professionnel**

### *1. Le principe*

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative au devoir d'information du débiteur poursuivi est catégorique : le devoir de renseigner est exhaustif et ne souffre aucune restriction<sup>82</sup>. Par ailleurs, en ce qui concerne le tiers débiteur, et en particulier les instituts bancaires, jurisprudence et doctrine affirment de longue date l'inopposabilité du secret bancaire face aux devoirs de renseigner prescrits par le droit des poursuites<sup>83</sup>.

Ainsi, qu'il soit débiteur poursuivi ou tiers débiteur, le mandataire soumis au secret professionnel ne saurait s'opposer à une requête d'informations de l'office des poursuites ou des faillites, fondée sur les art. 91, 222 ou 275 LP, en invoquant ledit secret<sup>84</sup>. En effet, l'art. 321 CP, qui sanctionne la violation du secret professionnel<sup>85</sup>, réserve à son ch. 3 les dispositions des lois fédérales et cantonales imposant une obligation de renseigner une autorité ; tel est le cas des *dispositions de la LP* qui, en instaurant un devoir de renseigner et de remettre, *rendent licite la révélation d'un fait soumis au secret professionnel*<sup>86</sup>, dans les limites de l'accomplissement du devoir susmentionné.

### *2. Les conditions du devoir de renseigner et de remettre*

Si le principe général veut que le mandataire soumis au secret professionnel ne peut s'en prévaloir pour échapper au devoir de renseigner et de remettre qu'est le sien, se pose la question des conditions auxquelles naît ce devoir. Elles sont au nombre de trois : une première liée à la personne à qui incombe le devoir (a.), une seconde liée à son objet (b.) et une troisième liée à son étendue (c.).

#### *a. Un devoir du débiteur poursuivi et du tiers*

Le devoir de renseigner et de remettre vise avant tout le *débiteur poursuivi*. Ainsi, le médecin, l'avocat, le notaire ou l'agent d'affaires

<sup>82</sup> Arrêts du TF 6B\_585/2013 du 29 octobre 2013, c. 4.1 et 6B\_338/2012 du 30 novembre 2012, c. 6.4.

<sup>83</sup> Voir ATF 112 III 6, JdT 1988 II 98 et *Maurice Aubert*, Portée du secret des banques envers le pouvoir judiciaire, in SJ 1967 609 p. 628.

<sup>84</sup> *Gilliéron*, art. 91 N. 58 et art. 222 N. 7; *Marchand*, p. 40; *Müller-Chen*, pp. 212 s. Pour l'avocat : arrêt du TF 7B\_114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3, non publié in ATF 131 III 660. Pour le notaire : *Mooser*, N. 256f.

<sup>85</sup> Cf. supra, point II.B.2.

<sup>86</sup> Arrêt du TF 7B\_114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3, non publié in ATF 131 III 660; *Müller-Chen*, pp. 212 s; *Mooser*, N. 256 et 256f.

qui fait l'objet d'une poursuite pour dettes est contraint de communiquer les informations relatives à la composition de son propre patrimoine, y compris en lien avec l'existence et l'étendue de créances d'honoraires à l'encontre de ses patients ou de ses clients, sans pouvoir se prévaloir de son secret professionnel. Cas échéant, il devra également ouvrir son cabinet, respectivement son étude, afin de permettre à l'office de mettre en œuvre les mesures nécessaires.

En pratique, si un office des poursuites ou des faillites requiert des renseignements d'un mandataire soumis au secret professionnel – en particulier d'un avocat ou d'un notaire – ce sera d'ordinaire en sa qualité de *tiers*. Or, selon le texte clair des art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP, le devoir de renseigner des tiers ne concerne que ceux *qui détiennent des biens appartenant au débiteur ou contre qui le débiteur prétend détenir une créance*. Partant, un avocat ou un notaire à qui l'office adresse une requête de renseignements est en droit d'invoquer l'inexistence d'un quelconque devoir d'information, au motif qu'il ne détient aucun bien appartenant à son mandant (et débiteur) ou que ce dernier ne détient aucune créance à son égard<sup>87</sup>.

A ce sujet, deux situations fréquentes en pratique, à tout le moins pour l'avocat et le notaire, méritent quelques précisions : premièrement, celle du mandataire détenant, à titre fiduciaire, des biens pour le compte de son mandant (aa), deuxièmement, celle de la provision versée par le mandant à son mandataire (bb).

#### *aa. Les biens détenus à titre fiduciaire*

Certains mandataires soumis au secret professionnel – en particulier le notaire – peuvent être amenés à détenir des biens de leurs mandants à titre fiduciaire. Tel est notamment le cas lorsqu'une partie du prix de vente d'un immeuble est versée sur un compte fiduciaire détenu par le notaire ayant instrumenté l'acte authentique, afin que celui-ci procède au paiement de divers frais résultant de la vente immobilière ; en pareille hypothèse, le mandataire est propriétaire des biens, à part entière, alors que le mandant en est l'ayant droit économique<sup>88</sup>.

Compte tenu des rapports économiques réels, la jurisprudence fédérale autorise le créancier séquestrant à rendre vraisemblable que des biens qui semblent appartenir à des tiers (par ex. en raison d'une inscription ou d'un libellé au nom de tiers) appartiennent économiquement au débiteur<sup>89</sup>. Ainsi, en cas de séquestre, le devoir de rensei-

<sup>87</sup> ATF 131 III 660 c. 6.1 ; Müller-Chen, p. 213.

<sup>88</sup> Obergerichtskommission OW, arrêt du 26 novembre 2007, BISchK 2010 87.

<sup>89</sup> ATF 130 II 579, JdT 2005 II 99 c. 2.2.3 ; ATF 126 III 95, JdT 2000 II 35 c. 4a. Auparavant, le Tribunal fédéral considérait que les biens détenus à titre fiduciaire ne

gner et de remettre porte sur l'ensemble des biens mentionnés dans l'ordonnance de séquestre, y compris les biens dont un tiers – et non le débiteur – paraît être nominalement le propriétaire<sup>90</sup>.

De manière plus générale, toute personne qui gère, à titre fiduciaire, les biens dont le débiteur est l'ayant droit économique est soumise à un devoir de renseigner et de remettre, dès lors que la créance en restitution du débiteur à l'encontre du fiduciaire constitue une valeur saisissable<sup>91</sup>.

Partant, un mandataire soumis au secret professionnel qui détient, à titre fiduciaire, des biens pour le compte de son mandant est, au vu des rapports économiques réels qui existent entre les parties au mandat, un *tiers* qui détient des biens appartenant au débiteur ou contre qui le débiteur prétend détenir une créance au sens des art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP; il est donc *soumis au devoir de renseigner et de remettre* en lien avec lesdits biens.

#### *bb. La provision*

Il est d'usage – en particulier dans le cadre de la relation qui lie l'avocat ou le notaire à son client – que le mandataire exige de son mandant le versement d'avances ou de provisions au début du mandat ou en cours d'exécution. La provision représente un paiement anticipé conditionnel qui éteint, par compensation, la créance en honoraires et débours dès qu'elle est exigible<sup>92</sup>. Ainsi, la provision représente la contre-prestation des services du mandataire et des frais qu'il a avancés, soit l'exécution par le mandant de ses obligations, de sorte que le mandant ne peut en réclamer la restitution qu'à la fin du mandat et pour la part qui n'a pas été utilisée<sup>93</sup>. Dès lors, en cas de poursuites contre le mandant, le droit à la restitution de la provision ne peut être saisi qu'en tant que *créance conditionnelle*, pour le cas où, au terme du mandat, un solde reviendrait au mandant poursuivi<sup>94</sup>.

---

pouvaient être séquestrés au profit d'une créance contre le bénéficiaire économique: ATF 107 III 103, JdT 1983 II 66 c. 1; ATF 106 III 86, JdT 1982 II 80 c. 2; contra: Obergerichtskommission OW, arrêt du 26 novembre 2007, BLSchK 2010 87 qui, citant l'ancienne jurisprudence fédérale mais non la plus récente, affirme que le séquestre du compte fiduciaire d'un notaire, dans le cadre d'une procédure contre le fiduciaire (client du notaire), est inadmissible.

<sup>90</sup> ATF 130 III 579, JdT 2005 II 99 c. 2.2.3; arrêt du TF 5A\_407/2016 du 15 septembre 2016, c. 3.1.

<sup>91</sup> ATF 112 III 90 c. 4; *Müller-Chen*, pp. 211 s. et 214.

<sup>92</sup> ATF 126 II 249 c. 4b; ATF 100 IV 227, JdT 1975 IV 149 c. 1; arrêt du TF 4A\_433/2007 du 11 décembre 2007, c. 3.2.

<sup>93</sup> ATF 126 II 249 c. 4b/c; ATF 100 IV 227, JdT 1975 IV 149 c. 1.

<sup>94</sup> ATF 100 IV 227, JdT 1975 IV 149 c. 1.

Afin de rendre possible la saisie de la créance conditionnelle en restitution de la provision, le mandataire soumis au secret professionnel doit, à notre sens, être qualifié de *tiers*, conformément aux art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP, dès lors que le mandant (et débiteur) peut, à la fin du mandat et pour le montant non encore utilisé de la provision, détenir une créance envers lui. Partant, le mandataire est *soumis au devoir de renseigner* quant à l'existence et l'étendue de la provision; il ne sera soumis au devoir de remettre que dans l'hypothèse où la créance conditionnelle devient effective.

b. L'existence de biens

Le devoir de renseigner porte sur «tous les biens» (art. 91 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 ou «tous ses biens» selon l'art. 222 al. 1<sup>er</sup> LP), à savoir sur tout actif<sup>95</sup>. Ceci exclut les documents n'ayant pas de valeur marchande<sup>96</sup>, de sorte que le mandataire soumis au secret professionnel – en particulier l'avocat ou le notaire – *n'a pas à produire ses documents de travail*, notamment les doubles des lettres à sa cliente et les lettres que celle-ci lui a adressées, ses projets, ses notes, ainsi que les doubles de ses propres mémoires<sup>97</sup>. De même, le mandataire soumis au secret professionnel, à qui l'office réclame des renseignements en sa qualité de tiers débiteur, n'a pas à renseigner celui-ci sur les raisons pour lesquelles il détient des biens appartenant à son mandant<sup>98</sup>.

Partant, l'objet du mandat reste couvert par le secret professionnel. Ainsi, l'avocat ou l'agent d'affaires n'a pas à renseigner l'office sur les prestations fournies en faveur de son client, fussent-elles en lien avec la consécration d'une créance invoquée par ce dernier à l'égard d'un tiers. En d'autres termes, l'avocat ou l'agent d'affaires ne doit pas communiquer des informations en lien avec un procès ou une négociation en cours, même s'il pouvait, cas échéant, en résulter une créance en faveur du mandant (et débiteur); en effet, *l'activité du mandataire n'est pas un actif* au sens des art. 91 et 222 LP.

Au demeurant, l'éventuelle créance – en faveur du mandant (et débiteur) – à laquelle pourrait aboutir l'activité de l'avocat ou de l'agent d'affaires, n'est qu'une expectative dont la saisissabilité, au regard du droit des poursuites, est douteuse<sup>99</sup>; quant à l'avocat ou

<sup>95</sup> CR LP-*Jeandin*, art. 91 N. 9.

<sup>96</sup> En ce sens, arrêt du TF 7B\_114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3, non publié in ATF 131 III 660.

<sup>97</sup> Cf. ATF 114 III 105, JdT 1990 II 98 c. 3d, pour un cas d'application de l'art. 223 al. 2 LP.

<sup>98</sup> *Gilliéron*, art. 91 N. 58 et art. 222 N. 7.

<sup>99</sup> A ce propos, cf. arrêt du TF 5A\_328/2013 du 4 novembre 2013, c. 5.4.

à l'agent d'affaires, il n'en serait pas le tiers débiteur et, partant, ne serait soumis à aucun devoir de renseigner et de remettre<sup>100</sup>.

De manière générale, au-delà des renseignements relatifs à la composition du patrimoine du débiteur, le droit des poursuites ne permet pas l'accès à d'autres informations couvertes par le secret professionnel. Ainsi, dans le cadre du devoir d'édition prévu à l'art. 223 al. 2 LP, lorsqu'un avocat est membre du conseil d'administration d'une société déclarée en faillite, les papiers d'affaires de la société doivent être distingués des dossiers de l'avocat relatifs à son activité d'avocat; seuls les premiers devront être remis à l'office des faillites<sup>101</sup>.

De même, dans le cadre d'une requête de consultation du dossier de l'office des faillites adressée par un tiers (art. 8a LP), l'office doit refuser l'accès aux documents se rapportant à l'activité de l'avocat de la masse en faillite, tels que courriers, projets et autres documents de travail, dès lors qu'ils bénéficient du privilège du secret professionnel<sup>102</sup>.

c. «Jusqu'à due concurrence»

Dans le cadre de la procédure de *faillite*, le devoir de renseigner et de remettre n'est pas soumis à d'autres conditions; en particulier, il n'est pas limité quant à son étendue et porte sur l'ensemble des éléments du patrimoine du failli, sans exception<sup>103</sup>. En ce sens, ledit *devoir* est *exhaustif* et le mandataire soumis au secret professionnel ne saurait se prévaloir de celui-ci<sup>104</sup>.

Dans le cadre de l'exécution d'une *saisie*, selon le texte de l'art. 91 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 LP, l'obligation de renseigner s'étend «jusqu'à due concurrence», à savoir dans la mesure nécessaire à l'exécution d'une saisie permettant, d'une part, de donner satisfaction aux créanciers saisissants en capital, intérêts et frais (art. 97 al. 2 LP), d'autre part, de respecter l'ordre légal de saisie (art. 95 LP)<sup>105</sup>. Partant, l'office ne saurait exiger des informations complémentaires lorsque les biens mobiliers dont l'existence lui a été révélée suffisent, d'après l'esti-

<sup>100</sup> Cf. supra, point IV.B.2.a.

<sup>101</sup> ATF 114 III 105, JdT 1990 II 98 c. 3d. L'arrêt en cause précise toutefois que la réunion dans la même personne des fonctions d'administrateur et d'avocat peut entraîner que la mandante (la société en faillite) ne dispose plus de certains documents que l'avocat conserve pour lui-même et pour la société. Dans ce cas, l'administration de la faillite ne peut être privée de documents auxquels elle aurait eu accès si les mandats d'administrateur et d'avocat avaient été soigneusement séparés; l'avocat membre du conseil d'administration pourrait alors devoir compléter la documentation fournie par la société (c. 3c).

<sup>102</sup> Chambre de surveillance GE, arrêt du 24 mai 2017, BISchK 2019 21 c. 3.2.

<sup>103</sup> Cf. supra, point IV.A.2.

<sup>104</sup> SK SchKG-Schober/Avdyli-Luginbühl, art. 222 N. 4.

<sup>105</sup> Amonn/Walther, § 22 N. 31; CR LP-Jeandin, art. 91 N. 11; SK-SchKG-Winkler, art. 91 N. 23; implicitement: ATF 117 III 61 c. 3; contra: Gilliéron, art. 91 N. 31.

mation de ce dernier, à désintéresser les créanciers<sup>106</sup>. Ainsi, il ne faut pas confondre le fait que le devoir d'information porte sur « tous les biens » et donc tous les actifs quels que soient leur nature ou leur lieu de situation<sup>107</sup>, et le fait que cette obligation prend fin lorsque la valeur estimée des biens saisis permet de désintéresser les créanciers.

Ce faisant, le mandataire soumis au secret professionnel ne communiquera les renseignements requis que dans la mesure nécessaire au recouvrement des créances objet de la procédure de saisie, en capital, intérêts et frais<sup>108</sup>. Au-delà, et donc en l'absence d'un devoir de renseigner ou de remettre, le mandataire soumis au secret professionnel qui communiquerait des informations sur le patrimoine de son mandant violerait ledit secret.

En pratique, si le débiteur principal dispose d'une vue d'ensemble de son patrimoine (en termes d'actifs et de passifs) qui lui permet d'apprécier la « due concurrence », tel n'est pas le cas du tiers débiteur. Ainsi, en cas de doute quant à la réelle portée de son devoir de renseigner et de remettre, le mandataire soumis au secret professionnel, qu'il soit débiteur principal ou tiers débiteur, devrait, par précaution et afin d'éviter de se rendre coupable d'une violation du secret professionnel, pouvoir requérir de l'office, les renseignements lui permettant d'apprécier l'ampleur de son devoir de renseigner et de remettre. A défaut, il devrait pouvoir s'opposer à la requête de l'office en raison du risque de violation du secret professionnel.

En matière de *séquestre*, l'application *par analogie* de l'art. 91 LP implique également une restriction du devoir de renseigner et de remettre jusqu'à concurrence du montant de la créance à la base du séquestre, y compris les intérêts et les frais<sup>109</sup>.

### 3. *L'existence/l'inexistence d'un devoir de renseigner ou de remettre*

Lorsque les conditions susmentionnées sont réunies et qu'il existe un devoir de renseigner et de remettre, le mandataire soumis au secret professionnel communiquera à l'office les renseignements utiles à déterminer la créance de manière suffisante quant à son existence et son étendue ; en principe, il s'agira des noms du créancier et du débiteur, ainsi que du montant de la créance<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> CR LP-*Jeandin*, art. 91 N. 11.

<sup>107</sup> Cf. notamment arrêt du TF 6B\_585/2013 du 29 octobre 2013, c. 4.1 et les réf. cit.

<sup>108</sup> En ce sens, *Müller-Chen*, p. 213.

<sup>109</sup> Cf. supra, point IV.A.3.

<sup>110</sup> Cf. notamment art. 112 al. 1<sup>er</sup> LP relatif aux informations devant être contenues dans le procès-verbal de saisie.

En cas de biens détenus à titre fiduciaire, le mandataire doit également renseigner l'office sur les éventuels intérêts perçus sur les montants détenus<sup>111</sup>. Pour la provision, le mandataire indiquera, outre le montant encaissé, les heures de travail effectuées et les frais en ayant résulté, afin de permettre une estimation de la créance conditionnelle ; des informations plus détaillées quant au contenu matériel du mandat – en particulier le détail des prestations effectuées – ne doivent pas être transmises<sup>112</sup>.

A l'inverse, si l'une des conditions susmentionnées fait défaut, le mandataire soumis au secret professionnel n'est pas soumis au devoir de renseigner et de remettre, de sorte que son secret professionnel est opposable à l'éventuelle requête de renseignements adressée par l'office des poursuites ou des faillites. *Dans le doute*, le détenteur du secret invoquera celui-ci et *refusera de renseigner*.

Afin de ne pas s'exposer à des sanctions en raison d'une éventuelle violation de son secret professionnel, le mandataire dispose alors d'un intérêt personnel à s'opposer à la requête de l'office et, partant, de la *qualité pour porter plainte* au sens de l'art. 17 LP<sup>113</sup>.

## V. Conclusion

Le secret professionnel est une institution indispensable à l'Etat de droit ; elle garantit la relation de confiance privilégiée entre les professionnels qui y sont soumis et leurs mandants et assure, par là même, aussi bien l'exercice des professions concernées, que la confiance placée par le public en celles-ci<sup>114</sup>. Le secret professionnel n'en est pas pour autant absolu et intangible. À certaines conditions, il peut être levé ; dans certaines situations, une obligation de renseigner peut même prévaloir.

Ainsi, dans le cadre de la poursuite pour dettes, il n'est pas toujours aisé de comprendre quelles informations peuvent être communiquées uniquement en cas de levée du secret, quels autres renseignements doivent être transmis sans que le secret professionnel ne puisse être opposé et quels faits couverts par ledit secret ne doivent en aucun cas être dévoilés. L'exercice est d'autant moins

<sup>111</sup> ATF 112 III 90 c. 4 ; *Müller-Chen*, p. 214.

<sup>112</sup> En ce sens, en lien avec la confiscation pénale de provisions versées à l'avocat, cf. arrêts du TF 1S\_5/2006 et 1S\_6/2006 du 5 mai 2006, SJ 2006 I 489 c. 5.3.1.

<sup>113</sup> Arrêt du TF 7B\_114/2005 du 12 octobre 2005, SJ 2006 I 109 c. 2.3, non publié in ATF 131 III 660.

<sup>114</sup> *Bohnet/Martenet*, N. 1805 ss ; *Bühr*, p. 134.

aisé que les règles applicables ne sont pas les mêmes selon que le détenteur du secret professionnel est le créancier poursuivant, respectivement le débiteur poursuivi ou tiers débiteur.

Un constat général peut toutefois être formulé : les buts poursuivis par le secret professionnel et ceux poursuivis par le droit des poursuites ne sont pas incompatibles, de sorte que, en vue du recouvrement des créances et même en l'absence d'un devoir de renseigner, la communication de renseignements couverts par le secret doit être possible.

Pour le reste, tout est question de mesure ; seuls seront communiqués les renseignements nécessaires au bon déroulement de la procédure de poursuite. Les informations qui ne sont pas utiles à la détermination de la créance en cause resteront couvertes par le secret ; tel est en particulier le cas des détails de l'activité exercée par le mandataire soumis au secret professionnel en faveur de son mandant, et ce, quelle que soit sa profession.

Enfin, compte tenu du risque de sanctions encourues en cas de violation du secret professionnel, le mandataire soumis au secret professionnel préférera la voie de la prudence ; dans le doute, il requerra la levée du secret professionnel ou s'opposera à la transmission des renseignements requis par l'office des poursuites ou des faillites et s'abstiendra de communiquer les informations litigieuses tant et aussi longtemps qu'il ne disposera pas d'une décision l'y autorisant ou l'y obligeant.

### Bibliographie

- ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES/FÉDÉRATION DES MÉDECINS SUISSES, Bases juridiques pour le quotidien du médecin : un guide pratique, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Berne 2013 (cité : Guide FMH).
- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9<sup>e</sup> éd., Berne 2013.
- BOHNET FRANÇOIS, Droit des professions judiciaires : avocat, notaire, juge, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2014.
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile : commentaire, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-[AUTEUR]).
- BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009.
- BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, La levée du secret professionnel de l'avocat en vue du recouvrement de ses créances d'honoraires, SJ 2020 II 29 ss.
- BÜHR DANIEL LUCIEN, Straf- und standesrechtliche Absicherung des Anwaltsgeheimnisses, in Seitz Claudia/Wohlers Wolfgang [éd.], Anwaltsgeheimnis : Legal Privilege im schweizerischen und internationalen Kontext, Bâle 2019, pp. 133 ss.
- CHAPPUIS BENOÎT, La profession d'avocat, t. I : Le cadre légal et les principes essentiels, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.
- CORBOZ BERNARD, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, SJ 1993 77 ss.
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010 (cité : CORBOZ, Les infractions).
- CUENAT DAVID, Le secret médical dans le canton du Jura : portée, procédure et questions pratiques, RJJ 2017 5 ss.
- DALLÈVES LOUIS/FOËX BÉNÉDICT/JEANDIN NICOLAS [éd.], Poursuite et faillite : commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle/Genève 2005 (cité : CR LP-[AUTEUR]).
- DUPUIS MICHEL et al. [éd.], Code pénal, Petit Commentaire, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité : PC CP).
- FANKHAUSER MARGRITH, Condamnation pour violation du secret professionnel au sens de l'article 321 du Code pénal : conséquences pour le recouvrement d'honoraires médicaux, mesures préventives, BMS 34/2004, pp. 1771 ss.
- FAVRE CHRISTIAN, Les sanctions en cas de violation du secret professionnel, in Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi [éd.], Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio, Lugano/Bâle/Genève 2003, pp. 57 ss.

- FELLMANN WALTER, Der einfache Auftrag : Art. 394-406 OR, Berner Kommentar, vol. 4/2/4, Berne 1992 (cité : BK-FELLMANN).
- FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. [éd.], Kommentar zum Anwaltsgesetz : Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité : BGFA Komm-[AUTEUR]).
- GEHRER CAROLE, Die Berücksichtigung des Anwaltsgeheimnisses in der Kanzleiorganisation, in Staub Leo/Hehli Hidber Christine [éd.], Management von Anwaltskanzleien : erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, Zurich/Bâle/Genève 2012, pp. 776 ss.
- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite : loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997, 5 vol., Lausanne 1999 à 2003.
- GMÜR ROBERT, Secret médical et encaissement de créances d'honoraires, BMS 34/2004, pp. 1763 ss.
- JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Zurich 2017.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2017 (cité : SK SchKG-[AUTEUR]).
- KUHN ANDRÉ/JEANNERET YVAN [éd.], Code de procédure pénale suisse : commentaire, Bâle 2011 (cité : CR CPP-[AUTEUR]).
- LOGOZ PAUL, Commentaire du Code pénal suisse, Partie spéciale II (art. 213 à 332), Neuchâtel/Paris 1956, art. 321 n. 3.
- MABILLARD RAMON, Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranke für Zwangsmassnahmen am Beispiel der Durchsuchung und Beschlagnahme von Papieren, RSJ 2005 209 ss.
- MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS [éd.], Code pénal II, Art. 111-392 : commentaire, Bâle 2017 (cité : CR CP II-[AUTEUR]).
- MANAI-WEHRLI DOMINIQUE, Les droits du patient face à la médecine contemporaine, Bâle/Genève/Munich 1999.
- MARCHAND SYLVAIN, Précis de droit des poursuites, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2013.
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014.
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Die Auskunftspflicht Dritter beim Pfändungs- und Arrestvollzug, BJSchK 2000 201 ss.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS [éd.], Strafrecht II : Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité : BSK StGB II-[AUTEUR]).
- PASQUIER SUZANNE, Le recouvrement des honoraires d'avocat se formalise, Plaidoyer 2018/2 10 ss.

- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, 18<sup>e</sup> Rapport d'activités 2010/2011: Rapport d'activités 2010/2011 du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Berne 2011 (cité: Rapport PFPDT 2010/2011).
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK [éd.], Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité: BSK ZPO-[AUTEUR]).
- STOUDMANN PATRICK, Le secret professionnel de l'avocat: jurisprudence récente et perspectives, RPS 2008 144 ss.
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ [éd.], Code des obligations I-Art. 1-529 CO: commentaire, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (cité: CR CO I-[AUTEUR]).
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK [éd.], Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxis-kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zürich/St-Gallen 2018 (cité: StGB PK-[AUTEUR]).
- ÜTTINGER URSULA, Datenschutz im Gesundheitswesen, in Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter [éd.], Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Bâle 2015, pp. 323 ss.
- VALTICOS MICHEL/CHAPPUIS BENOIT/REISER CHRISTIAN M. [éd.], Loi sur les avocats: commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA), Bâle 2010 (cité: CR LLCA-[AUTEUR]).

## L'exécution forcée des peines pécuniaires et des amendes de droit pénal

par

André KUHN\*

### I. Les peines monétaires

#### I.1. La peine pécuniaire

Si, dans le domaine des peines privatives de liberté, l'équité veut que la durée de la privation de liberté soit proportionnelle au degré de culpabilité de l'auteur, pour les sanctions monétaires, l'équité n'est pas synonyme de somme identique pour culpabilité identique, mais bien d'égalité de sacrifices. En d'autres termes, il s'agit de tendre vers une égalité de traitement par un traitement inégal des situations financières inégales.

C'est ainsi que, depuis 2007, notre système pénal contient (à l'art. 34 CP<sup>1</sup>) – pour sanctionner les crimes<sup>2</sup> et les délits<sup>3</sup> – une peine pécuniaire dont le montant final dépend de deux décisions strictement indépendantes (en théorie du moins), la première fixant le nombre d'«unités journalières de condamnation» (appelées jours-amende) en fonction de la culpabilité de l'auteur uniquement et sans égard à ses capacités financières (comme si l'on fixait des jours de prison), puis la seconde fixant le montant de chaque jour-amende en tenant compte de la capacité économique du condamné exclusivement, indépendamment du nombre de jours-amende infligés (comme si l'on faisait un calcul de type fiscal). Le montant de la peine pécuniaire due s'obtient ensuite en multipliant le nombre de jours-amende auxquels le prévenu est condamné par le montant que représente un jour-amende.

Pour un même degré de culpabilité, deux personnes sont ainsi condamnées à une même peine en termes de nombre de jours-amende. Ce n'est que la quotité du jour-amende qui différencie les deux sanctions. Celle-ci dépend de la «situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant

\* Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Neuchâtel et de Genève, Professeur honoraire de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

<sup>1</sup> Code pénal suisse; RS 311.0.

<sup>2</sup> Les crimes sont les infractions les plus graves (art. 10 al. 2 CP).

<sup>3</sup> Les délits sont les infractions de gravité moyenne (art. 10 al. 3 CP).

compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital» (art. 34 al. 2 CP); elle correspond donc en quelque sorte au revenu journalier moyen net de l'auteur au moment du jugement.

Concrètement, la peine pécuniaire peut varier de 30 à 540 000 francs, soit de 3 à 180 jours-amende pouvant osciller entre 10 et 3000 francs chacun (art. 34 al. 2 CP).

## ***1.2. L'amende***

Le mode de fixation de la peine pécuniaire – applicable aux crimes et aux délits – ayant été considéré comme trop compliqué pour les contraventions<sup>4</sup>, le système de l'amende lui a été préféré. Prévue à l'art. 106 CP, celle-ci peut se monter à 10 000 francs au plus, sauf disposition contraire de la loi. Comme la peine pécuniaire, elle doit être fixée «en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise» (art. 106 al. 3 CP), soit notamment en fonction de la culpabilité et de la situation financière de l'auteur. Néanmoins, la loi permet ici un calcul beaucoup plus approximatif du montant de l'amende que ce n'est le cas pour le jour-amende.

## ***1.3. Le prononcé des peines monétaires***

Les peines monétaires restées impayées ne peuvent provenir que de deux types de procédures: d'une part la procédure ordinaire selon laquelle la peine est infligée par une autorité de jugement (c'est-à-dire un tribunal) et, d'autre part, la procédure de l'ordonnance pénale<sup>5</sup> mise en œuvre par une autorité d'instruction (c'est-à-dire le ministère public ou une autorité pénale compétente en matière de contraventions).

## ***1.4. L'exécution de la peine monétaire***

Une fois une peine monétaire entrée en force, il s'agit de la faire exécuter par le condamné. Pour ce faire, c'est l'art. 35 CP qui s'applique, disposition à laquelle renvoie également l'art. 106 al. 5 CP en

<sup>4</sup> Les contraventions sont les infractions les moins graves (art. 103 CP).

<sup>5</sup> L'ordonnance pénale (art. 352 ss du Code de procédure pénale suisse, CPP; RS 312.0) consiste en une procédure spéciale par laquelle le Ministère public – ou l'autorité pénale compétente en matière de contraventions – propose une peine à un prévenu qui semble avoir commis une infraction pénale; le prévenu peut alors former opposition dans un délai de dix jours, dans le but, principalement, d'obtenir le classement de la procédure ou son renvoi devant un tribunal de première instance. En l'absence d'opposition, on considère que l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force et que le montant de la peine est alors définitivement dû par le condamné.

matière de contraventions. Dans la majeure partie des cas, la peine est exécutée par le paiement de la somme due au service de l'Etat compétent, dans le délai (de un à six mois) imparti par celui-ci au condamné.

Les peines pécuniaires et d'amende peuvent également être exécutées – à la demande du condamné et avec l'autorisation de l'autorité d'exécution – sous la forme d'un travail d'intérêt général (art. 79a al. 1<sup>er</sup> let. c CP) accompli au profit d'une institution sociale, d'une œuvre d'utilité publique ou de personnes dans le besoin, sans être rémunéré. Un jour-amende – ou un jour de privation de liberté de substitution en cas de contravention – correspond alors à quatre heures de travail d'intérêt général (art. 79a al. 4 CP).

Lorsque le condamné ne paie pas la peine monétaire à laquelle il a été condamné (ni ne l'exécute sous la forme d'un travail d'intérêt général), la loi prévoit que l'autorité d'exécution intente contre lui une poursuite pour dettes, ce pour autant qu'un résultat puisse en être attendu (art. 35 al. 3 CP).

Finalement, dans la mesure où le condamné ne paie pas son dû, n'effectue pas de travail d'intérêt général et que la peine est inexécutable par la voie de la poursuite pour dettes, la peine monétaire fait place à une peine privative de liberté de substitution (art. 36 CP). En cas de peine pécuniaire, un jour-amende resté impayé est alors remplacé par un jour de peine privative de liberté, alors que, lorsqu'il s'agit de convertir une amende, la quotité de la peine privative de liberté de substitution est fixée dans le jugement initial (art. 106 al. 2 CP).

Il est par ailleurs à mentionner qu'au 1<sup>er</sup> janvier 2018 est entrée en vigueur une nouvelle mouture des dispositions sur la peine pécuniaire, dans lesquelles le législateur a aboli les anciens al. 3 à 5 de l'art. 36 CP. Ceux-ci prévoyaient que le condamné à une peine pécuniaire pouvait demander au juge de statuer à nouveau dans le sens d'un changement de sanction lorsque, sans sa faute, il n'était plus en mesure de payer son dû (par exemple parce qu'il avait perdu son emploi à la suite du jugement). Cette abrogation a pour conséquence que l'on traite dorénavant celui qui ne *peut* pas payer exactement de la même manière que celui qui ne *veut* pas payer en les envoyant tous deux en détention pour purger leur peine privative de liberté de substitution...

## II. La mise en œuvre de la poursuite pour dettes

Dans la suite de la présente contribution, nous nous intéresserons plus particulièrement à l'étape de l'exécution d'une peine pécuniaire

qui consiste à intenter une poursuite pour dettes<sup>6</sup> à l'encontre d'un condamné qui n'obtempère pas, pour autant qu'un résultat puisse en être attendu (art. 35 al. 3 CP). La disposition du Code pénal ne dit toutefois rien de plus, ni sur ce qu'il faut entendre par « pour autant qu'un résultat puisse en être attendu », ni sur l'autorité compétente pour en juger. Dans le but de comprendre le processus sous-jacent à cette disposition du Code pénal, nous avons dès lors mis en place une méthode de travail destinée à déterminer qui prend la décision d'intenter une poursuite pour dettes et selon quels critères cette décision est prise.

### **II.1. Méthodologie**

Outre des recherches juridiques dans les législations cantonales, nous avons fait le choix de nous adresser à des praticiens pour mieux saisir le processus. Celui-ci étant différent d'un canton à l'autre, il nous a fallu déterminer une voie logique et uniforme d'aborder la question dans les différents cantons.

Nous sommes dès lors à chaque fois parti des autorités susceptibles de prononcer des peines monétaires, soit le Ministère public (par ordonnance pénale) et les tribunaux (par jugement). Dans chaque canton, nous avons ainsi écrit à un procureur et un juge pour leur demander à qui et sous quelle forme ils transmettent leurs prononcés une fois que ceux-ci sont entrés en force (transmission de l'ordonnance pénale ou du jugement dans son entier, du seul dispositif du jugement, d'un formulaire, etc.), dans le but de faire procéder à leur exécution. En fonction de leur réponse, nous avons suivi la filière suggérée jusqu'à arriver au service qui détermine si une procédure d'exécution forcée doit être ouverte. C'est finalement auprès de ce service que nous avons tenté d'obtenir les renseignements concernant les critères présidant à l'ouverture d'une poursuite pour dettes.

Au terme de ce travail, un texte a été rédigé et soumis à tous nos fournisseurs d'informations dans le but de leur donner la possibilité de corriger les éventuelles erreurs de compréhension que nous aurions pu y répercuter. L'analyse ci-dessous rend ainsi compte des résultats corrigés par les principaux concernés.

### **II.2. Résultats**

Seuls les cantons francophones ou partiellement francophones et la Confédération<sup>7</sup> ont été intégrés dans notre étude et l'ensemble des

<sup>6</sup> En vertu de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1).

<sup>7</sup> En vertu des art. 74 et 75 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (LOAP; RS 173.71), Les peines pécuniaires et les amendes issues

autorités concernées a très aimablement joué le jeu. Nous présenterons dès lors les divers processus cantonaux dans l'ordre alphabétique des cantons.

### *II.2.1. Le canton de Berne*

Dans le canton de Berne, en vertu principalement de l'art. 6 al. 1<sup>er</sup> let. d du Règlement de la Direction de la magistrature<sup>8</sup>, les condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende sont transmises – par l'intermédiaire d'un formulaire – au service de comptabilité du tribunal régional de la région judiciaire à laquelle est rattachée l'autorité qui a rendu le prononcé, afin que celui-ci facture au condamné les montants dus. Pour effectuer cette facturation, le service de comptabilité utilise le même système informatique que le Bureau d'encaissement rattaché à l'Etat-major des ressources (assimilable à un secrétariat général) de la Direction de la magistrature. Si la facture reste impayée dans le délai imparti, ledit Bureau devient compétent pour la suite de la procédure qui consiste en trois rappels adressés au condamné, dont le dernier contient une menace de mise aux poursuites. Le cas échéant, l'information de non-paiement est transmise au Service d'encaissement de l'Intendance des impôts cantonale, qui procède à la mise en poursuite.

La décision de mise aux poursuites pour dettes du condamné incombe ainsi, d'une part, au Bureau d'encaissement (qui transmet tous les cas à l'Intendance des impôts, à l'exception toutefois de ceux où – cumulativement – le montant est très faible et le débiteur domicilié à l'étranger) et, d'autre part, au Service d'encaissement de l'Intendance des impôts qui, dans la grande majorité des cas et par défaut, lance la procédure en exécution forcée, à l'exception des cas des débiteurs à l'encontre desquels des actes de défaut de biens ont déjà été établis par le passé.

En résumé, le principe est que toutes les peines monétaires restées impayées sont soumises à une poursuite pour dettes, les seules exceptions dans lesquelles une conversion en peine privative de liberté de substitution est d'emblée préférée à une poursuite en vertu de la LP

---

de jugements et d'ordonnances pénales rendus par les autorités fédérales compétentes – que sont le Tribunal pénal fédéral et le Ministère public de la Confédération – sont exécutées par les cantons. Pour déterminer quel canton est compétent, l'art. 74 al. 2 LOAP prévoit que «L'autorité pénale de la Confédération désigne dans son prononcé le canton compétent en matière d'exécution, en application des art. 31 à 36 CPP». Ce sont ensuite les règles propres au canton ainsi désigné qui s'appliquent en matière d'exécution des peines monétaires.

<sup>8</sup> RSB 161.111.1.

étant celle du condamné domicilié à l'étranger dont le montant dû est faible, ainsi que celle de la personne à l'encontre de laquelle un acte de défaut de biens a déjà été établi. Par la suite, si l'exécution forcée se solde par un échec, la peine monétaire fait alors place à une peine privative de liberté de substitution.

### ***II.2.2. Le canton de Fribourg***

Dans le canton de Fribourg, en vertu principalement des art. 161 de la Loi sur la justice<sup>9</sup> et 18 de la loi d'application du Code pénal<sup>10</sup>, la responsabilité du recouvrement des prestations financières, des amendes, des peines pécuniaires et des frais de procédure incombe à l'autorité qui a rendu la décision. Les condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende sont ainsi transmises au service comptable interne, le Ministère public et chaque instance ayant son propre service comptable. Celui-ci est chargé du recouvrement des peines monétaires et, si nécessaire, de tenter de trouver un arrangement de paiement (art. 35 al. 1<sup>er</sup> CP). Si, malgré un rappel, aucun paiement n'est effectué, ledit service demande un extrait des poursuites à l'office des poursuites du lieu de domicile du condamné. Si un acte de défaut de biens a déjà été émis, s'il y a déjà eu une procédure de conversion d'une peine monétaire en peine privative de liberté de substitution, ou si la personne n'a pas de domicile connu, la peine est convertie en une peine privative de liberté de substitution. Si tel n'est pas le cas, une réquisition de poursuite est établie par le service comptable, signée par le greffier, puis adressée à l'office des poursuites concerné qui met alors en œuvre la poursuite pour dettes.

Si un acte de défaut de biens est délivré par l'office des poursuites, l'amende ou la peine pécuniaire impayée est convertie en une peine privative de liberté de substitution et le dossier est transmis au Service de l'exécution des sanctions pénales et de la probation (SESPP) pour mise en œuvre de cette décision.

En résumé, le principe est que toutes les peines monétaires restées impayées sont soumises à une poursuite pour dettes, les seules exceptions dans lesquelles une conversion en peine privative de liberté de substitution est d'emblée préférée à une poursuite en vertu de la LP étant celle du condamné dont le lieu de domicile reste inconnu, celle de la personne ayant déjà fait l'objet d'une procédure de conversion de peine monétaire en peine privative de liberté de substitution, ainsi

<sup>9</sup> RSF 130.1.

<sup>10</sup> RSF 31.1.

que celle du condamné à l'encontre duquel un acte de défaut de biens a déjà été établi par le passé. Par la suite, si l'exécution forcée se solde par un échec, la peine monétaire fait alors place à une peine privative de liberté de substitution.

### *II.2.3. Le canton de Genève*

Dans le canton de Genève, en vertu principalement des art. 5 de la loi d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale<sup>11</sup> et 5 du Règlement sur l'exécution des peines et mesures<sup>12</sup>, les condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende sont transmises au Service des contraventions par l'intermédiaire de l'inscription, dans la base de données informatique de la justice genevoise, des éléments pertinents du dispositif ou d'un extrait de l'ordonnance pénale (appelés « extrait de jugement »). Ledit service a pour compétences de « fixer au condamné un délai pour paiement de la peine pécuniaire ou de l'amende, autoriser le paiement par acomptes, prolonger les délais octroyés, exiger le paiement immédiat, demander des sûretés et intenter la poursuite pour dettes »<sup>13</sup>.

Une fois en charge de l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une amende exécutoires, le Service des contraventions transmet au condamné, successivement et à compter qu'aucun paiement de sa part n'intervienne, un bordereau après jugement, un rappel, puis engage systématiquement une procédure civile en exécution forcée, pour autant que le condamné ne soit pas sous le coup d'un acte de défaut de biens datant de moins de trois ans, qu'il ait un domicile ou une activité lucrative en Suisse et que son domicile ait pu être déterminé. Si le condamné fait l'objet d'un acte de défaut de biens récent, que son domicile reste inconnu ou qu'il réside à l'étranger sans avoir d'activité lucrative en Suisse, le Service des contraventions s'abstient d'intenter une poursuite pour dettes et passe directement à la conversion de la peine en jours de privation de liberté. Celle-ci s'effectue par l'intermédiaire d'une ordonnance pénale de conversion (pour autant que la peine prononcée ne soit pas une décision de justice directement exécutable) rendue par le Service des contraventions et transmise au Service d'application des peines et mesures pour exécution, après avoir au préalable encore tenté une sommation avant exécution.

<sup>11</sup> RS GE E 4 10.

<sup>12</sup> RS GE E 4 55.05.

<sup>13</sup> Cette liste de compétences figure à l'identique dans les deux textes de loi susmentionnés.

En résumé, le principe est que toutes les peines monétaires restées impayées sont soumises à une poursuite pour dettes, les seules exceptions dans lesquelles une conversion en peine privative de liberté de substitution est d'emblée préférée à une poursuite en vertu de la LP étant celle du condamné dont le lieu de domicile reste inconnu, celle du condamné résidant à l'étranger et sans activité salariée en Suisse, ainsi que celle du condamné à l'encontre duquel un acte de défaut de biens a déjà été établi dans les trois dernières années. Par la suite, si l'exécution forcée se solde par un échec, la peine monétaire fait alors place à une peine privative de liberté de substitution.

#### **II.2.4. Le canton du Jura**

Dans le canton du Jura, en vertu principalement des art. 6, 8 et 10 de la loi sur l'exécution des peines et des mesures<sup>14</sup>, les condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende sont transmises – par l'intermédiaire du dispositif du jugement ou de l'ordonnance pénale – à la Recette et administration de district concernée. Cette dernière est chargée de fixer le délai de paiement, d'éventuellement autoriser le paiement par acomptes, de prolonger les délais si nécessaire, de demander des sûretés, voire d'exiger le paiement immédiat si les conditions en sont remplies. C'est également à elle qu'il appartient d'intenter une poursuite pour dettes en application de l'art. 35 al. 3 CP.

C'est ainsi que la Recette et administration de district transmet une invitation à payer au condamné, suivie d'un rappel, puis d'une sommation. Lorsque cette dernière n'est pas suivie d'effet, une procédure de poursuite est presque systématiquement ouverte auprès de l'office des poursuites du domicile du débiteur. Seuls les cas concernant une amende de faible montant et des frais judiciaires minimes échappent à ce principe dans le cas où la situation du débiteur est obérée et que la Recette et administration de district a la certitude de n'obtenir qu'un acte de défaut de biens qui générerait des frais de poursuite trop importants par rapport au montant de la créance<sup>15</sup>.

En résumé, le principe est que toutes les peines monétaires restées impayées sont soumises à une poursuite pour dettes, la seule exception dans laquelle une conversion en peine privative de liberté de

<sup>14</sup> RSJ 341.1.

<sup>15</sup> Il nous a notamment été mentionné qu'une procédure de poursuite pour une amende de 40 francs et des frais judiciaires de 20 francs est totalement inutile si le débiteur est notoirement insolvable, en tenant compte d'une estimation des frais de poursuites à environ 100 francs.

substitution est d'emblée préférée à une poursuite en vertu de la LP étant celle de la personne insolvable condamnée à une peine et des frais de justice inférieurs au coût de l'exécution forcée. Par la suite, si l'exécution forcée se solde par un échec, la peine monétaire fait place à une peine privative de liberté de substitution.

### *II.2.5. Le canton de Neuchâtel*

Dans le canton de Neuchâtel, en vertu principalement de l'art. 6 al. 1<sup>er</sup> let. d du Règlement d'organisation du Département de la justice, de la sécurité et de la culture<sup>16</sup>, les condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende sont transmises – par l'intermédiaire d'un extrait du jugement ou de l'ordonnance pénale – au secteur des frais de justice du Service de la justice. Celui-ci gère la facturation, les arrangements de paiement, le rappel et la sommation, avant de transmettre systématiquement le dossier à l'Office de recouvrement général de l'Etat qui se charge de l'ouverture de la poursuite, à l'exception toutefois des cas dans lesquels le condamné n'a pas de domicile connu en Suisse, cas qui sont directement transmis à l'Office d'exécution des sanctions et de probation pour exécution de la peine de substitution. L'Office de recouvrement général de l'Etat n'étant chargé «que» du recouvrement des impayés et agissant en qualité de représentant du créancier – soit, dans notre cas, le Service de la justice –, tous les dossiers qui lui sont remis font systématiquement l'objet d'une procédure de poursuite, suivie – en cas d'insolvabilité du poursuivi – d'une demande d'exécution de la sanction pénale auprès de l'Office d'exécution des sanctions et de probation, qui procède le cas échéant à la conversion de la peine monétaire en peine privative de liberté de substitution.

En résumé, selon les informations obtenues, l'ensemble des peines monétaires impayées semble faire l'objet d'une poursuite pour dettes, à la seule exception de celles infligées à des justiciables sans domicile connu en Suisse; il ne semble donc pas y avoir, à Neuchâtel, d'autre filtre au sens de l'art. 35 al. 3 in fine CP.

### *II.2.6. Le canton du Valais*

Dans le canton du Valais, en vertu principalement de l'art. 41 de la loi d'application du Code pénal<sup>17</sup>, les condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende sont transmises – par l'inter-

<sup>16</sup> RSN 152.100.01.

<sup>17</sup> RSV 311.1.

médiaire du formulaire établi par l'Office fédéral de la justice pour les inscriptions au casier judiciaire et avec la mention «Le sous-signé atteste que la présente décision est actuellement en force et exécutoire» ou par transmission du jugement ou de l'ordonnance pénale – à l'Office des sanctions et des mesures d'accompagnement du Service de l'application des peines et mesures.

Pour les amendes contraventionnelles, une fois le délai initial de paiement échu, une lettre de rappel est transmise au condamné, lettre dans laquelle on lui demande, principalement, de s'acquitter de son dû ou de transmettre à l'office une quittance de paiement et, subsidiairement, d'orienter l'office sur sa situation financière<sup>18</sup>. Sans nouvelles de sa part dans le délai imparti de dix jours, «le service présumera qu'aucun résultat ne peut être attendu d'une poursuite et la peine privative de liberté de substitution sera mise à exécution»<sup>19</sup>.

Si donc la voie de la poursuite pour dettes ne semble pas être véritablement envisagée pour les contraventions, il n'en va pas de même pour les peines pécuniaires. En effet, en cas de non-paiement de ces dernières, une demande de renseignement sur la situation financière du condamné est transmise à l'office des poursuites et faillites dans le but d'évaluer les chances de succès d'une éventuelle poursuite pour dettes. Celle-ci sera introduite pour autant que le condamné soit établi en Valais et que sa situation laisse penser que la procédure a véritablement une chance de succès.

En résumé, le principe semble être que seules les peines pécuniaires infligées à des personnes solvables résidant en Valais, ainsi que les peines d'amende restées impayées que le débiteur désire expressément faire exécuter par la voie de la poursuite pour dettes sont transmises par l'Office des sanctions et des mesures d'accompagnement à l'office des poursuites compétent pour mener à bien l'exécution forcée. En effet, dans tous les cas où le condamné ne réside pas en Valais, est considéré comme étant insolvable, ou encore ne répond pas à la lettre de rappel – ou qu'il y répond en démontrant qu'il n'est pas en mesure de payer son dû –, sa sanction monétaire est transformée en peine privative de liberté de substitution.

<sup>18</sup> «[...] en particulier sur l'existence d'une ou plusieurs poursuites vous concernant, en joignant un extrait du registre des poursuites, de manière à vérifier si un résultat peut être attendu d'une poursuite pour dettes», dit la lettre type.

<sup>19</sup> Extrait de la même lettre type que celle citée à la note précédente.

### **II.2.7. Le canton de Vaud**

Dans le canton de Vaud, en vertu principalement des art. 8 de la loi sur l'exécution des condamnations pénales<sup>20</sup> et 15 de la loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse<sup>21</sup>, l'ensemble des jugements pénaux et des ordonnances pénales entrés en force sont communiqués à l'Office d'exécution des peines, puis transmis par celui-ci au secteur recouvrement du Service juridique et législatif (soit le service chargé de l'encaissement des montants dus à l'Etat de Vaud) lorsqu'il s'agit de condamnations définitives à une peine pécuniaire ou une amende<sup>22</sup>.

Lorsque le Service juridique et législatif reçoit un jugement ou une ordonnance pénale, son secteur recouvrement ouvre un dossier et adresse une invitation à payer au débiteur. Il statue sur les éventuelles demandes de prolongation du délai de paiement et établit un plan de paiement si nécessaire. Si le débiteur ne se manifeste pas dans le délai imparti, un rappel avant poursuite lui est adressé, puis des poursuites systématiquement ouvertes. Notons qu'il nous a néanmoins été précisé qu'une grande majorité des débiteurs répondent aux sollicitations du Service juridique et législatif.

En cas d'échec de la poursuite, celle-ci aboutit à un acte de défaut de biens et le dossier est retransmis à l'Office d'exécution des peines, auquel il appartient d'effectuer la conversion et de mettre en œuvre la peine privative de liberté de substitution faisant suite au non-paiement de la peine pécuniaire ou de l'amende.

En résumé, l'ensemble des peines monétaires restées impayées sont soumises à une poursuite pour dettes. Aucune analyse de l'opportunité d'une telle poursuite n'est dès lors effectuée dans le canton de Vaud.

## **III. Conclusion**

Les résultats présentés dans cette contribution permettent de voir qu'en dehors du Valais, l'ensemble des cantons romands met systématiquement en œuvre une poursuite pour dettes lorsqu'une personne n'exécute pas la peine pécuniaire ou l'amende à laquelle elle a été

<sup>20</sup> BLV 340.01.

<sup>21</sup> BLV 312.01.

<sup>22</sup> Rappelons que ce terme ne couvre que les amendes prononcées par les autorités judiciaires et le Ministère public; le recouvrement des amendes préfectorales est du ressort des préfetures elles-mêmes et les amendes prononcées par les communes sont recouvrées par ces dernières.

condamnée. En effet, bien que les processus de prise de décisions diffèrent grandement d'un canton à l'autre (centralisé dans certains, totalement décentralisé dans d'autres), le résultat final y est très similaire. Cependant, si dans certains cantons aucune analyse de l'opportunité de la mise en œuvre d'une poursuite n'est effectuée et la décision de passer par une exécution forcée ne souffre donc d'aucune exception, dans d'autres, il existe quelques exceptions qui sont – souvent alternativement, mais parfois aussi cumulativement – le cas de très peu de gravité pour lequel les frais engendrés par l'exécution forcée seraient plus élevés que le montant dû, l'absence de connaissance du lieu de domicile du condamné, l'existence préalable d'actes de défaut de biens, ou encore l'existence d'une conversion de peine par le passé.

Le canton du Valais – misant probablement sur l'idée qu'une convocation à se présenter à l'entrée d'un établissement pénitentiaire est propre à pousser certains condamnés à exécuter leur peine monétaire pour éviter l'emprisonnement – semble plutôt partir du principe que celui qui ne paie pas doit aller en prison, à moins qu'il ne demande une exécution par les voies soit de la conversion en travaux d'intérêt général, soit de la poursuite pour dettes.

Nos résultats mettent néanmoins aussi le doigt sur un problème majeur de notre législation. En effet, dans la plupart des cantons, on observe que celui qui voudrait exécuter sa peine monétaire, mais qui n'est pas en mesure de le faire en raison de sa capacité financière limitée est envoyé en prison par l'intermédiaire d'une conversion de sa peine en une peine privative de liberté de substitution. Inversement, celui qui aurait largement les moyens d'exécuter la peine monétaire à laquelle il a été condamné, mais qui refuse de payer, est mis aux poursuites et sa peine est « exécutée » contre sa volonté par le biais d'une poursuite pour dettes. En d'autres termes, on réserve la prison à ceux qui ne *peuvent* pas payer, alors que ceux qui ne *veulent* pas payer (et qui commettent ainsi une faute plus importante que ceux qui sont en incapacité de paiement) subissent une simple exécution forcée de leur peine monétaire.

Certes, celui qui ne *peut* pas payer peut demander à l'autorité d'exécution de transformer sa peine monétaire en un travail d'intérêt général et donc éviter l'enfermement (pour autant bien entendu qu'il remplisse toutes les conditions de l'art. 79a CP), mais cette possibilité existe également pour celui qui ne *veut* pas payer. Il reste dès lors bel et bien une inégalité de traitement entre les « riches » et les « pauvres », inégalité directement générée par notre législation pénale.

Même la solution valaisanne – qui consiste à enfermer aussi bien celui qui ne *peut* pas que celui qui ne *veut* pas payer – n’est pas exempte d’inégalité de traitement, puisque la personne fortunée aura le *choix* de se faire embastiller, alors que le plus démuné subira une *obligation* d’emprisonnement.

Peut-être le législateur ferait-il dès lors bien de reconsidérer sa position récente sur l’impossibilité de revoir la peine monétaire prononcée à l’encontre d’une personne qui, sans aucune faute de sa part, n’est pas en mesure de l’exécuter<sup>23</sup>. En effet, à trop vouloir générer une égalité de traitement entre celui qui ne *veut* pas payer et celui qui ne *peut* pas payer (et donc ne pas tenir compte des situations financières très différentes dans lesquelles ils se trouvent), on génère une inégalité crasse entre les deux situations dans la phase de l’exécution de la peine.

---

### Remerciements

Nos sincères remerciements vont à tous nos interlocuteurs qui nous ont permis de remonter aux informations nécessaires à la réalisation de la présente contribution. En leurs qualités et fonctions nous remercions (dans l’ordre alphabétique de leur nom) Mesdames et Messieurs Raphaël Arn, Jean-Luc Bacher, Julie Balduzzi, Isabelle Cuendet, Julien Desales, René Duc, Bernard Durussel, Ludivine Ferreira Broquet, Aleksandra Fonjallaz, David Garius, Maïté Grianti, Stéphane Grodecki, Angel Luaces, Sabina Mascotto, Sophie Moeschler, Raphaël Mugny, Marguerite J. S. Ndiaye, Patrice Phillot, Yves Quiquerez, Joëlle Racine, Myriam Robert, Jean-Luc Schwaar, Thomas Snoriguzzi, Nicolas Steullet, Emilienne Trouillat, Valentino Vanoli, Olivier Vergères, Pierre-Alain Widmer, Almedina Zrinic, ainsi que leurs éventuels collaborateurs restés dans l’ombre.

---

<sup>23</sup> Voir ci-dessus 1.4 *in fine*.