UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Livre 2016 Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le recouvrement privé de créances : aspects contractuels et protection du débiteur

Geissbuehler, Grégoire

How to cite

GEISSBUEHLER, Grégoire. Le recouvrement privé de créances : aspects contractuels et protection du débiteur. Genève : Schulthess, 2016. (Collection genevoise)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:98522

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Droit civil

Grégoire Geissbühler

Le recouvrement privé de créances

Aspects contractuels et protection du débiteur

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Collection Genevoise

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

Grégoire Geissbühler

Le recouvrement privé de créances

Aspects contractuels et protection du débiteur

Grégoire Geissbühler

Le recouvrement privé de créances

Aspects contractuels et protection du débiteur

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § ÉDITIONS ROMANDES 2016

Citation suggérée de l'ouvrage : Grégoire Geissbühler, *Le recouvrement privé de créances – Aspects contractuels et protection du débiteur,* Collection Genevoise, Genève / Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 917 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Références à jour au 1er janvier 2016

ISBN 978-3-7255-8613-4
© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles ; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47 ; courriel : patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

à Sophie

Remerciements

Pourquoi faire une thèse ? Pour soi et pour d'autres.

C'est une aventure unique, mélange de curiosité, de patience, de lectures et – il faut bien le dire – d'une dose d'inconscience. Plus qu'un exercice de style, c'est l'occasion de se mesurer à l'angoisse de la page blanche, d'arpenter des territoires inexplorés du droit et d'en ramener trésors et souvenirs.

Cette recherche ne doit pas être faite sans but. Le système juridique qui est le nôtre ne sera jamais parfait, mais ce constat ne doit pas nous empêcher d'essayer sans cesse de le rendre meilleur – par l'action ou par la recherche. Cela nécessite parfois de sortir du confort de la bibliothèque, pour trouver dans le monde extérieur de nouvelles questions et de nouvelles réponses.

Je souhaite au lecteur de trouver dans ce livre ce qu'il y cherche, mais si sa réflexion est stimulée par les propositions qui y sont énoncées, j'estimerai déjà ma tâche accomplie.

Comment faire une thèse ? En l'écrivant seul, mais en s'inspirant de tous.

J'ai eu la chance de côtoyer de nombreuses personnes durant ces trois années passées à la Faculté, et toutes ont laissé leur empreinte sur cette thèse.

Il me faut d'abord remercier mon directeur de thèse, le Professeur Sylvain Marchand, qui m'a guidé tout au long du processus. Il a su trouver dans son encadrement le subtil équilibre entre liberté créatrice et relecture minutieuse.

Je dois également remercier la Professeure Christine Chappuis, doyenne de la Faculté de droit de Genève, et le Professeur Luc Thévenoz – jurés pour qui j'ai également eu le plaisir de travailler comme assistant – ainsi que le Professeur Pascal Pichonnaz, doyen de la Faculté de droit de Fribourg. Tous m'ont fait l'honneur d'une soutenance exigeante, mais toujours bienveillante.

Durant mes recherches, j'ai pu bénéficier de l'aide de nombreuses personnes – particuliers, associations ou sociétés – qui m'ont permis de trouver les faits qui sont à la base de cette thèse. Elle n'aurait pas pu se faire sans leur aide, et je leur en suis reconnaissant.

La vie au sein de la Faculté ne se résume heureusement pas à d'austères soirées à la bibliothèque ou à des heures de réception avec les étudiants. J'ai également passé des instants mémorables au quatrième étage d'Uni Mail.

Ma gratitude va pour cela à l'équipe du secrétariat de droit civil et commercial – Esther, Francine, Katia, Nicole et Patricia – ainsi que des autres secrétariats : Béatrice, Edith, Gervais et Véra. Ce sont les gardiens et l'âme de notre communauté.

À ceux-là s'ajoutent notre joyeuse petite troupe d'assistants, frères et sœurs de plumes, comme d'autres sont des frères d'armes : Aline, Aude, Arnaud, Axel, Blerina, Carole-Anne, Clément, Coraline, Dafina, David, Edouard, Elma, Elsa, Eugénie, Eva, Evelyne, Fabien, Félix, Gina, Guillaume (ils furent plusieurs) Joann, Joël, Johanna, Johannes, Karine, Laetitia, Lancelot, Laure, Laurent, Luc-Alain, Manuela, Marguerite, Maria Laura, Marion, Michel, Patrick, Pierre, Saifon, Sébastien, Simon, Victor, Vincent, Yann et Yvan. Leur compagnie a toujours été plaisante, et nos échanges quotidiens – sur nos thèses, ou sur un tout autre sujet – ont été un puissant moteur pour l'écriture de ces lignes.

Enfin, rien n'aurait été possible sans le soutien de mes parents, de mes sœurs et du reste de ma famille. En particulier, je dois remercier ma tante Sophie, qui m'a conduit à m'intéresser à ce sujet. Elle m'a rappelé que notre matière ne vit pas que dans les livres, et que là où il y a une société, il y a du droit – mais pas toujours des juristes. Cette thèse lui est dédiée.

Genève, été 2016

Sommaire

Table des abréviations XI

Introduction 1

Terminologie 3

Méthodologie 4

Plan de l'ouvrage 5

Première partie : Le contrat de recouvrement 7

Chapitre 1 : Objet du contrat 9

Chapitre 2 : Nature juridique 49

Chapitre 3 : For et droit applicable 85

Chapitre 4 : Formation du contrat 97

Chapitre 5 : Obligations du recouvreur 105

Chapitre 6 : Obligations du créancier 137

Chapitre 7 : Impossibilité 149

Chapitre 8 : Fin du contrat 171

Deuxième partie : La protection du débiteur 185

Chapitre 9 : Relations extracontractuelles 187

Chapitre 10 : For et droit applicable 201

Chapitre 11 : Frais de recouvrement 209

Chapitre 12 : Limites de droit pénal 243

Chapitre 13 : Limites de droit civil 269

Chapitre 14 : Effet contractuel des limites 281

Conclusion 291

Synthèse générale 292

Un contrat paradoxal 296

Réglementation du recouvrement ? 297

***De minimis* 299**

Sources 301

Table des lois et ordonnances 301

Publications des autorités 304

Bibliographie 305

Divers 318

Table des matières 319

Table des abréviations

Les abréviations des textes officiels sont indiquées dans la partie « Sources ».

ACEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
ACJC	Arrêt de la Cour de Justice cantonale (Canton de Genève)
ACJUE	Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Arrêts et décisions du Canton d'Argovie)
al.	alinéa(s)
AR	Argovie
art.	article(s)
AT	Allgemeiner Teil (Partie générale)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral (publié au recueil officiel)
BE	Berne
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Communications juridiques bâloises)
BK	Berner Kommentar (Commentaire bernois)
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Bulletin des préposés aux poursuites et faillites)
BSK	Basler Kommentar (Commentaire bâlois)
BT	Besonderer Teil (Partie spéciale)
c.	contre

ch.	chiffre(s)
consid.	considérant
CF	Conseil fédéral
CJ	Cour de Justice (Canton de Genève)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CR	Commentaire Romand
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s) scientifique(s)
etc.	*et cetera*
FF	Feuille fédérale
GE	Genève
hyp.	hypothèse(s)
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
let.	lettre(s)
n.	note(s) de bas de page
N	numéro(s)
NE	Neuchâtel
OG	Obergericht (Tribunal supérieur)
OR	Obligationenrecht (Code des obligations)
p.	page(s)
phr.	phrase(s)
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique
RPS	Revue pénale suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)

s. d.	sans date
s. l.	sans lieu
s. n.	sans nom
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite)
SJ	Semaine Judiciaire
ss	et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
VD	Vaud
VS	Valais
VSI	Verband Schweizerischer Inkasso-Treuhandinstitute (Association suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenverein (Journal de l'association juristes bernois)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Code civil)
ZH	Zurich
ZK	Zürcher Kommentar (Commentaire zurichois)

« A Lannister always pays his debts. »

Georges R. R. MARTIN, A Song of Ice and Fire.

Introduction

1. Au frontispice des offices de poursuite devrait être gravé « *Ultima ratio creditorum* ». Le créancier ne s'y rend que pour débloquer une situation, soit par le coup de semonce du commandement de payer, soit par une procédure complète, qui lui permettra de récupérer son dû, mais qui est longue et complexe.

2. Le droit des poursuites a ses faiblesses, réelles ou fantasmées, il y a donc un marché pour le recouvrement extrajudiciaire de créances. Il n'en faut pas plus pour que des personnes, physiques ou morales, se soient attachées à répondre à cette demande.

3. Né de la liberté contractuelle, le contrat de recouvrement a l'ambition de faire plus : plus rapide, plus facile, plus efficace. Toutefois, ce contrat est également plus fragile. Il est basé sur une créance, dont l'existence n'est jamais certaine, et qui peut s'éteindre ou être paralysée par de nombreux moyens. Tout ce qui affecte la créance affecte le contrat, sans que l'on puisse nécessairement s'en prémunir. Et s'il se veut plus efficace, il est moins percutant, car la puissance publique ne saurait se mettre au service du créancier qui refuse une procédure supervisée par l'État.

4. Le contrat de recouvrement a également les traits du vaudeville. À la relation juridique entre un créancier et son débiteur, bilatérale, stable et consacrée, vient se mêler un tiers, le recouvreur. Ce dernier interagit tour à tour avec son propre partenaire contractuel – le créancier – et avec le débiteur, avec qui les liens sont au mieux flous.

5. La situation est toutefois loin d'être légère. Le recouvrement est affaire d'argent : le débiteur veut payer le moins possible, son créancier veut récupérer sa créance, en n'en abandonnant qu'une faible part au recouvreur, et ce dernier souhaite que le débiteur s'exécute pour toucher son salaire, mais ne dédaignerait pas de récupérer un montant supplémentaire directement de la part du débiteur.

6. En ces temps de crise économique, où chacun peine à satisfaire à ses obligations, le « mauvais payeur » reste une figure honnie. Chaque retard de paiement se répercute au sein de la chaîne économique. Le droit doit permettre la réparation du dommage causé, mais il doit aussi en fixer les limites socialement acceptables. Il ne faut pas faire l'amalgame entre le débiteur qui ne veut pas payer, celui qui ne peut pas – pour des motifs plus ou moins louables – et celui qui refuse à juste titre de s'exécuter. On ne saurait non plus en profiter pour extorquer au débiteur plus qu'il ne doit, sauf à violer le fragile équilibre entre les parties au contrat.

7. Placé par la volonté des parties hors des sentiers battus du droit, le recouvrement risque plus que d'autres contrats de franchir les limites de la légalité. Dans l'esprit des parties, tous les moyens sont peut-être bons pour obtenir le paiement, mais il n'y a qu'un pas entre l'avertissement et la menace, entre le rappel et le harcèlement.

8. Le but de cette thèse est d'analyser les relations entre les trois acteurs du recouvrement et de voir quels sont les moyens à leur disposition. Il nous faudra examiner tour à tour les fondements juridiques du recouvrement, l'articulation entre ce contrat et le droit des poursuites, les faiblesses du contrat et les solutions que l'on peut y apporter, mais aussi les moyens d'action de chacune des parties et les limites qu'il faut y fixer.

9. Nous traiterons du contrat de recouvrement lorsqu'il prend la forme d'un contrat de service, mais notre analyse serait incomplète si elle ne mentionnait pas la cession de créances aux fins de recouvrement[1], forme proche, à laquelle la cession de créances apporte une force supplémentaire.

10. En revanche, nous avons renoncé à traiter de la représentation en matière de poursuite, et des registres privés de « mauvais payeurs »[2], sujets connexes, mais dont l'étude nous éloignerait de notre sujet principal.

11. Le principe de la liberté contractuelle fait que les parties sont libres d'organiser leurs obligations comme elles l'entendent, dans les limites de la loi et des bonnes mœurs. Les conclusions auxquelles nous parviendrons dans cet ouvrage ne vaudront donc que dans la mesure où les parties n'ont pas aménagé spécifiquement leurs relations, ou si nous touchons à l'application de règles impératives.

12. Il nous est impossible de commencer notre analyse sans dire un mot des sources de cet ouvrage. Vu que ce contrat prend racine dans la liberté contractuelle, ce devrait être la tâche de la jurisprudence et de la doctrine d'en préciser les contours. Cependant, rien – ou presque – n'a été écrit sur le contrat

---

1 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Commentaire OIF, p. 3.

2 Voir à ce sujet notre article avec Eva CELLINA : Collecte et transmission de données relatives au crédit : cadre légal, validité et limites, Jusletter du 13 Juillet 2015.

de recouvrement, malgré les 750'000 contrats conclus chaque année[3]. Les petits montants en jeu font qu'aucune des parties en présence n'a intérêt à aller en justice. La jurisprudence est donc rare en la matière. Quant à la doctrine, elle n'a jamais souhaité y consacrer plus de quelques lignes, vu la faiblesse des intérêts en présence, la volonté des parties de s'écarter des solutions légales et la proximité du droit des poursuites et du droit du mandat, qui offrent des champs de recherche infiniment plus vastes.

13. La loi n'accorde aucune attention au contrat de recouvrement en tant que tel, elle ne réglemente ni les rapports entre les parties – laissés à la liberté contractuelle et aux quelques règles pertinentes du Code des obligations – ni ceux entre le recouvreur et le débiteur. Cependant, le législateur, comme le Conseil fédéral, connaît le phénomène. Nous en voulons pour preuve les références à l'art. 1 al. 2 let. b de l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF)[4] ou dans le Message du Conseil fédéral concernant la loi sur la protection des données du 23 mars 1988[5].

14. Cela constitue pour nous à la fois une formidable opportunité de clarifier les principes applicables au contrat de recouvrement, mais expose notre raisonnement à la pauvreté des sources de droit en la matière.

15. Nous devons donc construire notre raisonnement depuis les fondations, c'est-à-dire la partie générale du Code des obligations et les quelques règles spéciales qui pourraient être pertinentes en la matière. La Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite constituera un autre point d'ancrage, pour son potentiel de comparaison.

16. Notre méthode d'analyse ne sera rien de plus qu'un syllogisme, consistant à appliquer les règles générales du droit des obligations à ce contrat si particulier qu'est le recouvrement privé de créances.

Terminologie

17. Le contrat de recouvrement (« *Inkassovertrag* » ou « *Inkassoauftrag* », « *debt collecting contract* ») est un contrat innommé[6], qui fait intervenir trois personnes au moins – dont deux seulement sont parties au contrat en tant que tel – et qui se greffe sur un rapport juridique préexistant. Aussi, nous avons décidé de ne pas utiliser les termes « mandant », « courtier », « commissionnaire » ou

[3] Chiffres VSI pour 2008 : https://web.archive.org/web/20090701000000*/http://www.vsi1941.ch/pdf/Beriebsstatistische_Erhebung_2008_Zusammenfassung_Vers2.xls.

[4] RS 955.071. Aujourd'hui abrogée.

[5] FF 1988 II 421, 456 s.

[6] *Infra* N 238 ss.

« mandataire », pour désigner les parties en présence, car ils ne refléteraient qu'imparfaitement la réalité.

18. Comme nous l'exposions, notre étude nous a permis de découvrir que deux formes de ce contrat existent : le mandat de recouvrement et la cession de créances aux fins de recouvrement. Les différences entre ces deux formes ne sont généralement que peu importantes. Aussi, par souci d'alléger le texte, nous utiliserons le terme général « contrat de recouvrement » lorsque nos développements s'appliquent indistinctement aux deux formes, et nous réserverons l'usage d'une terminologie plus précise aux raisonnements où le besoin de distinction se fera sentir.

19. La relation juridique préexistante sera dénommée « rapport de base »[7] ou, le cas échéant, « contrat de base ». Les deux parties à ce contrat seront appelées « créancier » (« *Gläubiger* », « *creditor* ») et « débiteur » (« *Schuldner* », « *debitor* »). Bon nombre de contrats sont bilatéraux, c'est-à-dire que chacune des parties est à la fois créancière d'une prestation et débitrice d'une autre. Pour faire la distinction nécessaire, le « créancier » sera celui dont la prestation n'a pas été exécutée, et qui conclut le contrat de recouvrement avec un tiers au « rapport de base ». Ledit tiers, qui fournit la prestation spécifique du contrat de recouvrement sera qualifié de « recouvreur » (« *Inkassounternehmer* », « *debt collector* »).

Méthodologie

20. Il s'est avéré que la recherche d'éléments factuels était difficile en début de thèse. En effet, la nécessité pour une thèse de doctorat d'être publiée n'incite pas les sociétés de recouvrement à parler de leurs méthodes, leur savoir-faire nécessitant une certaine dose de confidentialité. La société civile n'étant pas favorable à certaines de leurs pratiques, nous pouvons également comprendre leur intérêt à ne pas les divulguer plus avant. Leurs conditions générales sont cependant accessibles sur internet.

21. Nous avons renoncé à citer nommément les recouvreurs ou sociétés de recouvrement dans cet ouvrage. Leurs conditions générales et leurs pratiques sont par nature adaptables et changeantes, et rattacher une question ou une problématique à une personne en particulier n'apporterait rien à la recherche scientifique.

[7] Terminologie que l'on retrouve dans le Code civil, au sujet de la créance garantie par une cédule hypothécaire (art. 842 al. 2 CC).

22. Au début du processus de recherche, soit en mars et avril 2013, nous avons pris contact avec une société active dans le domaine du recouvrement, ainsi qu'avec la Fédération Romande des Consommateurs (FRC). Ces premiers échanges nous ont permis de clarifier certains points factuels.

23. Nous avons pu par la suite bénéficier de l'accès aux données récoltées par la FRC dans le cadre d'une étude anonyme menée auprès des sociétés de recouvrement concernant leurs pratiques. En parallèle, nous avons recueilli auprès de tiers divers courriers et expériences en la matière.

24. Nous sommes parvenus à la conclusion que deux formes de recouvrement coexistaient : un mandat de recouvrement, par lequel le recouvreur représente le créancier et fait valoir la créance au nom de celui-ci, et la cession de créances aux fins de recouvrement. Cette distinction se retrouve par exemple dans le Commentaire de l'OIF rédigé par le Département fédéral des finances[8]. Nous avons déjà clarifié la terminologie sur ce point.

25. Cette recherche nous a permis de mettre au jour les clauses contractuelles et les méthodes les plus courantes, et nous fournit une base suffisante pour nos développements – d'autant plus qu'une thèse de doctorat se doit d'être généraliste et ne peut par nature appréhender toutes les stipulations que la liberté contractuelle permet.

Plan de l'ouvrage

26. Cette thèse vise l'étude des formes du recouvrement privé en droit suisse. C'est donc naturellement que la première partie de cette thèse se concentrera sur le contrat de recouvrement, avec ou sans cession de la créance issue du rapport de base. Comme l'indique le titre de notre ouvrage, nous ne pouvons prétendre analyser toutes les possibilités offertes par la liberté contractuelle, ce pourquoi nous nous concentrerons sur certains « aspects contractuels ». À partir de la recherche que nous avons menée, nous avons isolé les problématiques les plus fréquentes, mais ne saurions prétendre à l'exhaustivité.

27. Dans une deuxième partie, il sera question de l'impact du contrat de recouvrement sur le débiteur, sous l'angle de la nature juridique de leur relation, puis des limites apportées par le droit pénal et civil à l'action du recouvreur. Un chapitre sera consacré à la question des frais de recouvrement, qui cristallise l'attention de la société civile. Nous terminerons par l'interaction entre ces limites et le contrat lui-même, ce qui nous permettra de faire le lien entre les deux parties de la présente thèse.

8 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Commentaire OIF, p. 3.

28. Cette étude ne serait pas complète si elle se concentrait uniquement sur les formes contractuelles du recouvrement, sans réfléchir à son intégration dans le droit suisse. Une large part de notre conclusion sera donc consacrée aux enseignements que le recouvrement apporte à la science juridique, et aux pistes de réformes envisageables pour faire face aux défis que nous aurons mis en évidence.

« — Un protêt ! Y pensez-vous ? s'écria-t-elle en me regardant, vous auriez si peu d'égards pour moi !

— Si le roi me devait, madame, et qu'il ne me payât pas, je l'assignerais encore plus promptement que tout autre débiteur. »

Honoré DE BALZAC, Gobseck.

Première partie : Le contrat de recouvrement

29. Notre première partie sera consacrée au contrat de recouvrement. Le choix des termes a son importance, et il se reflètera dans notre plan. Le but de ce contrat est – évidemment – le recouvrement de créances, dont nous cernerons les contours dans notre premier chapitre. La nature du contrat lui-même fera l'objet du deuxième chapitre.

30. La suite de cette première partie reste très classique : il sera question du for et du droit applicable dans le troisième chapitre, puis nous traiterons de la formation du contrat, des obligations du recouvreur, puis du créancier. Ce seront nos quatrième, cinquième et sixième chapitres.

31. Nous analyserons ensuite les causes d'impossibilité du contrat qui, par leur diversité et pour les questions qu'elles soulèvent, méritent qu'un chapitre séparé – le septième – leur soit consacré. Enfin, notre huitième et dernier chapitre traitera de la fin du contrat.

« *Et dimitte nobis debita nostra sicut et nos dimisimus debitoribus nostris* »

Évangile selon MATTHIEU, Chapitre 6, verset 12.

Chapitre 1 : Objet du contrat

32. Le contrat de recouvrement n'est pas défini en droit suisse, ni par la loi, ni par la jurisprudence, ni – pour le moment – par la doctrine. Il nous faut donc proposer nous-mêmes une définition (Section I), déterminer quels sont les éléments essentiels de ce contrat (Section II) et enfin analyser les rapports que le recouvrement entretient avec la poursuite pour dettes et la faillite (Section III).

Section I : Définition du contrat de recouvrement

33. Dans cette première section, nous chercherons à comprendre en quoi consiste le recouvrement (§ I.), avant de nous attacher aux principes juridiques et économiques de base qui justifient son existence (§ II.)

§ I. Définition du recouvrement

34. Cette étude doit nécessairement commencer par la définition du terme « recouvrement ». Faute de définition en droit suisse[9], il nous faut recourir à la définition en langue française de ce terme. Selon le Dictionnaire de l'Académie française, il s'agit de l' « [a]ction de recouvrer, de percevoir une somme due ; ensemble des opérations, des démarches effectuées à cette fin. »[10]. Il est dérivé du verbe « recouvrer » qui signifie, dans le sens qui nous intéresse : « recevoir le paiement d'une somme due »[11].

35. Ainsi, reformulé en termes juridiques, le recouvrement est relatif au paiement d'une créance. Il touche donc premièrement à la relation entre le débiteur et le créancier – que nous avons qualifiée de « relation de base » ou de

---

9 *Supra* N 12.

10 Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd.
Voir également : Le petit Robert de la langue française (2014).

11 Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd.
Voir également : Le petit Robert de la langue française (2014) ; Dictionnaire Larousse en ligne, http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/recouvrer/67170?q=recouvrer%2c#66413.

« rapport de base »[12]. Cette relation peut être de toute nature : contractuelle, délictuelle, fondée sur la gestion d'affaires sans mandat ou sur l'enrichissement illégitime. Elle est préexistante au recouvrement.

36. Nous pouvons également nous tourner vers les pays limitrophes pour obtenir une interprétation en termes juridiques du recouvrement. La jurisprudence française l'a défini de la manière suivante : « le recouvrement de créance consiste à mettre en œuvre tous les moyens matériels, tels que l'envoi de lettres, d'appels téléphoniques ou autres ou de démarches auprès des débiteurs pour les amener à payer volontairement leur dette en leur rappelant l'origine de celle-ci avant d'utiliser les voies de droit, tout en attirant l'attention du débiteur sur ces dernières. »[13].

37. Le Dictionnaire de l'Académie française parle d'« opérations » faites pour obtenir le paiement, la jurisprudence de « moyens matériels ». Le débiteur qui s'acquitterait de sa dette dès l'exigibilité rendrait inutile toute « opération » menée contre lui. Il faut donc en déduire que la relation de base comporte un élément de conflit, à savoir que le débiteur refuse de s'exécuter. Le débiteur se trouve alors en demeure (art. 102 ss CO)[14]. En Suisse, cette situation est généralement réglée par les autorités responsables de l'exécution forcée[15], qui sont régies par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

38. Dans cette thèse, nous avons choisi d'étudier le contrat de recouvrement. Il ne s'agira pas d'une étude de droit des poursuites, même si on ne saurait totalement s'en détacher[16]. Nous nous focaliserons sur les aspects de droit privé, en particulier de droit contractuel. Relevons tout de suite que le contrat de recouvrement n'est pas passé entre le créancier et son débiteur, mais entre le créancier et un tiers, que nous avons appelé « recouvreur »[17].

39. À notre sens, le recouvreur peut certes agir gratuitement ou bénévolement, mais il le fera généralement à titre onéreux, car il s'agit le plus souvent de son activité professionnelle. La rémunération du recouvreur nous paraît donc être un élément devant nécessairement être pris en compte lors de toute tentative de définition. Il ressort de notre analyse que celle-ci est généralement due uniquement si le recouvreur parvient à ses fins.

40. En conclusion, la situation factuelle qui conduit à la conclusion d'un contrat de recouvrement est celle-ci : un rapport de base conflictuel, et le choix du créancier d'impliquer un tiers chargé de susciter ou d'accélérer le paiement,

---

12 *Supra* N 19.

13 Arrêt de la Cour d'Appel de Paris, C4981, du 21 mai 2001, Gazette du Palais, 9 juin 2001, N 160, p. 14.

14 Débiteur « morosif » selon la terminologie de GILLARD, p. 124.

15 TERCIER/PICHONNAZ, N 130.

16 *Infra* N 193 ss.

17 *Supra* N 19.

contre rémunération. Ainsi, nous définissons le contrat de recouvrement de la manière suivante :

> *Contrat par lequel une partie (le recouvreur) s'engage envers l'autre (le créancier) à obtenir le paiement d'une créance dont celui-ci est titulaire, moyennant une rémunération s'il y parvient.*

41. Cette définition fait apparaître les deux éléments essentiels du contrat de recouvrement, à savoir un service rendu d'une part, et la rémunération d'autre part. Nous les analyserons plus en détail[18]. Nous traiterons également brièvement du contrat de recouvrement gratuit[19].

42. Le contrat de recouvrement peut être renforcé par une cession de créances. On parle alors de cession de créances aux fins de recouvrement. Le mécanisme fondamental est exactement le même, à savoir qu'un tiers se charge de récupérer le montant dû. La seule différence est alors que le recouvreur peut agir directement en son nom plutôt qu'au nom du créancier[20]. Nous le définissons ainsi :

> *Contrat par lequel une partie (le recouvreur) se fait céder une créance par l'autre (le créancier), à charge pour le recouvreur d'en obtenir le paiement et de le rétrocéder au créancier, après déduction d'une commission.*

43. Les principales obligations ne changent pas selon que les parties ont choisi une forme plutôt que l'autre. Aussi, nous les traiterons simultanément, en ne faisant la distinction que là où elle sera nécessaire.

§ II. Fondements du contrat de recouvrement

A) Fondements juridiques

44. Le premier fondement du contrat de recouvrement est la liberté contractuelle, notamment sa composante de liberté de l'objet, qui permet de déterminer les caractéristiques du contrat en les adaptant aux besoins des parties. Il s'agit d'une concrétisation de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst.[21].

45. Cette liberté contractuelle n'est toutefois pas sans limites. Un contrat doit s'intégrer dans le système juridique suisse. S'il contrevient à une norme légale –

---

18 *Infra* N 56 ss.

19 *Infra* N 401.

20 Pour les questions de représentation : *infra* N 329.

21 ARNET, N 174 ; BSK OR I-BUCHER, Vorb. Art. 1-40, N 10, 12 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20, N 49 s., 53 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 36c ; PdV-MÜNCH/KASPER LEHNE, N 1.4 ; ATF 136 I 197, consid. 4.4.1.

fédérale ou cantonale, de droit public ou de droit privé – il est illicite, et ne déploie aucun effet[22].

46. Au-delà de ces considérations sur l'illicéité, deux adages latins, que le droit suisse reconnaît, même sans leur consacrer une base légale, ne doivent jamais être oubliés lorsque l'on traite de recouvrement :

- *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, qui signifie qu'il n'est pas possible de transférer plus de droits que l'individu n'en a lui-même[23].
- *Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*, ce principe – la relativité des contrats – fait qu'il est impossible de se prévaloir d'un contrat à l'égard d'un tiers extérieur à celui-ci, hors exceptions aménagées par la loi[24].

47. Ces deux principes se rejoignent dans le cadre du recouvrement. Le recouvreur ne saurait, de par sa fonction, disposer de plus de droits à l'égard du débiteur que n'en a le créancier. De même, le contrat de recouvrement ne saurait mettre la moindre obligation à la charge du débiteur. Ainsi, malgré son but – négocier avec, voire faire pression sur le débiteur – le contrat de recouvrement n'a aucun impact sur la situation juridique du débiteur.

48. On ne saurait donc qualifier le recouvrement de « troisième forme »[25] d'exécution des créances. Les deux autres, justice civile et poursuite pour dettes, sont instituées par la loi, et le législateur leur a conféré une force particulière, celles de dire le droit et de le faire respecter. Le contrat de recouvrement n'a pas cette force, son existence découle d'un contrat, qui certes « tien[t] lieu de loi à ceux qui l['] ont fai[t] » pour reprendre la formule du Code civil français[26], mais n'a aucune force à l'égard des tiers.

49. Tant la justice civile que la procédure de poursuite sont neutres, impartiales, et sans intérêt économique dans la cause, les émoluments et les frais en représentant pas la rémunération du fonctionnaire. Cette neutralité est une garantie du le bon exercice de la justice, et un droit fondamental de tout

---

22 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20, N 60 ; SCHWENZER, N 32.05 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 725 ; PdV-WALTENSPÜHL/MÜNCH, 3.14 ; ATF 117 II 147, consid. 2a ; ATF 129 III 604, consid. 5.1 s. ; TF, 4A_173/2010, consid. 2.2.

23 BERGER, N 257 ; COENDET/HURNI, n. 54 ; ENGEL, Obligations, p. 883 ; MAYNARD, p. 323 ; MERMINOD, p. 82 ; ROUILLER, n. 1253 ; VIONNET, p. 41.

Expression tirée de ULPIEN, D. 50, 17, 54.

Adage qualifié de « fondamental » par le Tribunal fédéral : TF, 4C.277/2002, consid. 3.2.

24 DUBOIS, p. 215 ; ENGEL, Obligations, p. 18 ; FAVRE, N 48 s. ; MAYNARD, p. 460 ; MERMINOD, p. 112 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 40 ss ; SCHWENZER, N 4.06 s. ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 42 ; ATF 136 III 14, consid. 2.3.

25 Au contraire de l'opinion défendue par MEIER I. dans son avis de droit, p. 2 : « [D]ritte Form der Geltendmachung von Forderungen ».

Voir notre analyse critique de sa position : *infra* N 1092.

26 Pour ce principe, non écrit en droit suisse, voir : BSK OR I-BUCHER, Vorb. Art. 1-40, N 3 ; HONSELL, BT, p. 13 ; MARCHAND, Clauses, p. 3 ; MÜLLER, Contrats, N 9 ; TERCIER/FAVRE, N 192.

justiciable[27]. Le recouvrement est tout autre : le créancier peut donner des instructions au recouvreur[28], et le débiteur doit s'exécuter pour que le recouvreur puisse obtenir son paiement, ce qui ôte toute possibilité de neutralité.

50. Le créancier ne peut pas se faire justice lui-même, l'État ayant le monopole de la justice et de la force[29], principe qui ne souffre que de rares exceptions, telles que la légitime défense (art. 52 al. 3 CO) ou la compensation (art. 120 ss CO)[30]. Un acte de recouvrement qui se substituerait à la justice ou aux autorités de poursuite serait donc illicite. En revanche, un contrat de recouvrement présentant une approche complémentaire à la justice, et qui n'aurait pas recours à la force mais à la négociation et à la persuasion, serait admissible.

B) Fondements économiques

51. Le contrat de recouvrement est au service de l'économie, nous analyserons donc également les raisons économiques qui entraînent la conclusion de contrats de ce type. Nous en comptons deux, par ailleurs liées : la division du travail et la spécialisation.

52. Selon Adam SMITH, l'un des principaux bénéfices de la division du travail est le fait que chacun des ouvriers de la chaîne se spécialise, et augmente sa productivité[31]. Karl MARX y voit un cas particulier de coopération, qui accroît la force productive des ouvriers[32], mais qui les place sous la dépendance du « capitaliste »[33]. On voit que ces deux philosophes se rejoignent sur l'utilité et sur la conséquence de la division du travail, même s'ils sont séparés par un siècle et opposés sur l'échiquier politique.

53. La même analyse peut s'appliquer au contrat de recouvrement. Tout individu qui fait des affaires ou conclut des contrats peut se voir confronté un jour à un « mauvais payeur ». Il doit donc prendre diverses mesures, judiciaires ou extrajudiciaires, s'il souhaite obtenir son dû. Les entrepreneurs privés le font eux-mêmes, mais les sociétés d'une certaine taille peuvent avoir des services dédiés à cette activité, voire une filiale dédiée à l'intérieur d'un

---

27 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, T. I, N 1229 ss, 1236 ss ; HOHL, T. I, N 73 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 1 N 9 ; ATF 126 I 235, consid. 2b.
Voir également : Circulaire A8/BE.

28 *Infra* N 626 ss.

29 AMMON/WALTHER, § 1 N 6 ; ENGEL, Obligations, p. 7 s. ; HOHL, T. I, N 1 ; SCHWENZER, N 4.32.

30 AMMON/WALTHER, § 1 N 7 ; HOHL, T. I, N 1 ; SCHWENZER, N 4.32 s. ; SPÜHLER, N 2.
Sur ce point : *infra* N 789 ss.

31 SMITH, p. 12 ss.

32 MARX, p. 35.

33 MARX, p. 24.

groupe. La terminologie importe peu, à côté du terme « recouvrement », on peut penser à « facturation », « contentieux », *etc.* Il s'agit d'une première étape de spécialisation.

54. La logique du contrat de recouvrement consiste à externaliser ces services, et les confier à un professionnel ou une entité spécialisée. Le client du recouvreur peut donc se consacrer uniquement à son activité économique. Le créancier ne paie que les services dont il a besoin, au lieu d'engager du personnel dans son entreprise elle-même, ce qui accroît son efficacité.

55. En conclusion, le contrat de recouvrement a une utilité juridique, en tant que complément à la procédure civile et à la procédure d'exécution forcée, et une utilité économique, vu qu'il permet d'éviter des pertes pour les entreprises, et qu'il favorise la productivité.

Section II : Éléments essentiels du contrat

56. La définition du contrat, inspirée par l'art. 1 CO, fait l'objet d'un consensus en doctrine. Il s'agit de l'acte juridique résultant de deux ou plusieurs manifestations de volonté réciproques et concordantes destinées et propres à produire un effet juridique[34].

57. Ainsi, tout contrat résulte d'un accord des parties, qui doit porter sur les éléments objectivement (§ I.) et subjectivement (§ II.) essentiels de ce contrat. Ils forment le noyau du contrat, auquel ni le juge ni la loi ne peuvent suppléer. Ces points spécifient et individualisent le contrat, et sont des conditions nécessaires de sa validité[35].

§ I. Éléments objectivement essentiels

58. Notre présentation des éléments objectivement essentiels débutera par la présentation des parties au contrat (A). Il ressort ensuite de la définition et de la fonction du contrat de recouvrement que les éléments essentiels permettant de qualifier et d'individualiser ce contrat sont d'une part le service rendu par le recouvreur (B), soit l'obtention du paiement de la créance de base – due par le débiteur au créancier – et d'autre part la rémunération due par le créancier (C).

---

34 ENGEL, Obligations, p. 158 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 224 ; FAVRE, N 34 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 2 ; MÜLLER, Contrats, N 3 ; PdV-MÜNCH/KASPER LEHNE, N 1.9 ; SCHWENZER, N 3.13 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 218.

35 BERGER, N 639 s. ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 56a, CO 2 N 3 ; MÜLLER, N 12 ; PdV-MÜNCH/KASPER LEHNE, N 2.10 ; SCHWENZER, N 28.05 ; TERCIER/FAVRE, N 206, 209 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 574 ; ATF 119 II 347, JdT 1994 I 609, consid. 5a ; ATF 127 III 248, consid. 3d.

A) Parties

59. Le premier élément essentiel de tout contrat est la définition des parties et du rôle attribué à chacune d'elles[36]. Cela ne posera généralement pas de problème pour un contrat de recouvrement. L'une des parties – le créancier – est titulaire de la créance à recouvrer, et rémunère son partenaire contractuel – le recouvreur – en échange des services qu'il lui rend pour amener le débiteur à payer. Les parties seront donc toujours aisément distinguables.

60. Comme pour tous les contrats, un cas de représentation est envisageable lors de la conclusion, mais cela n'affecte pas les parties au contrat[37]. Une clause de nommable, qui est un cas différé de représentation[38], pourrait même être envisageable en présence d'un groupe de recouvreurs, même si cette hypothèse est peu probable.

61. La conclusion d'un contrat présuppose la capacité civile active et passive des parties[39]. Ce constat n'est évidemment pas lié au contrat de recouvrement, mais s'inscrit dans la théorie générale des contrats.

62. Nous examinerons séparément les conditions applicables aux personnes physiques (1) et morales (2), car le recouvreur comme le créancier peuvent être tant l'une que l'autre. Aucune restriction de droit public ou privé ne vient restreindre leur capacité de conclure ces contrats, il nous faudra donc revenir aux règles habituelles en la matière.

63. Le fait que le débiteur soit une personne physique ou morale n'a pas d'impact juridique sur le contrat de recouvrement, même si les moyens utilisés peuvent différer. Les problèmes de capacité du débiteur ne devraient avoir d'impact que sur la relation de base, sous l'angle de la nullité, mais nous verrons dans un autre chapitre que cela peut influer sur le contrat de recouvrement[40].

64. En revanche, une autorité étatique ne pourrait conclure ce type de contrat sans une base légale qui le lui permettrait, le principe de la légalité limitant sa marge de manœuvre[41]. De plus, certaines lois prévoient expressément que le recouvrement des créances se fait par la voie de la poursuite pour dettes (art. 35 al. 3 CP, par exemple). Cela exclut nécessairement le recours à un recouvreur privé.

---

36 SCHWENZER, N 28.08 ; TERCIER/FAVRE, N 208.

37 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 1.

38 TF, 4C.356/2001, consid. 2a ; TF, 2C_713/2010, consid. 3.3.

39 TERCIER/PICHONNAZ, N 111, 328 s.

40 *Infra* N 717 ss.

41 DUBEY/ZUFFEREY, N 470 ss ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 368 ss ; TANQUEREL, N 448, 467 ss, 476 ss.

1) Personnes physiques

65. La capacité civile passive des personnes physiques correspond à la jouissance des droits civils au sens de l'art. 11 CC[42]. Toute personne physique vivante en dispose, ce qui n'est pas le cas des personnes décédées, pas plus que des animaux[43]. La personnalité des enfants conçus, mais pas encore nés, n'est que conditionnelle (art. 31 al. 2 CC).

66. À défaut de capacité civile passive, le contrat ne saurait exister[44], mais il ne s'agit pas de la seule condition à respecter. Les parties au contrat doivent également jouir de la capacité civile active pour que leurs actes déploient des effets juridiques. Il s'agit de l'exercice des droits civils au sens de l'art. 12 CC[45].

67. La capacité civile active requiert la majorité – fixée à 18 ans révolus en Suisse (art. 14 CC) – l'absence d'interdiction et la capacité de discernement (art. 13 et 16 ss CC)[46]. Si l'une des deux premières conditions fait défaut, l'accord du représentant légal ou du curateur sera nécessaire pour conclure le contrat[47]. Si la personne mineure ou interdite conclut seule, le contrat sera imparfait – « boiteux » – jusqu'à la ratification par le représentant[48]. Il s'agit d'une condition suspensive légale[49].

68. Les actes juridiques – y compris la conclusion d'un contrat – faits par une personne incapable de discernement sont nuls. Il n'existe pas de possibilité de sauvegarder un contrat dans cette situation, même si le cocontractant était de bonne foi au moment de la conclusion[50].

69. La conclusion d'un contrat ne pose donc pas de problème particulier pour les personnes physiques, sauf les quelques exceptions que nous avons mentionnées. Dans le cadre d'un contrat de recouvrement, tant le créancier que le recouvreur peut être une personne physique.

70. Dans l'hypothèse où l'un des cocontractants exerce son activité sous la forme d'une entreprise individuelle, la situation ne change pas. En effet, l'entrepreneur est considéré comme une personne physique « normale », s'engageant directement[51].

---

42 BUCHER, N 18, 21 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 29 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 331.

43 BUCHER, N 27 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 34 s., 40 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 331.

44 TERCIER/PICHONNAZ, N 328, 362.

45 BUCHER, N 35 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 51 ss.

46 BUCHER, N 87 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 56 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 337 ss.

47 BUCHER, N 117 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 238 ss, 250 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 344 ss.

48 BUCHER, N 125 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 366, 503.

49 TERCIER/PICHONNAZ, N 366.

50 BUCHER, N 162 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 280 s. ; ENGEL, Obligations, p. 124 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 329, 363.

51 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 26 N 2 ; RUEDIN, N 340 ss.

2) Personnes morales

71. Les personnes morales, au sens des articles 52 et suivants CC, sont des sujets de droit pouvant être titulaires de droits et d'obligations – dans les limites larges de l'art. 53 CC[52]. En particulier, elles peuvent être créancières ou débitrices d'un rapport d'obligation[53].

72. Les sociétés sont soumises en droit suisse à un *numerus clausus*. Parmi les formes possibles, on en dénombre quatre ayant la personnalité morale complète – société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée et société coopérative[54] – et deux ayant une quasi-personnalité morale – la société en nom collectif et la société en commandite[55]. La quasi-personnalité morale permet à ces sociétés de conclure des contrats, dont elles répondront en première ligne sur sa fortune sociale. Les associés restent toutefois débiteurs de l'obligation si la fortune sociale devait ne pas suffire[56]. Ces sociétés ne peuvent pas être titulaires d'un droit de propriété, mais les associés seront alors propriétaires en main commune des biens[57]. Les sociétés simples n'ont en revanche pas la personnalité morale, elles ne sont qu'un contrat[58].

73. La personne morale étant une fiction juridique dépourvue d'existence matérielle, elle s'engage par ses organes (art. 55 CC)[59]. Elle peut également agir par le biais d'auxiliaires, typiquement ses employés.

74. Les personnes morales ne peuvent pas agir pour la représentation dans la poursuite au sens de l'art. 27 LP[60]. Cela ne devrait toutefois pas leur fermer la voie à la pratique du recouvrement. Nous allons voir que cette forme de représentation s'inscrit à l'intérieur du système du droit des poursuites, alors que le contrat de recouvrement se place volontairement en dehors de celle-ci[61]. Il n'y a donc aucune raison de traiter de la même manière deux situations différentes.

---

52 DESCHENAUX/STEINAUER, N 35 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 30 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 24 ; RUEDIN, N 691, 700 ss.

53 DESCHENAUX/STEINAUER, N 35 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 30 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 8, § 13 N 25 ; RUEDIN, N 702.

54 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 3 ; RUEDIN, N 788.

55 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 3 ; RUEDIN, N 790 ; TERCIER/FAVRE, N 7480 ss ; CR CO II-VULLIÉTY, CO 552 N 5, CO 594 N 4.

56 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 94, § 13 N 34 ; ATF 134 III 643, consid. 5.1.

57 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 19 ; CR CO II-VULLIÉTY, CO 552 N 7, CO 594 N 4 ; ATF 134 III 643, consid. 5.1.

58 CR CO II-CHAIX, CO 530 N 1 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 12 N 15 ; RUEDIN, N 788 ; TERCIER/FAVRE, N 7446 ; ATF 137 III 455, consid. 3.1 ; TF, 2C_198/2015, consid. 5.2.

59 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 29 ss ; RUEDIN, N 708 ss.

60 GILLIÉRON, Commentaire, LP 27 N 8. *Contra* : CR LP-ERARD, LP 27 N 11.

61 *Infra* N 200 ss.

75. Une association, en tant que personne morale, pourrait parfaitement s'adonner au recouvrement de créances. L'interdiction du but lucratif ne s'oppose pas à la poursuite d'un but économique, mais empêche simplement la redistribution du bénéfice aux membres – sous peine d'être traitée comme une société simple sans personnalité morale[62].

76. Les personnes morales peuvent donc être parties à un contrat de recouvrement. Les quasi-personnes morales également, mais les associés répondront subsidiairement des obligations de la société. Les sociétés simples ne s'engageront pas en tant que telles, mais il n'existe pas de raison de restreindre la possibilité pour divers recouvreurs de s'unir au sein d'une société simple, entraînant de ce fait une responsabilité solidaire. Ce cas de figure amènera potentiellement la requalification en société en nom collectif – si les autres conditions sont remplies, notamment l'exigence que les associés soient des personnes physiques[63] – car le recouvrement de créances remplit selon nous la condition de l'exercice d'une industrie en la forme commerciale au sens de l'art. 552 al. 1 CO[64].

77. La plupart des recouvreurs que nous avons pu rencontrer étaient organisés sous la forme d'une personne morale, le plus souvent une société de capitaux. Ces sociétés de recouvrement doivent donc confier les « opérations » de recouvrement à leurs organes ou à leurs auxiliaires, en fonction de la situation et de la configuration de l'entreprise. Cela a un impact en matière de responsabilité vis-à-vis du créancier et du débiteur, notamment sur les fondements et les conditions d'exclusion de celle-ci[65].

B) Prestation

78. La prestation promise par le recouvreur est essentielle pour qualifier le contrat et déterminer les obligations de chacun. Il nous faut commercer par donner les éléments de fait qui font la singularité du recouvrement privé de créances tel que nous l'avons rencontré (1).

79. Il nous apparaît également nécessaire à ce stade de définir quelles créances peuvent faire l'objet d'un recouvrement (2), tout comme on ne saurait traiter de la vente sans parler de la chose sur laquelle les parties doivent s'accorder.

---

62 BADDELEY, p. 194 ; GEISSBÜHLER, Association, p. 309, 316, CR CC I-JEANNERET/HARI, CC 60 N 7, CC 62 N 1 s. ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 11 ; PERRIN/CHAPPUIS, p. 2, 30, 34 ; RIEMER, Verein, CC 60 N 15 ss, CC 62 N 2, 3, 7 ; TERCIER/FAVRE, N 7485, 7497 ; CR CC I-XOUDIS, CC 57/58 N 19, 21 ss ; ZEN-RUFFINEN, N 355.

63 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 11 ; CR CO II-VULLIÉTY, CO 552 N 2.

64 Sur cette notion : MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4 N 34 ss, § 13 N 31 ; CR CO II-VULLIÉTY, CO 552 N 37.

65 *Infra* N 639 ss.

1) Action du recouvreur

80. Les différents éléments que nous avons dégagés au cours de notre analyse nous permettent d'affirmer que le service promis par le recouvreur est d'amener le débiteur à payer la dette qu'il a envers le créancier. Les méthodes employées par les recouvreurs, et leurs limites, feront bien entendu l'objet de développements approfondis[66].

81. Le recouvreur peut être amené à encaisser lui-même le paiement fait par le débiteur, par exemple en indiquant ses propres coordonnées bancaires pour le paiement. Les raisons sont multiples : preuve du paiement facilitée, intermédiation si le débiteur et le créancier ne sont pas dans le même pays, *etc.* Dans tous les cas, le recouvreur reste obligé de rétrocéder le paiement au créancier – il peut toutefois compenser ce montant avec ses propres prétentions envers le créancier, sauf convention contraire[67].

82. Notre analyse fait également ressortir une constante. Aucun recouvreur ne prend l'engagement ferme de parvenir au résultat escompté, ni même ne promet de déployer la diligence nécessaire pour y parvenir. Le recouvreur prévoit en revanche que sa rémunération n'est pas automatique, mais n'est due qu'en cas de succès.

83. Cette manière de concevoir le contrat est loin d'être absurde. Le risque serait sans doute trop important si le recouvreur promettait de parvenir à un résultat et engageait sa responsabilité. Quant au choix de se dégager de toute obligation de moyens, pour ne conserver qu'une rémunération au résultat, elle est de nature à favoriser la conclusion du contrat. Le partenaire contractuel, le créancier, n'aura rien à payer tant que le résultat n'est pas obtenu – hormis les impenses, si le contrat le prévoit[68].

84. Même une obligation de moyens ne serait pas nécessairement appropriée. Il serait ardu de quantifier la diligence à laquelle le créancier peut s'attendre, vu les limites posées à l'action du recouvreur[69] et l'absence de moyens de contrainte efficaces à sa disposition[70]. Enfin, même si une violation était avérée, il resterait très difficile de prouver un dommage[71].

85. Nous doutons du fait que le recouvrement inclut de façon générale une obligation de conseil – notre analyse de la situation factuelle ne permet en tout cas pas de le conclure. Les recouvreurs ne sont en effet pas des juristes de formation, et leur champ d'activité se situe précisément hors du champ de la

66 *Infra* N 905 ss.

67 *Infra* N 612.

68 *Infra* N 185 ss.

69 *Infra* N 1167 ss et 1298 ss.

70 *Infra* N 227 ss.

71 *Infra* N 636.

procédure juridique. Pareille obligation reste cependant possible, mais elle aura un impact sur la qualification du contrat, en le rapprochant du mandat[72].

2) Créance

86. La créance est un droit subjectif, qui permet à son titulaire – le créancier – de réclamer une prestation ou un certain comportement de la part du débiteur[73]. En principe, elle comprend également le droit d'agir en justice ou de procéder par la voie de l'exécution forcée si le débiteur ne s'exécute pas de lui-même, car elles sont reconnues par l'État[74].

87. Dans une situation de recouvrement, il faut distinguer les deux obligations réciproques générées par le contrat – l'une consistant à rendre un service, l'autre à payer la rémunération – de la créance en souffrance, sur laquelle porte précisément le contrat.

88. On le voit, le recouvrement est intimement lié à la créance elle-même, mais il n'existe aucune règle légale qui prévoit si une créance peut être recouvrée ou non. Il nous faudra donc déterminer la recouvrabilité des créances en fonction des règles contractuelles généralement applicables – liberté contractuelle et nullité – en utilisant comme points de comparaison la cessibilité de la créance, et les moyens de la faire valoir en justice ou dans une procédure de poursuite.

89. En principe, il est toujours possible de s'acquitter d'une dette d'argent. Le paiement par le débiteur ne pourrait *a priori* pas être frappé d'impossibilité et, par conséquent, la prestation promise par le recouvreur non plus. Toutefois, cette idée est uniquement basée sur le caractère matériel de la prestation, et non sur sa « possibilité » juridique.

90. Pour ENGEL, « [l'] impossibilité est juridique lorsque la prestation tend à un résultat que la loi écarte. »[75]. Cette notion doit être distinguée de l'illicéité, même si elle s'en rapproche[76]. Se basant sur cet auteur, le Tribunal fédéral s'est montré disposé à admettre que l'impossibilité d'obtenir un permis de construire puisse constituer un cas d'impossibilité au sens de l'art. 20 CO – appliqué dans le cas d'espèce par analogie à une condition, au sens de l'art. 157 CO[77].

---

72 *Infra* N 262.

73 ENGEL, Obligations, p. 5 ; FAVRE, N 40 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 129 N 9 ; SCHÖBI, p. 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 104 ;
CR CO I-TEVINI, CO 17 N 2.

74 SCHWENZER, N 4.30 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 123.

75 ENGEL, Obligations, p. 270.

76 ENGEL, Obligations, p. 270.
Voir également : CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 20 N 76 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 8.

77 TF, 4D_122/2010, consid. 2.3. Le recourant n'obtient cependant pas gain de cause, pour des questions de preuve.

91. Dans le cas d'un permis de construire, on voit bien que la possibilité de réaliser la construction prévue n'est pas pertinente, le propriétaire pourrait passer outre et commencer les travaux. Seul doit être analysé l'aspect juridique – l'obtention dudit permis. Relevons que l'une des conséquences envisageables d'une construction sans autorisation est la remise en état du terrain[78].

92. En transposant ce raisonnement au recouvrement d'une créance, il nous faut conclure que le recouvrement d'une créance n'existant pas ou plus est juridiquement impossible. En effet, le système du droit des obligations ne reconnaît pas la validité d'un paiement qui a été fait « sans cause », vu qu'il offre alors à l'appauvri la possibilité d'agir sur la base de l'enrichissement illégitime[79].

93. Vu que le paiement fait par le débiteur lui offrirait un droit d'action par la suite, qui mettrait à néant les efforts du recouvreur, il ne faut pas admettre la validité du contrat dans cette hypothèse. Le contrat sera donc nul en application de l'art. 20 CO[80]. Le contrat de courtage, dont le contrat de recouvrement doit s'inspirer pour la réglementation de la rémunération[81], n'en dispose pas autrement. Si le contrat visé par les parties est nul ou disparaît de toute autre manière – sans être remplacé par un rapport de liquidation contractuel, comme par exemple en cas de demeure qualifiée – le courtier doit rembourser le salaire perçu[82].

94. Ce point étant clarifié, nous pouvons passer à l'analyse de la recouvrabilité des créances. Notre plan sera le suivant, nous examinerons d'abord les créances quant à leur origine (a) et quant à leur contenu (b). Nous verrons également à quel point elles doivent être déterminées (c). Ensuite, nous traiterons de la validité de la créance du point de vue temporel (d). Nous traiterons également le cas d'une créance qui est nulle, pour impossibilité initiale ou illicéité (e) et comparerons avec la contestation par le débiteur de l'existence de la créance (f). Le « recouvrement d'un acte de défaut de biens » viendra conclure notre analyse (g).

---

78 Voir par exemple, à Genève : art. 129 let. e LCI (RS/GE L 5 05).

79 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 62 N 18 ; PETITPIERRE, Enrichissement, p. 320 ; BSK OR I-SCHULIN, CO 62 N 11 ; SCHWENZER, N 56.03 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1835.

80 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20, N 76 ; SCHWENZER, N 64.02 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 754.

81 *Infra* N 298.

82 CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 9 ss.

a) Origine

i) En général

95. Les obligations de droit suisse peuvent avoir plusieurs origines. Parmi celles-ci, on trouve le contrat, la responsabilité pour acte illicite, l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires sans mandat[83]. *A priori*, toutes ces créances sont recouvrables. En effet, malgré leur origine différente, elles consistent toutes en un droit du créancier à réclamer une prestation. Cependant, certaines créances ont une nature particulière, qui justifie un examen approfondi.

ii) Droits de la personnalité

96. Les droits de la personnalité sont inhérents à la personne humaine. En tant que tels, ils sont inaliénables[84] – c'est-à-dire incessibles et intransmissibles – et imprescriptibles[85]. Ils ne sauraient non plus faire l'objet d'un contrat[86].

97. En soi, un droit de la personnalité ne peut pas être recouvré. Il ne s'agit pas ici d'une interdiction morale qui serait due au respect de la dignité humaine, mais bien d'une pure impossibilité. En effet, recouvrer signifie récupérer ce qui est dû, et par conséquent ce qu'un créancier n'a pas. Or, les droits de la personnalité sont par nature inséparables de la personne humaine, il n'est donc pas possible qu'un tiers les ait en sa possession et qu'un recouvreur doive les récupérer.

98. De même, on ne saurait conclure un contrat de recouvrement portant sur les droits de la personnalité d'une autre personne, vu que ceux-ci sont précisément inaliénables. Pareil contrat serait simultanément impossible et illicite.

99. Ces droits n'ont d'ailleurs aucune valeur pécuniaire en tant que tels, une personne lésée ne peut que s'adresser au juge – sur la base de l'art. 28a CC – pour prévenir, supprimer ou faire constater les effets d'une violation[87].

100. Si l'atteinte à la personnalité a causé un dommage, son auteur sera toutefois tenu de le réparer, en vertu des règles générales de responsabilité. L'atteinte à la personnalité est en effet un acte illicite entraînant une responsabilité, au sens des articles 28a al. 3 CC et 41 al. 1 CO[88]. Si l'atteinte est

---

83 Voir : BERGER, N 1433 ; PdV-BÖHRINGER/MÜLLER, N 7.1 ; ENGEL, Obligations, p. 87.

84 BERGER, N 89 ; BUCHER, N 483 ; ENGEL, Obligations, p. 878 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 7 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 37 ; ATF 118 II 1, consid. 5b.

85 BUCHER, N 489 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 8 ; SCHWENZER, N 83.02 ; ATF 118 II 1, consid. 5b.

86 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20, N 75 ; PETITPIERRE, 19/20 CO, p. 75.

87 BUCHER, N 555, 558, 563 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28a N 2 ss ; RIEMER, Personenrecht, N 385, 389 s. ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N 11.26 ss ; WERRO, Responsabilité, N 1418, 1421, 1424.

88 BUCHER, N 586 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 16 ; REY, N 389 ; WERRO, Responsabilité, N 61, 305 ; ATF 138 II 346, JdT 2013 I 71, consid. 10.6.5.

particulièrement grave, il se peut que le lésé puisse bénéficier d'une prétention en tort moral (art. 47 et 49 CO)[89]. Les créances déduites de ces actions – et non les actions elles-mêmes[90] – peuvent à notre avis faire l'objet d'un recouvrement, car elles ne représentent pas le droit de la personnalité lui-même, mais un droit patrimonial qui en dérive. Ces prétentions sont d'ailleurs cessibles[91], ce qui est un indice fort de leur recouvrabilité[92].

iii) Créances incessibles

101. Le législateur a instauré un mécanisme permettant au titulaire d'une créance de la transférer à un tiers, sans l'accord du débiteur[93]. Il s'agit de la cession de créances, régie par les articles 164 et suivants CO. Cette possibilité n'est toutefois pas illimitée, l'art. 164 al. 1 *in fine* CO reconnaît en effet trois causes d'incessibilité.

102. Premièrement, la loi peut l'interdire, c'est par exemple le cas de la créance en salaire futur du travailleur (art. 325 CO). Le but ici est de protéger le salarié[94]. On peut également mentionner les prestations sociales[95] au sens de l'art. 22 al. 1 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA)[96]. Deuxièmement, les parties peuvent l'exclure conventionnellement. On parle alors d'une clause d'incessibilité[97]. Troisièmement, certaines créances sont incessibles de par leur nature même, si celle-ci résulte, par exemple, de la relation particulière entre les parties[98].

103. L'effet de l'incessibilité – quel que soit son type – est la nullité de la cession, même si le cessionnaire était de bonne foi[99]. Une exception est cependant faite pour le cessionnaire qui se base sur une reconnaissance de dette sur laquelle le débiteur n'a pas mentionné l'incessibilité (art. 164 al. 2 CO)[100].

---

89 BUCHER, N 590 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 17 ; REY, N 442, 460 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1882 ; WERRO, Responsabilité, N 163.

90 TC/VS, C1 11 72, RVJ 2012 250, consid. 2.1.3.

91 BUCHER, N 481 ; ENGEL, Obligations, p. 878 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 37.

92 *Infra* N 106.

93 CR CO I-PROBST, CO 164 N 1 ; SCHWENZER, N 90.02, 90.12 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1668.

94 CR CO I-AUBERT, CO 325 N 2 ; CT-MARCHAND, CO 325 N 2, 8 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1685 ; WYLER, p. 267 ; ATF 131 III 615, consid. 6.3.

95 CR CO I-PROBST, CO 164 N 29 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1685.

Une exception notable est la cession au fournisseur de prestations (art. 42 al. 1 *in fine* LAMal). Voir notre article : GEISSBÜHLER, Tiers garant, tiers payant, p. 1014.

96 RS 830.1.

97 ENGEL, Obligations, p. 875 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 33 ; SCHWENZER, N 90.24 ; TF, 4A_616/2012, consid. 5.1.

98 CR CO I-PROBST, CO 164 N 38 s. ; SCHWENZER, N 90.25 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1686 ; ATF 122 III 145, JdT 1999 I 42, consid. 4c.

99 CR CO I-PROBST, CO 164 N 66, 69 ; SCHWENZER, N 90.26 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1684.

100 ENGEL, Obligations, p. 878 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 71 ; SCHWENZER, N 90.26.

104. L'étude de l'incessibilité n'est pas dénuée d'intérêt pour analyser la recouvrabilité d'une créance. Les mécanismes à l'œuvre sont relativement proches, car dans les deux cas, un tiers à la relation de base est impliqué, et son but est toujours d'obtenir le paiement de la créance, soit pour le créancier dans le contrat de recouvrement, soit directement pour lui-même.

105. La différence fondamentale est que le cédant perd ses droits au profit du cessionnaire, tandis que le créancier qui fait appel à un recouvreur reste toujours titulaire de sa créance – sauf, évidemment, dans l'hypothèse où une cession de créances aux fins de recouvrement a été convenue. Ainsi, si le but de l'incessibilité était de protéger le cédant potentiel contre une perte de ses droits, le recouvrement reste possible. En revanche, si l'incessibilité résulte d'un motif plus général, tel que l'inexistence de la créance, il ne sera pas possible de conclure un contrat de recouvrement.

106. Nous pouvons donc dire qu'en règle générale, une créance cessible sera toujours recouvrable, mais qu'une créance incessible nécessite une analyse approfondie avant de pouvoir se prononcer sur sa recouvrabilité.

107. Si l'incessibilité résulte de la loi, il faudra examiner le but de la norme légale, et déterminer de cas en cas la recouvrabilité. Dans l'exemple de l'art. 325 CO, que nous avons mentionné, rien ne s'oppose *a priori* à ce que le travailleur fasse valoir sa créance par l'intermédiaire d'un tiers spécialisé.

108. L'analyse est comparable en matière d'incessibilité résultant de la nature de l'affaire. Il faut déterminer si le but est de garantir au créancier qu'il recevra sa prestation, ou s'il s'agit de garder les tiers à l'écart de l'affaire.

109. Enfin, l'incessibilité conventionnelle ne concerne par définition que la cession de créances. Elle ne s'applique pas au recouvrement. Ainsi, le contrat de recouvrement permet d'impliquer dans la relation entre créancier et débiteur un tiers qui fera valoir la créance, sans prendre la place du créditeur. Le contrat de recouvrement est donc dans cette optique un complément à la cession de créances.

110. Une créance pourrait résulter d'un contrat prévoyant une clause *ad hoc* interdisant le recouvrement – que l'on pourrait nommer « clause d'irrécouvrabilité ». Cela n'empêcherait toutefois pas la conclusion du contrat de recouvrement, en vertu du principe de la relativité des contrats[101]. Deux solutions existent pour garantir le respect de cette clause. La première est une clause pénale (art. 160 ss CO), la seconde est une clause prévoyant la résolution du contrat si le créancier faisait appel à un recouvreur[102].

---

101 *Supra* N 46.

102 Pour une analyse de cette clause, *infra* N 801 ss.

111. Relevons enfin qu'en cas de cession de créances aux fins de recouvrement, les notions de créance recouvrable et de créance cessible sont par définition identiques.

iv) Obligations naturelles

112. Certaines créances ne peuvent pas être portées devant la justice, ni faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée – ces actions seraient alors vouées à l'échec. Il s'agit des obligations naturelles[103]. Parmi elles, on trouve les créances prescrites, celles découlant du jeu ou du pari (art. 513 al. 1 CO)[104] ou – en fonction de la législation cantonale – les dépenses d'auberges au sens de l'art. 186 CO[105].

113. Le fait que ces créances soient dépourvues de moyen d'action ne signifie pas pour autant qu'elles soient nulles. En effet, le débiteur qui s'acquitte d'une obligation naturelle ne peut ensuite en réclamer la répétition par une action en enrichissement illégitime. L'obligation naturelle est une cause valable du paiement au sens des articles 62 al. 2 et 63 al. 2 CO[106].

114. Face à une créance existante, mais sans moyen d'action, le créancier peut valablement se tourner vers le recouvreur. Ce dernier n'est pas lié par une règle lui interdisant de se charger d'une créance prescrite. De plus, s'il parvient à convaincre le débiteur de s'exécuter, le paiement aura une cause, et le débiteur ne pourra pas en réclamer le remboursement.

115. Dans ce cas, le débiteur refusera probablement de s'exécuter – et son refus est valable d'un point de vue juridique. Il faudra donc apprécier plus sévèrement les pratiques du recouvreur qui tente d'obtenir le paiement d'une obligation naturelle. En effet, le législateur a choisi de neutraliser ces créances – soit de par leur nature même, soit à cause de l'écoulement du temps. Le contrat de recouvrement se trouve certes en dehors de la procédure judiciaire classique, mais s'inscrit toujours dans un cadre juridique dont on ne saurait totalement s'affranchir. Nous verrons, notamment sous l'angle de la contrainte en droit pénal, que l'action du recouvreur doit toujours être proportionnée aux

---

103 BERGER, N 83 ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, Remarques introductives aux art. 38-45, N 14 ; SCHWENZER, N 4.40 ; SPÜHLER, N 21 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 298.

104 BURGY, p. 12 ; ENGEL, Obligations, p. 45 ; CR CO I-JEANDIN/TEDJANI, Introduction aux articles 513-515a CO, N 5, CO 513 N 7 ; MUSTER, p. 209 s. ; SCHWENZER, N 4.42 ; TERCIER/FAVRE, N 7240 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 299 ; ATF 120 II 42, JdT 1995 I 3, consid. 3a.

105 ENGEL, Obligations, p. 47 ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, Remarques introductives aux art. 38-45, N 14 ; MUSTER, p. 207 s. ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO 186 N 3.

106 BERGER, N 83 ; CR CO I-CHAPPUIS B., CO 63 N 13 ss ; SCHWENZER, N 4.41 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 301 s.

Dans le cas de la créance prescrite en tant qu'obligation naturelle : BOUVERAT/WESSNER, N 8.

Une obligation naturelle ne permet pas non plus de réclamer la restitution de l'indu sur la base de l'art. 86 LP : SPÜHLER, N 738.

circonstances[107]. L'absence de droit d'action du créancier est à notre sens un critère à prendre en compte dans l'analyse de la proportionnalité.

b) Prestation

116. Le contenu d'une obligation peut être très varié. Il peut s'agir d'une prestation positive (faire ou donner) ou négative (tolérer ou s'abstenir). Les prestations positives peuvent consister en un acte de droit – par exemple transférer la propriété d'un objet – comme en un acte de fait – remettre un objet, rendre un service ou verser une somme d'argent[108].

117. Par définition, le recouvrement vise à obtenir l'accomplissement par le débiteur d'un acte auquel il se refuse. Le recouvreur ne peut donc pas obtenir l'exécution d'une obligation de s'abstenir ou de tolérer. Il serait par ailleurs difficile de déterminer si le recouvreur a correctement exécuté son obligation dans ces deux derniers cas – notamment sous l'angle de la causalité entre son comportement et le résultat attendu.

118. La poursuite pour dettes ne permet d'obtenir que des prestations en argent, qu'il s'agisse de l'exécution d'une créance ou des dommages-intérêts[109]. Une créance qui serait une prestation en nature ou un fait du débiteur peut certes être reconnue en justice, mais elle devra être transformée en prétention en dommages-intérêts – exécution par équivalent[110] – si l'on souhaite poursuivre le débiteur.

119. Le recouvreur, qui agit hors du cadre de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, n'est pas limité par le choix du législateur. Son action peut porter sur une créance de toute nature. Cela pourrait offrir un avantage décisif par rapport aux modes de réclamation légaux. Cependant, il n'existe à notre connaissance aucun recouvreur qui s'occupe de prestations non-pécuniaires. Nous nous concentrerons donc sur les dettes d'argent, pour rester au plus près de la réalité économique.

c) Détermination

120. Pour que l'on considère que les parties sont liées par un contrat, il faut que l'objet de celui-ci – en l'occurrence la créance – soit suffisamment déterminé ou déterminable[111]. L'objet du contrat est déterminé s'il ressort de la formulation du contrat, tel qu'il serait analysé par un tiers neutre[112].

---

107 *Infra* N 1184.

108 ENGEL, Obligations, p. 160 ; HOHL, T. I, N 110 ; CR CO I-MORIN, CO 2 N 2 s. ; MÜLLER, Contrats, N 51 ss ; PdV-MÜNCH/KASPER LEHNE, N 1.5 ; SCHWENZER, N 4.13 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 122.

109 AMMON/WALTHER, § 1 N 13 ; HOHL, T. I, N 34 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 1 N 20, 22, 27.

110 CR CO I-MORIN, CO 1 N 53 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1151.

111 SCHWENZER, N 6.01, 28.05 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 577.

112 SCHWENZER, N 6.04 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 577.

121. Le créancier et le recouvreur doivent déterminer avec suffisamment de précision la créance en cause. Ces éléments seront déduits de la relation de base entre le débiteur et le créancier. Il s'agira du nom des parties, du montant de la créance ou de la manière de la déterminer, et de la cause de celle-ci.

122. Reste encore à déterminer si un contrat de recouvrement global est envisageable, c'est-à-dire s'il serait possible pour les parties de conclure que toutes les créances du créancier seraient traitées par le recouvreur. À titre de comparaison, la cession globale est licite, mais ne doit pas inclure tous les droits futurs du cédant, elle est sinon contraire aux mœurs et nulle[113].

123. Le recouvrement global de créances ne nous paraît pas possible, même dans le cas où il ne porterait que sur une partie de l'activité du créancier. Nous voyons à cela deux raisons, l'une portant sur la fonction du contrat de recouvrement, l'autre sur la nécessité de la détermination de l'objet du contrat.

124. Premièrement, il faut se souvenir que la fonction du recouvrement est de s'occuper des créances en souffrance, et non de totalement déléguer la gestion des débiteurs – comme dans un contrat d'affacturage[114] – ou de fournir une garantie (cession fiduciaire)[115].

125. Un contrat qui porterait sur toutes les créances contentieuses inclut des risques quant à la détermination de ces créances – savoir s'il suffit d'un retard, ou si une mise en demeure est requise. Il se peut également que le recouvreur décide d'agir là où son action n'était pas nécessaire.

126. Deuxièmement, la cession de créances globale peut échapper à la déterminabilité des créances, vu qu'elle se compose d'un acte générateur d'obligations et d'un acte de disposition. Les créances ne sont déterminables que lors de l'acte de disposition, mais pas encore lors de la conclusion de l'acte générateur d'obligations. Cette manière de faire est toutefois admise par la doctrine et la jurisprudence[116].

127. Cette dualité ne se retrouve pas dans le contrat de recouvrement, qui ne se compose que d'un acte générateur d'obligations. Il faut donc qu'au moment de la conclusion du contrat, la créance soit au moins déterminable. Cela fait obstacle au recouvrement global de créances.

---

113 ENGEL, Obligations, p. 876 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3442 ss ; SCHWENZER, N 90.30 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1717 ; ATF 112 II 433, JdT 1987 I 162, consid. 3 ; TF, 4A_616/2012, consid. 5.1.

114 *Infra* N 384 ss.

115 DE GOTTRAU, p. 113 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3447 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 41 ; SCHWENZER, N 90.30 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1671.

116 ATF 113 II 163, consid. 2b.
Voir également : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3443 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 18.

128. Une possibilité serait de conclure un contrat-cadre, qui fixerait les conditions applicables aux relations futures entre le créancier et le recouvreur, et qui épargnerait la tâche de négocier le contrat à chaque fois[117].

129. En revanche, il est à notre avis parfaitement possible de conclure un seul contrat portant sur plusieurs créances. En cas de nullité d'une des créances, le contrat resterait en vigueur pour les autres, la contreprestation devant être adaptée en conséquence, en fonction de la volonté des parties.

d) Temps

130. Une créance n'est pas un objet juridique immuable. Sa validité, comme la capacité du créancier de la porter en justice, peut varier en fonction de l'écoulement du temps.

131. Après avoir examiné le cas typique d'une créance existante, exigible et exécutable (i), nous traiterons des diverses étapes de l'existence d'une créance. Ainsi, nous verrons le sort qu'il faut réserver au recouvrement d'une créance qui n'existe pas encore (ii), qui n'est pas encore exigible (iii), qui est prescrite (iv) ou qui est périmée (v).

i) En général

132. Nous parlerons en premier du cas le plus fréquent, celui d'une créance « standard », qui ne présente pas de vice particulier, et qui est à la fois exécutable et exigible. Cette créance offre tous les droits qui y sont attachés. Elle peut être à la base d'une action en justice pour condamner le débiteur à l'exécuter. On peut également la réclamer par les voies de l'exécution forcée[118].

133. En règle générale, une créance qui peut être exigée peut être recouvrée, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai, comme nous allons le constater.

134. Le débiteur n'a pas besoin d'être en demeure pour que le créancier puisse recourir aux services d'un recouvreur. Sauf si un terme a été fixé, la demeure nécessite entre autres conditions une interpellation (art. 102 al. 1 CO), à savoir une manifestation de volonté du créancier, soumise à réception et univoque, qui fait comprendre au débiteur qu'il réclame l'exécution de la prestation promise. Un exemple typique est l'envoi d'un rappel[119]. Si besoin est, le premier contact entre le recouvreur et le créancier constituera cette interpellation. On peut en effet difficilement imaginer une manière plus claire de signaler à son débiteur que l'on attend sa prestation que de charger un tiers de la réclamer.

---

117 MARCHAND, Clauses, p. 55, 274.

118 *Supra* N 86.

119 ENGEL, Obligations, p. 685 ; HUGUENIN, N 920 ss ; RAMONI, N 16 ; SCHWENZER, N 65.08 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1075, 1283 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 102 N 17 ; PdV-WALTENSPÜHL, N 5.23.

ii) Créance future

135. Par définition, une créance qui n'est pas encore née n'existe pas. Il n'est donc pas possible de la faire reconnaître en justice ou d'intenter avec succès une poursuite[120]. Cependant, par analogie avec la cession de créance[121], il nous semble possible de conclure un contrat de recouvrement portant sur une créance future déterminée ou déterminable. Celles-ci sont en effet cessibles[122].

136. *A contrario*, une créance future indéterminée n'existe simplement pas et ne peut être cédée. Le prétendu débiteur qui paie une créance inexistante est en droit de récupérer sa prestation, en se basant sur les articles 62 et 63 CO, le paiement n'ayant alors aucune cause (« *sine causa* »)[123]. S'il s'agit d'une prestation volontaire, l'art. 63 CO pose la condition supplémentaire de l'erreur de l'appauvri[124] – ici le pseudo-débiteur. Cette erreur n'a pas besoin d'être excusable pour pouvoir être invoquée[125].

137. Celui qui paie une créance future déterminée ou déterminable voit sa situation dépendre de la naissance future de la créance. Si celle-ci vient à naître – par la conclusion du contrat ou par l'avènement de la condition suspensive – le paiement ne peut être répété, car il a une cause valable. À l'inverse, si la créance ne naît pas, il pourra la réclamer sur la base des règles de l'enrichissement illégitime. Il s'agira alors d'un cas de « cause qui ne s'est pas réalisée » (« *condictio causa data causa non secuta* ») au sens de l'art. 62 al. 2 CO[126].

138. La cession d'une créance future ne prend effet que lorsque la créance naît, sans qu'un nouvel acte de disposition soit nécessaire à ce moment-là[127]. Par analogie, nous pouvons dire que le contrat de recouvrement ne prend effet qu'à la naissance de la créance – il est donc soumis à la condition suspensive de cette naissance.

139. Ainsi, il est possible de conclure un contrat de recouvrement portant sur une créance future, à la condition que celle-ci soit déterminée ou déterminable. Dans ce cas, le contrat nous paraît soumis à une condition suspensive, en cela qu'il n'entrera en vigueur que lorsque la créance naîtra. En revanche, si la créance future est indéterminée, elle n'a pas le degré de

120 *Infra* N 140 ss.

121 *Supra* N 106.

122 DE GOTTRAU, p. 115 ; CR CO I-PROBST CO 164 N 18 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1681.

123 TERCIER/PICHONNAZ, N 1835.

124 TERCIER/PICHONNAZ, N 1843 ss.

125 TERCIER/PICHONNAZ, N 1847 ; ATF 129 III 646, JdT 2004 I 105, consid. 3.2.

126 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 62 N 19 ; PETITPIERRE, Enrichissement, p. 321 s. ; BSK OR I-SCHULIN, CO 62 N 12 s. ; SCHWENZER, N 56.08 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1835 ; ATF 129 III 264, consid. 3.3.2.

127 SCHWENZER, N 90.27 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1721 ; ATF 133 II 163, consid. 2c.

spécification suffisant pour individualiser le contrat. Étant donné qu'un élément objectivement essentiel manque, le contrat ne saurait être conclu.

iii) Inexigible

140. Au contraire de la créance qui n'a pas encore pris naissance, la créance inexigible existe bel et bien, même si le débiteur n'a pas encore à s'exécuter. Par définition, elle est également déterminée.

141. Tant que la créance n'est pas exigible, le créancier ne dispose d'aucun moyen d'action pour contraindre le débiteur, ni par une procédure judiciaire[128], ni par une poursuite[129]. Mais cela n'empêche pas le débiteur de s'acquitter valablement de sa dette si celle-ci est exécutable, c'est-à-dire si le créancier ne peut pas refuser la prestation sans tomber en demeure au sens de l'art. 91 CO[130]. On présume que le débiteur peut s'exécuter en avance, mais le contrat ou les circonstances peuvent renverser cette présomption (art. 81 al. 1 CO)[131].

142. *A fortiori*, rien ne s'oppose à la cession d'une créance inexigible, vu que l'on admet la cession d'une créance future, par nature inexigible. Suivant le parallèle que nous avons fait entre cession et recouvrement, le recouvreur pourrait donc agir dans le but d'inciter le débiteur à s'exécuter avant l'exigibilité.

143. Cette démarche est utile au créancier, qui bénéficie en avance des fonds et qui peut les réutiliser pour sa propre activité. Le débiteur n'a en revanche aucun intérêt à s'exécuter en avance, sauf si le créancier lui offre un escompte – calculé comme la somme des intérêts qui seraient dus entre le jour du paiement et le jour de l'exigibilité, au taux de 5 %[132], ou qui peut être fixé directement par le contrat[133]. L'escompte n'est possible que s'il correspond à l'usage ou au contrat entre les parties (art. 81 al. 2 CO). Nous verrons lors de l'analyse des obligations des parties que le recouvreur ne peut de son propre chef offrir ce genre de rabais, à moins de bénéficier de pouvoirs spéciaux[134].

144. Le contrat de recouvrement est alors plus difficile à exécuter, mais rien n'exclut sa validité. L'action du recouvreur devra être plus légère et moins insistante dans ces cas-là, vu que le refus du débiteur est justifié.

145. Le créancier peut également demander à l'avance au débiteur de s'exécuter dès l'exigibilité[135]. Le recouvreur peut en faire autant si le créancier

128 ENGEL, p. 684 ; CR CO I-HOHL, CO 75 N 10 ; HOHL, T. I, N 111.

129 GILLIÉRON P.-R., Commentaire, Remarques introductives aux art. 38-45, N 6.

130 CR CO I-HOHL, CO 75 N 5 ; HUGUENIN, N 967 ss ; BSK OR I-LEU, CO 81 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1056.

131 CR CO I-HOHL, CO 81 N 2 ; BSK OR I-LEU, CO 81 N 1 ; SCHWENZER, N 7.18 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1064.

132 CR CO I-HOHL, CO 81 N 3 s. ; BSK OR I-LEU, CO 81 N 2, 4.

133 CR CO I-HOHL, CO 81 N 3 ; BSK OR I-LEU, CO 81 N 4.

134 *Infra* N 597.

135 CR CO I-HOHL, CO 75 N 4 ; RAMONI, N 16.

lui en donne l'instruction. Cette possibilité est utile si le créancier sait d'expérience ou présume que son débiteur risque de ne pas payer, car cela permet de montrer la détermination du créancier à faire valoir ses droits.

146. Le recouvrement est alors possible, mais il est limité à la demande de payer à l'exigibilité. Cela permet de mettre immédiatement la pression sur un débiteur qui risque de refuser de payer. En cas d'absence de paiement à l'échéance, le recouvreur poursuivra son action, comme pour une créance « classique ».

iv) Prescrite

147. La prescription ne met pas à néant la créance. Seul le moyen d'action, qui permettait de faire valoir la créance en justice, est paralysé – à condition que le débiteur soulève cette exception (art. 142 CO)[136]. Ce qui auparavant était une créance véritable devient une simple obligation naturelle[137].

148. Nous avons déjà traité des obligations naturelles lorsque nous évoquions l'origine des créances. Il ne se justifie pas de traiter différemment une créance prescrite d'une autre obligation naturelle. Ainsi, le recouvreur peut être engagé par le créancier afin de recouvrer une dette prescrite, mais son action sera examinée de manière plus sévère que pour les créances normales[138].

149. Les autres obligations naturelles ont cette qualité depuis leur naissance, alors que la prescription est un état qui s'acquiert par l'écoulement du temps. Il est donc envisageable que la créance se prescrive pendant que le recouvreur tente d'exécuter son obligation. Nous reviendrons sur ce cas particulier[139].

v) Périmée

150. La péremption, au contraire de la prescription, entraîne la perte du droit qu'elle atteint[140]. Il n'est pas possible de suspendre ou d'interrompre le délai de péremption, qui court quelles que soient les actions entreprises par le créancier[141]. Cette impossibilité d'interrompre est tempérée par le fait qu'une créance ne peut pas se périmer en cours d'instance[142].

---

136 BOUVERAT/WESSNER, N 1, 6 ; BSK OR I-DÄPPEN, CO 142 N 1 ; PdV-HUNGER, N 6.47 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 8 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1592 ; ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

137 BOUVERAT/WESSNER, N 5 ; ENGEL, Obligations, p. 49 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 1 ; ATF 133 II 366, JdT 2007 II 54, consid. 3.3.

138 *Supra* N 115.

139 *Infra* N 768 ss.

140 BOUVERAT/WESSNER, N 12 ; ENGEL, Obligations, p. 798 ; PdV-HUNGER, N 6.50 ; ATF 134 V 353, consid. 3.1.

141 BOUVERAT/WESSNER, N 12 ; ENGEL, Obligations, p. 798 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 8 ; ATF 134 V 353, consid. 3.1.

142 ENGEL, Obligations, p. 798 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 8 ; TF, 9C_821/2012, consid. 4.2.

151. Alors que la prescription touche pratiquement toutes les créances[143] – à l'exception notable des créances garanties par gage immobilier (art. 807 CC)[144] – la péremption concerne principalement les droits subjectifs d'une personne, par exemple le droit d'invalider un contrat pour vice du consentement (art. 31 CO)[145]. Les termes utilisés par le législateur ne sont pas nécessairement déterminants, c'est notamment le cas des actions en matière d'annulation d'une disposition pour cause de mort ou de réduction des libéralités (art. 521, 533 CC), dont les notes marginales et le texte parlent de « prescription » alors qu'il s'agit de cas de péremption[146].

152. Certaines créances ne sont plus actionnables du fait de la péremption du droit qui y donnait naissance, par exemple une prétention en enrichissement illégitime découlant d'une invalidation tardive. D'autres créances sont directement atteintes par la péremption, telles que les prétentions en dommages-intérêts contre le producteur dans le cadre d'une action en responsabilité du fait des produits[147], en application de l'art. 10 de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, du 18 juin 1993 (LRFP)[148].

153. La créance n'existe plus une fois qu'elle est périmée, il n'est donc pas possible de la faire valoir en justice. Si le créancier s'y risque, le juge relèvera d'office l'objection de péremption[149]. Le débiteur qui se serait acquitté par erreur d'une dette périmée est en droit de réclamer la répétition de ce qu'il a payé, en se fondant sur l'art. 63 CO.

154. La péremption a un effet bien plus incisif que la prescription, et cela a un impact fondamental sur le contrat de recouvrement. Si la péremption a déjà pris effet au moment de la conclusion, le contrat est impossible, et partant, nul en vertu de l'art. 20 CO. Si elle est postérieure, les obligations des parties s'éteignent, en application de l'art. 119 CO[150].

---

143 BERGER, N 1433 ; BOUVERAT/WESSNER, p. 19 ; ENGEL, Obligations, p. 801 ; PdV-HUNGER, N 6.38 ; SCHWENZER, N 83.03, 83.05 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1553.

144 ENGEL, Obligations, p. 800 ; SCHWENZER, N 83.03 ; STEINAUER, Droits réels, N 2715 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1554.

145 CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 7 ; PIOTET, p. 167 ; SCHWENZER, N 83.04 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1552.

146 DRUEY, § 12 N 52 ; ENGEL, Obligations, p. 798 s. ; PdV-HUNGER, N 6.51 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 8 ; SCHWENZER, N 83.05 ; ATF 98 II 176, consid. 10 ; TF, 5A_270/2012, 24 septembre 2012, consid. 1.2.3.

147 BOUVERAT/WESSNER, N 14 ; MARCHAND, Consommation, p. 130 s.

148 RS 221.112.944.

149 BOUVERAT/WESSNER, N 12 ; ENGEL, Obligations, p. 798 ; PdV-HUNGER, N 6.52 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 127 N 8 ; SCHWENZER, N 83.04 ; ATF 133 II 366, JdT 2007 II 54, consid. 3.4.

150 Sur la problématique de l'impossibilité, voir : *infra* N 711 ss.

e) Nullité

155. Une créance issue d'un contrat impossible dès sa conclusion est nulle (art. 20 CO), et n'existe pas au regard du système juridique[151]. La loi n'accorde aucune protection dans ce cas, c'est même tout l'inverse. En effet, tout intéressé peut faire constater la nullité de la créance en tout temps[152]. Le pseudo-créancier qui tenterait de faire valoir sa créance verrait donc son action rejetée.

156. Conformément aux principes que nous avons développés[153], il convient d'admettre que le recouvreur se trouve alors dans l'impossibilité – initiale elle aussi – de procéder au recouvrement de la créance. Le contrat de recouvrement sera alors nul[154].

157. De même, une créance illicite est nulle au sens de l'art. 20 CO. On se trouve dans la même situation qu'une créance impossible à exécuter et impossible à recouvrer. Il y a dans ce cas un double motif de nullité, pour impossibilité et pour illicéité. On imagine en effet mal que le système juridique cautionne le contrat visant à obtenir une prestation contraire à la loi.

158. Même si l'art. 66 CO empêchait la restitution de la contreprestation d'un comportement illicite[155], la créance reste indue, et ne bénéficie pas de la protection de l'ordre juridique[156], il ne se justifie pas de permettre le recouvrement d'une créance illicite.

159. Une créance résultant d'un contrat contraire aux mœurs, c'est-à-dire réprouvé par la morale dominante et par les principes de l'ordre juridique[157], devrait être traitée de la même manière qu'une créance illicite[158], elle ne serait donc pas recouvrable non plus.

160. Il existe des formes aménagées de nullité, notamment dans un but de protection du consommateur – par exemple à l'art. 15 de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (LCC)[159]. Dans cet exemple, le prêteur ne perd pas complètement sa créance, mais ne peut en réclamer qu'une partie – le capital, sans les intérêts ni les frais[160]. Le contrat de recouvrement qui se

---

151 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 94 ; PdV-WALTENSPÜHL/MÜNCH, N 3.13.

152 BERGER, N 1099 ; ENGEL, Obligations, p. 294 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 94.

153 *Supra* N 89 ss.

154 *Infra* N 711 ss.

155 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 66 N 3 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN CO 19/20 N 95 ; SCHWENZER, N 56.14.

156 ENGEL, Obligations, p. 594.

157 TERCIER/PICHONNAZ, N 739 ; PdV-WALTENSPÜHL/MÜNCH, N 3.15 ; ATF 123 III 101, JdT 1997 I 586, consid. 2 ; ATF 129 III 604, consid. 5.3.

158 SCHWENZER, N 56.11 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 741.

159 RS 221.214.1.

160 MARCHAND, Consommation, p. 223.

baserait sur une créance en remboursement d'un crédit à la consommation nul devrait être adapté pour tenir compte de cette réalité[161].

f) Caractère contesté de la créance

161. Dire que le recouvrement se base sur une créance en souffrance est un truisme. Une créance exécutée dès son exigibilité ne nécessite jamais l'intervention d'un recouvreur, ni même d'une autorité étatique quelconque.

162. Cependant, il existe plusieurs raisons pour lesquelles le débiteur refuse de s'exécuter. Il peut être intéressant de les analyser, car toutes ne font pas courir le même risque au créancier et au recouvreur.

163. La première hypothèse est celle du débiteur négligent, qui oublie qu'il devait s'acquitter de sa dette et se trouve de ce fait en retard. Il ne saurait être question ici d'un débiteur « de bonne foi » au sens juridique du terme, vu que le retard résulte d'une négligence de sa part, mais ce débiteur-ci ne souhaite pas se soustraire à l'exécution de son obligation. Dans ce cadre, un simple rappel suffira généralement.

164. La deuxième hypothèse est celle du débiteur « rénitent »[162], que l'on pourrait qualifier de « mauvais payeur » en des termes moins juridiques. Il sait qu'il doit s'acquitter de sa dette et qu'il est en demeure, mais refuse de le faire, sans avoir de véritable motif – par avarice ou par esprit de chicane. En règle générale, c'est un cas dont les autorités de poursuite se chargent, mais dans certains cas, le créancier peut préférer ne pas s'adresser à l'État[163]. Le débiteur peut jouer là-dessus pour se défaire de certaines dettes, et le recouvrement est particulièrement utile pour amener un changement de comportement.

165. La troisième hypothèse est celle du débiteur contestant l'existence ou le montant de la créance, ou qui oppose une exception ou une objection. Il y a ici une incertitude quant à l'existence même de la créance, incertitude qui se répercute sur le contrat de recouvrement. En effet, si la créance n'est pas fondée, le contrat de recouvrement est nul[164].

166. Au plan de la théorie, le caractère contesté de la créance n'est pas une question pertinente. Une prétention est fondée ou non, sans qu'une « zone grise » n'existe. C'est au juge – ou à l'arbitre – de trancher cette question, mais cela ne remet pas en cause le fait que la créance en cause existait depuis le début du litige, voire avant. Même une transaction entre les parties suite à une incertitude ne permet pas de conclure autrement. Plutôt que de parvenir à la

---

161 Voir à ce sujet les règles que nous avons développées sur le paiement partiel : *infra* N 566 ss.

162 Terme inspiré par GILLIÉRON P.-R., Commentaire, Remarques introductives aux art. 1-37, N 10.

163 Pour une analyse de ces raisons, *infra* N 200 ss.

164 *Supra* N 155.

solution juridiquement correcte, les parties préfèrent remplacer le rapport juridique incertain par un nouveau, évitant par là de trancher le litige.

167. Dans un ouvrage essentiellement théorique tel que celui-ci, il est aisé de poser des hypothèses quant à l'existence de la créance, mais il est difficile de déterminer cela dans la pratique. Le recouvreur risque de voir ses efforts réduits à néant si l'inexistence de la créance venait à être constatée.

168. Nous traiterons plus tard du cas du débiteur insolvable, car il ne s'agit pas véritablement d'un oubli ou d'un refus de payer, mais bien d'un manque de ressources pour y procéder[165].

169. Du point de vue du créancier, la distinction est difficile. En effet, il n'est pas en mesure de savoir si le défaut de paiement du débiteur est volontaire ou dû à une négligence. Le débiteur qui cherche à gagner du temps ou à user la volonté du créancier a donc tout intérêt à prétendre avoir oublié sa dette ou n'avoir pas reçu une facture.

170. De même, vu l'incertitude juridique en cas de contestation de la créance, il est difficile de déterminer *a priori* si le débiteur conteste de bonne foi devoir la somme réclamée, ou s'il s'agit d'une manœuvre dilatoire.

171. Le recouvreur a son utilité dans chacune de ces situations, un simple rappel suffit pour déclencher le paiement du débiteur négligent, engager un tiers pour le faire assure pratiquement que le débiteur se souviendra de sa dette. Mais c'est surtout face au débiteur « rénitent » que le recouvrement est utile. Le problème n'est pas tant la validité de la créance que l'utilité – en termes de coût et de temps – de la faire valoir. Cela permet au créancier de se libérer de la tâche fastidieuse de convaincre son débiteur. La spécialisation du recouvreur fait également qu'il sera plus à même d'obtenir un paiement, vu l'expérience qu'il a en la matière.

172. La crise économique que nous traversons actuellement tend les relations entre parties d'un contrat. Le climat de suspicion qui entoure les mauvaises pratiques de paiement s'accroît, nous en voulons pour preuve – en droit européen – la Directive 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales[166].

173. Chaque acteur économique cherche à obtenir le paiement de ses débiteurs le plus rapidement possible – et dans la mesure du possible sans recours à une longue procédure – pour pouvoir faire face à ses propres obligations. Qu'il s'agisse de préserver indûment sa trésorerie ou d'éviter la faillite pendant un creux d'activité, les raisons sont nombreuses pour vouloir

---

165 *Infra* N 219.

166 Pour l'analyse de cette Directive, *infra* N 1151 ss.

éviter de payer immédiatement ses dettes[167]. Dans cette situation, il est normal que l'activité de recouvrement de créances se développe.

174. Ainsi, le caractère contesté de la créance et l'attitude du débiteur n'ont pas de véritable signification juridique, mais ce sont des éléments utiles pour déterminer l'importance économique et pratique de ce contrat.

g) Acte de défaut de biens

175. Les recouvreurs offrent également de « recouvrer des actes de défaut de biens ». Il se justifie donc à notre sens d'y consacrer quelques développements.

176. Un acte de défaut de biens est donné au créancier quand celui-ci n'est pas intégralement désintéressé – y compris pour les intérêts et les frais de poursuite – à la suite d'une poursuite infructueuse (art. 149 al. 1 LP) ou d'une faillite (art. 265 LP)[168]. Il ne s'agit pas d'une nouvelle créance ou d'un nouveau rapport de droit[169]. Ainsi, le terme « recouvrement d'un acte de défaut de biens » est un abus de langage. Il serait plus judicieux de parler de recouvrement d'une créance pour laquelle le créancier a obtenu un acte de défaut de biens.

177. L'acte de défaut de biens n'empêche pas le créancier d'intenter une poursuite, mais celle-ci ne pourra pas être continuée tant qu'il n'aura pas été jugé que le débiteur est revenu à meilleure fortune[170]. Si le débiteur motive son opposition et que le créancier la conteste (art. 265a al. 4 LP), le fardeau de la preuve du retour à meilleure fortune incombe au créancier, en application de la règle générale de l'art. 8 CC[171]. Le but est ici de permettre au débiteur d'améliorer sa situation financière, et de ne pas le réduire au minimum vital ou à l'aide sociale pour une trop longue période[172].

178. La notion de retour à meilleure fortune n'est pas définie par le droit fédéral. Selon la doctrine et la jurisprudence, il faut que le débiteur ait retrouvé un certain niveau de vie, et qu'il ait eu la possibilité de se constituer de nouveaux actifs nets[173]. Le calcul du niveau de vie se fait en fonction d'un minimum vital élargi et majoré[174].

---

167 Voir : Directive 2011/7/UE, consid. 3, 4, 12.

168 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 1387, 2083 ; MARCHAND, Poursuites, p. 125 ; MUSTER, p. 1 ; SPÜHLER, N 633 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 5 N 200.

169 MARCHAND, Poursuites, p. 125.

170 CR LP-JEANDIN, LP 265a N 23 ; JEANDIN, FJS 990a, p. 1 ; MUSTER, p. 16.

171 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 2102 ; BSK SchKG II-HUBER, LP 265a N 41 ; JEANDIN, FJS 990a, p. 7 ; MUSTER, p. 15 ; TF, 5A_21/2010, BlSchK 2010 242, consid. 2.3 ; TF, SJ 2001 I 582, consid. 2a ; TC/JU, CC 15/2013, attendu N 6.

172 JEANDIN, FJS 990a, p. 2 ; ATF 136 III 51, JdT 2012 II 556, consid. 3.1.

173 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 2104 ; CR LP-JEANDIN, LP 265 N 21 ; JEANDIN, FJS 990a, p. 2 ; MUSTER, p. 2 ; ATF 135 III 424, consid. 2.1.

174 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 2105 ; CR LP-JEANDIN, LP 265 N 25 s. ; JEANDIN, FJS 990a, p. 2 ; MARCHAND, Poursuites, p. 95 ; ATF 131 III 424, consid. 2.1.

179. On considérera aussi que le débiteur est revenu à meilleure fortune, s'il dispose économiquement de biens appartenant juridiquement à un tiers (art. 265 al. 2 LP). Ces biens sont alors saisissables (art. 265a al. 3 LP), car on considère que le débiteur abuse de ce motif d'opposition[175].

180. Quelques effets sur la créance sont à relever. La créance qui fait l'objet d'un acte de défaut de biens se prescrit par vingt ans (art. 149a al. 1 LP), quelle que soit la prescription initiale, et le cours des intérêts est stoppé (art. 149 al. 4 LP)[176]. Le débiteur qui reçoit un commandement de payer doit motiver son opposition, en invoquant clairement l'exception de non-retour à meilleure fortune, et en apportant les moyens de preuve adéquats (art. 75 al. 2, 265a al. 1 LP). S'il ne le fait pas, son opposition sera traitée comme une opposition ordinaire, et il ne pourra plus se prévaloir de sa situation économique[177]. L'acte de défaut de biens n'affecte en revanche pas la cessibilité de la créance[178].

181. Nous pouvons déjà remarquer une certaine proximité entre une créance qui fait l'objet l'acte de défaut de biens et une créance prescrite. Dans les deux cas, la créance en tant que telle demeure, mais le droit d'action est paralysé. La différence fondamentale est que cette paralysie peut disparaître avec l'amélioration de la situation financière du débiteur, ce qui n'est pas le cas de la prescription.

182. Aussi, le recouvrement d'une créance en présence d'un acte de défaut de bien est à notre sens possible. En effet, le débiteur peut toujours s'acquitter de sa dette auprès de l'office des poursuites et faillites, qui restituera ce montant au créancier (art. 149a LP)[179]. Le recouvrement n'est donc pas juridiquement impossible[180]. Le recouvreur n'est pas lié par la condition du retour à meilleure fortune. Cependant, il faut le traiter avec les mêmes réserves que le recouvrement d'une créance prescrite, si le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune, vu qu'il peut valablement refuser de payer.

183. Au plan économique toutefois, le recouvreur prend un plus grand risque s'il accepte le contrat. Sa rémunération étant dépendante du résultat, et le débiteur n'étant pas dans une situation économique favorable, le risque que

---

Pour le calcul : MUSTER, p. 5 ss.

175 FF 1991 III 1, 20 ; GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 2103 ; CR LP-JEANDIN, LP 265 N 25 s., LP 265a N 28 s. ; JEANDIN, FJS 990a, p. 3.

176 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 1411, 1413, 2086 s. ; MARCHAND, Poursuites, p. 126 s. ; MUSTER, p. 4 ; SPÜHLER, N 636 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 5 N 206.

177 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 2098, 2102 ; BSK SchKG II-HUBER, LP 265a N 2 ; CR LP-JEANDIN, LP 265a N 1, 19 ; JEANDIN, FJS 990a, p. 1 ; MUSTER, p. 3, 10 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 4 N 49 ; TF, 5A_21/2010, BlSchK 2010 242, consid. 2.3 ; TF, SJ 2001 I 582, consid. 2a ; TC/JU, CC 15/2013, attendu N 6.

178 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 1395.

179 CR LP-DALLÈVES, LP 12 N 2 ; GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 1396 ; CR LP-REY-MERMET, LP 149a N 7.

180 Sur cette notion : *supra* N 89 ss.

le recouvreur ne parvienne pas à ses fins est plus élevé que dans une situation « classique ». Dans les contrats que nous avons pu étudier, cela se traduit généralement par une rémunération plus élevée – jusqu'à 50 % du montant recouvré.

184. Une seconde possibilité pour le recouvreur est d'analyser, voire de surveiller, la situation financière du débiteur, et d'agir – ou de prévenir le créancier – dès que celui-ci est revenu à meilleure fortune. Cet élément de service pourra changer la qualification et les obligations respectives des parties, en rapprochant le contrat d'un mandat simple[181].

C) Rémunération

185. Une caractéristique du contrat de recouvrement est que la rémunération est directement dépendante du résultat – les impenses pouvant faire l'objet d'un traitement différencié. Ainsi, seul sera payé le recouvreur qui parvient à ses fins : obtenir que le débiteur s'exécute.

186. Par rapport à la prestation du recouvreur et à la créance, qui nécessitaient de longs développements, l'étude de la rémunération promise sera bien plus aisée. En effet, il suffit qu'elle soit déterminable pour que cet élément essentiel soit donné[182]. Elle peut être fixée de plusieurs manières. Il peut s'agir d'un montant fixé directement par les parties, ou calculé en proportion de la créance.

187. Sans anticiper sur la qualification du contrat de recouvrement, il nous faut encore relever que s'agissant d'un contrat de service, la rémunération qui n'aurait pas été fixée par les parties n'est pas nécessairement un obstacle à la validité du contrat. En effet, il est possible de recourir aux usages en vigueur, ou de la faire fixer – raisonnablement – par le juge[183].

188. L'art. 10 de l'Ordonnance sur l'indication des prix (OIP)[184] liste de manière exhaustive les prestations de services pour lesquelles l'indication du prix est nécessaire[185]. La prestation la plus proche se trouve à l'art. 10 let. r OIP, et concerne les comptes et trafic de paiements, mais le recouvrement de créances n'y correspond à notre avis pas suffisamment pour justifier une obligation d'indication.

189. Dans le contrat de recouvrement gratuit, cet élément disparaît. La gratuité reste en revanche un des éléments essentiels du contrat, car cela influe

---

181 En application du principe de l'art. 18 CO : *infra* N 238 ss.

182 MÜLLER, N 12 ; TERCIER/FAVRE, N 210.

183 Relevons toutefois déjà qu'il n'existe pas d'usage en la matière : *infra* N 653.

184 RS 942.211.

185 MARCHAND, Consommation, p. 82 s.

sur sa nature juridique[186]. Il sera donc toujours important de savoir si le contrat prévoit le principe d'une rémunération pour la prestation, et comment celle-ci peut être calculée.

§ II. Éléments subjectivement essentiels

190. Nous avons déjà examiné les deux éléments objectivement essentiels du contrat de recouvrement. Les autres points ont un caractère secondaire. Nous n'en parlerons pas ici, car ils nécessitent de déterminer la nature du contrat avant de pouvoir être analysés en détail[187].

191. Un de ces points secondaires peut cependant être subjectivement essentiel pour l'une des parties, c'est-à-dire qu'il constitue pour elle une condition *sine qua non* de la conclusion du contrat. Elle doit alors le signaler à l'autre. Si elle le fait, et qu'il n'y a pas d'accord sur ce point, le contrat n'est pas conclu[188].

192. Nous nous consacrons ici à l'étude théorique du contrat de recouvrement, il nous est par définition impossible de savoir à l'avance quel point sera subjectivement essentiel pour une des parties dans un cas particulier. Cependant, il s'agit d'un point à ne pas oublier lors de l'analyse d'un véritable contrat.

Section III : Rapports avec la poursuite pour dettes

193. Le but même du contrat de recouvrement est d'arriver au paiement par le débiteur, qu'il faille le convaincre ou l'y contraindre. Ce but se confond avec celui de la procédure de poursuite, même si les méthodes sont différentes. Il nous faut donc analyser les rapports entre le contrat de recouvrement et la procédure de poursuite.

194. Nous devons distinguer le contrat de recouvrement de la représentation en matière d'exécution forcée qui trouve son fondement à l'art. 27 LP. Celle-ci ne peut s'exercer que dans le cadre d'une procédure de poursuite engagée contre le débiteur, et est limitée aux actions du droit de l'exécution forcée. À l'inverse, le contrat de recouvrement se trouve à l'extérieur du droit des poursuites. Cette séparation entre les domaines ne signifie pas qu'ils sont sans influence l'un sur l'autre. Pour justifier son existence au sein de

186 *Infra* N 401.

187 *Infra* N 238 ss.

188 BERGER, N 641 s. ; CR CO I-MORIN, CO 2 N 5 ; MÜLLER, Contrats, N 13 ; PdV-MÜNCH/KASPER LEHNE, N 2.10 ; TERCIER/FAVRE, N 212.

l'ordre juridique, le recouvrement privé peut être vu comme un préalable à la poursuite (§ I.), ou comme une véritable alternative (§ II.).

§ I. Préalable

195. Le recouvrement peut être une phase préalable à la poursuite. Dans cette hypothèse, le créancier ne souhaite pas procéder directement, mais préfère trouver une solution extrajudiciaire au conflit.

196. L'action du recouvreur peut prendre plusieurs formes. On peut se trouver dans un cas typique de négociation, où créancier et débiteur font chacun des concessions : délai de paiement, acomptes, reconnaissance de dette, *etc.* Le recouvreur est ici plus proche d'un médiateur.

197. À l'inverse, le recouvreur peut se montrer beaucoup plus dur, par exemple en menaçant le débiteur de poursuites, en faisait pression par des contacts répétés ou en l'inscrivant dans un registre de « mauvais payeurs », au risque de tomber dans l'illicéité[189].

198. Quelle que soit la méthode choisie, le recouvreur a l'avantage d'être un tiers au conflit, même s'il n'est pas véritablement neutre. Son action peut donc amener à un changement d'attitude du débiteur ou faire évoluer les positions des deux parties, pour qu'elles parviennent à un compromis. Le recouvreur peut ici faire valoir une expérience et un savoir-faire particulier en la matière.

199. Par la suite, si le débiteur persiste à refuser – à tort ou à raison – de payer, trois hypothèses sont envisageables, en partant du principe que les parties souhaitent introduire une poursuite :

- Le créancier qui a conservé la titularité de la créance peut lui-même poursuivre son débiteur, sans l'aide du recouvreur. On se trouve alors dans un cas standard de procédure de poursuite, qui n'appelle pas de commentaire dans notre étude.
- Le créancier peut être représenté dans la poursuite par le recouvreur. Cette activité est licite, mais elle est réglementée dans certains cantons, notamment Vaud et Genève[190]. Une modification législative fédérale, visant à faire disparaître cette réglementation, est en cours d'examen à l'heure où nous écrivons. Nous ne nous y attarderons pas dans cette thèse.

189 Pour les conséquences : *infra* N 1333 ss.

190 STOFFEL/CHABLOZ, § 3 N 15.

- Le recouvreur qui s'est fait céder la créance peut lancer lui-même une poursuite, afin d'obtenir le paiement. À nouveau, la procédure de poursuite suivra son cours.

§ II. Alternative

200. Le recouvrement peut également se voir comme une véritable alternative à la procédure de poursuite. Il s'agit d'une autre approche du problème des « mauvais payeurs », qui présente plusieurs avantages par rapport à la procédure étatique, mais qui souffre de quelques inconvénients.

201. Le droit des poursuites est un droit impératif, formaliste et neutre[191]. Le créancier désireux d'avoir à ses côtés un intermédiaire qui suit ses instructions, ou qui souhaite pouvoir mener son processus de recouvrement en s'affranchissant du carcan étatique a donc tout intérêt à s'adresser à un tiers.

202. Les différences entre droit des poursuites et droit contractuel resteront en toile de fond tout au long de cette thèse, mais il nous paraît utile de survoler déjà quelques points fondamentaux.

A) Avantages

203. Nous l'avons vu, le droit des poursuites est un droit formel. Toute procédure d'exécution forcée est soumise à une succession de délais impératifs. Si un seul de ces délais n'est pas respecté, la procédure s'effondre et doit être recommencée. Parallèlement, il n'est pas possible d'accélérer la procédure.

204. Le recouvrement, fondé sur la liberté contractuelle, est bien plus souple. Le créancier peut donc mener les opérations de recouvrement à son rythme, n'ayant pour seule limite que la volonté de son cocontractant. De plus, vu qu'il ne s'agit pas d'une procédure officielle, il n'y a aucun risque de devoir reprendre la procédure à zéro.

205. Le créancier qui s'adresse à un office de poursuite ou de faillite doit s'acquitter de frais, avant même que la procédure ne commence (art. 68 al. 1 LP)[192]. Il peut ensuite se retourner contre le débiteur et en obtenir le remboursement (art. 68 al. 1 LP)[193]. Cependant, si la procédure n'aboutit pas – soit parce que la créance n'était pas fondée, soit parce que le créancier a manqué un délai – il ne peut pas se les faire rembourser.

---

191 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 113, 193 s. ; SPÜHLER, N 3 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 3 N 52.

192 BSK SchKG I-EMMEL, LP 68 N 4 ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 68 N 14, 24 ; MARCHAND, Poursuites, p. 30 s. ; CR LP-RUEDIN, LP 68 N 13 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 2 N 15.

193 BSK SchKG I-EMMEL, LP 68 N 16 ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 68 N 14 ; MARCHAND, Poursuites, p. 31 ; CR LP-RUEDIN, LP 68 N 4, 34 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 2 N 15.

206. Le contrat de recouvrement, en règle générale, ne prévoit pas d'avance de frais. Plus encore, la commission du recouvreur n'est due qu'en cas de réussite. Le créancier prend donc moins de risques en s'adressant à un recouvreur plutôt qu'à l'autorité de poursuite. En revanche, le créancier ne peut généralement pas faire supporter au débiteur le salaire du recouvreur[194].

207. En plus d'une forte charge émotionnelle, le commandement de payer entraîne une inscription dans le registre des poursuites, qui a une fonction première d'information, mais qui peut aussi se montrer pratiquement infamante[195]. Les tiers peuvent en effet consulter le registre des poursuites s'ils font valoir un intérêt. Une poursuite frappée d'opposition reste inscrite jusqu'à sa péremption, même si le créancier ne procède à aucun autre acte (art. 8a LP)[196]. Ainsi, tous les partenaires contractuels, existants ou potentiels pourront voir ces poursuites, sans qu'aucun contrôle ne soit effectué quant à la validité de la dette. Il s'agit certes de la fonction du registre, mais les conséquences peuvent être dommageables pour la réputation du débiteur.

208. La procédure de poursuite n'est pas sans risque pour le débiteur. La faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens peut mettre à néant certains contrats – par exemple le mandat (art. 405 CO)[197], et empêche le débiteur d'exercer certaines professions, telles que celle d'avocat[198] (art. 8 al. 1 let. c et 9 de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA)[199]), ou, selon la législation cantonale, le notariat[200] – par exemple à Genève : art. 48 al. 1 let. c de la Loi sur le notariat (LNot/GE)[201]. Elle peut aussi conduire à la dissolution d'une personne morale – par exemple en application de l'art. 736 ch. 3 CO pour la société anonyme.

209. En dehors du cadre civil, une poursuite peut également avoir un impact sur la carrière militaire, vu qu'elle est prise en compte lors de la procédure d'avancement[202], en vertu de l'art. 103 de la Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée, LAAM)[203].

210. Il s'agit donc d'un signe fort de la part du créancier. Il indique qu'il est prêt à prendre le risque de mettre fin à l'activité de son débiteur. Cela peut

194 Voir les possibilités et les limitations en matière de clause pénale : *infra* N 1121 ss.

195 Référence ancienne, mais à notre sens toujours d'actualité, au sujet du caractère « infamant » de la poursuite ou de la faillite : FF 1887 I 616, 620.

196 CR LP-DALLÈVES, LP 8a N 1, 3 ; MUSTER, p. 170 ; BSK SchKG I-PETER, LP 8a N 5 ss.

197 *Infra* N 848 ss.

198 BOHNET/MARTENET, N 621 ; CHAPPUIS B., Avocat I, p. 20 ; CR LLCA-MEIER/REISER, LLCA 8 N 22, 24 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 1 N 4.

199 RS 935.61.

200 MOOSER, N 83 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 1 N 4.

201 RS/GE E 6 05.

202 STOFFEL/CHABLOZ, § 1 N 4.

203 RS 510.10.

également montrer que le conflit entre les parties a atteint un point de non-retour. Dans le cadre d'une relation suivie entre deux partenaires commerciaux, cela pourrait signifier la fin des rapports contractuels.

211. Le recouvrement permet d'arriver plus facilement à une solution négociée. Recourir aux services d'un recouvreur peut, en fonctions des circonstances, montrer une certaine ouverture à la discussion, par rapport à la solution abrupte du commandement de payer. Dans l'idéal, elle permet aux deux parties de trouver un arrangement pour éviter une procédure longue et coûteuse.

212. Paradoxalement, la poursuite pourrait ne pas avoir assez d'impact. L'opposition, par laquelle le débiteur peut stopper la poursuite, est en effet gratuite et informelle[204], et le débiteur n'a pas besoin de la motiver, sauf cas particuliers (art. 75 LP)[205].

213. La poursuite ne peut être continuée en cas d'opposition, à moins que le créancier n'obtienne la mainlevée de celle-ci[206]. Afin d'y parvenir, le créancier peut agir au fond (art. 79 LP), obtenir la mainlevée définitive (art. 80 LP – par exemple grâce à un jugement exécutoire)[207] ou provisoire (art. 82 LP), grâce à une reconnaissance de dette[208]. Cette expression doit cependant être comprise dans un sens plus large qu'à l'art. 17 CO, un contrat de prêt signé peut par exemple suffire[209]. Si le créancier ne bénéficie pas déjà d'un document avant de s'adresser à un recouvreur, il paraît difficile de l'obtenir par la suite, si le débiteur persiste à refuser de payer.

214. L'introduction d'une action engendre un coût supporté par le créancier – par exemple CHF 100.— pour une audience de conciliation à Genève, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30 000.—[210] – qui peut être disproportionné par rapport au montant de la créance. À cela s'ajoutent le cas échéant les frais d'avocat, qui ne sont pas nécessairement couverts par les dépens. Enfin, le créancier supporte toujours le risque de perdre le procès[211].

---

204 FF 1991 III 1, 5 ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, Remarques introductives aux art. 69-87, N 3. GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 671 ; CR LP-RUEDIN, LP 74 N 2, 8, 22, LP 75 N 4 ; SPÜHLER, N 286, 297 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 4 N 53.

205 BSK SchKG I-BESSENICH, LP 75 N 3, 8 ; CR LP-RUEDIN, LP 75 N 4, 8 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 4 N 48.
Voir également, pour l'opposition de non-retour à meilleure fortune : *supra* N 179.

206 MARCHAND, Poursuite, p. 58.

207 MARCHAND, Poursuite, p. 61 ss.

208 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 702 ; CR LP-SCHMIDT, LP 79 N 2, LP 82 N 16 ; SPÜHLER, N 298, 329 ; BSK SchKG I-STAEHLIN D., LP 79 N 1 ; LP 82 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1165 ; CR CO I-TEVINI, CO 17 N 5.

209 GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 783 ; ATF 134 III 71, JdT 2007 II 51, consid. 3.
Voir également : *infra* N 591.

210 Art. 15 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile (RTFMC ; RS/GE E 1 05.10).

211 COENDET/HURNI, p. 211.

215. Ainsi, le coût de la procédure est un obstacle à l'action judiciaire et à la poursuite. Si la créance est d'un petit montant – quelques dizaines de francs – aucun créancier raisonnable ne prendra le risque d'obtenir la mainlevée de l'opposition. Le débiteur ne sera donc pas contraint à l'exécution. L'accès à la justice est garanti en théorie, mais bute sur des obstacles pratiques.

216. Si la créance est valable, mais qu'elle n'est pas suffisamment importante pour justifier une action en justice, le recouvreur peut entrer en action. Là où le créancier renonce de fait à l'exécution, le recouvreur peut y parvenir. Deux raisons expliquent cette différence : d'une part le recouvreur est un professionnel, qui fait métier de la persuasion et qui est plus à même de convaincre un débiteur de s'exécuter. D'autre part, les montants accumulés entre ses différents clients font que son activité est rentable, au contraire d'un créancier s'adressant à un unique débiteur.

217. Comme nous l'expliquions, le recouvrement pourrait aussi avoir son utilité pour les obligations naturelles, car si la justice ne permet pas d'en obtenir le paiement, le recouvreur n'est pas lié par ces considérations. Cependant, il serait illusoire de croire que le débiteur s'exécutera s'il en est conscient, dès lors qu'il ne peut y être contraint[212]. Il en va de même pour le « recouvrement d'actes de défaut de biens »[213]. L'activité du recouvreur n'est pas non plus limitée par l'exigibilité de la créance[214].

218. Les dettes découlant d'une activité illicite ou contraire aux mœurs sont nulles et ne peuvent faire l'objet d'une action ou d'une poursuite. Dans ce cas, l'objet du contrat est à la fois illicite de par sa nature et impossible – la dette n'existe juridiquement pas. Le recouvrement est également impossible[215] et n'offre donc aucun avantage particulier.

219. Si le débiteur est insolvable, c'est-à-dire qu'il n'est pas en mesure d'honorer toutes ses dettes exigibles, sans qu'il y ait nécessairement faillite, saisie ou cessation de paiements[216], le recouvrement privé peut être utile. En effet, vu que le débiteur a encore la faculté de payer certaines dettes de son choix, le recouvrement privé permet de favoriser le créancier qui y recourt. La fonction de négociateur du recouvreur permet aussi au débiteur de trouver un arrangement de paiement, et peut-être éviter le recours aux poursuites.

---

212 *Supra*, N 112 ss.

213 *Supra* N 175 ss.

214 *Supra* N 142, 145.

215 *Supra* N 157.

216 BUTTICAZ, N 6 ; CORBOZ, Infractions, CP 165 N 31 et CP 167 N 2 ; ENGEL, Obligations, p. 659 ; GILLIÉRON P.-R., Surendettement, p. 130 ; CR CO I-HOHL, CO 83 N 5 ; MARCHAND, Poursuites, p. 36.

220. Le législateur a prévu un mécanisme de défense pour le créancier dont le débiteur est devenu insolvable après la conclusion du contrat[217], il s'agit de l'art. 83 CO. Selon cette disposition :

> « [1] Si, dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse, la partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été garantie.
>
> [2] Elle peut se départir du contrat si cette garantie ne lui est pas fournie, à sa requête, dans un délai convenable. ».

221. Cet article est de droit dispositif, les parties peuvent atténuer ou renforcer ses effets par une clause *ad hoc*, par exemple en facilitant la résiliation[218].

222. Dans l'hypothèse où le débiteur était déjà insolvable avant la conclusion du contrat et qu'il a caché ce fait au créancier, celui-ci peut se départir du contrat pour dol au sens de l'art. 28 CO, sans recourir à l'art. 83 CO[219]. Ce dernier article ne s'applique pas non plus si le contrat n'est pas synallagmatique[220].

223. L'art. 83 CO a vocation à être utilisé en amont du problème, à savoir avant l'exécution par le créancier. Si le créancier prouve l'insolvabilité du débiteur[221], il peut refuser sa prestation, voire se départir du contrat – à moins qu'il n'ait obtenu une garantie[222]. Cela lui permet donc d'éviter de prester en vain et de subir une perte[223]. Le recouvrement est dans cette optique un complément à cette disposition. Si le créancier a déjà exécuté sa prestation, il peut encore tenter de sauver sa contreprestation grâce à l'action du recouvreur, sans risquer d'être en concurrence avec les autres créanciers.

224. Il existe toutefois une limite à l'action du recouvreur dans ce domaine. L'art. 167 CP interdit au débiteur insolvable de favoriser indûment un créancier au détriment des autres, notamment si ses actes de disposition ont un caractère

---

217 BUTTICAZ, N 52 ; CR CO I-HOHL, CO 83 N 7 ; MARCHAND, Poursuites, p. 36 s. ; SCHWENZER, N 62.09.

218 MARCHAND, Clauses, p. 175.

219 MARCHAND, Clauses, p. 175.

220 BUTTICAZ, N 53 ; CR CO I-HOHL, CO 83 N 6 ; SCHWENZER, N 62.09.

221 BUTTICAZ, N 11 ; ENGEL, Obligations, p. 659 ; CR CO I-HOHL, CO 83 N 10.

222 BUTTICAZ, N 4 ; CR CO I-HOHL, CO 83 N 11 ; SCHWENZER, N 62.12 ; ATF 105 II 28, JdT 1979 I 314, consid. 2b.

223 BUTTICAZ, N 2 s. ; CR CO I-HOHL, CO 83 N 1.

inusuel ou si une créance inexigible est payée[224] – ce dont un recouvreur peut précisément se charger[225].

225. Mentionnons enfin que l'insolvabilité du débiteur met par définition sa capacité de remboursement en péril. Le salaire du recouvreur étant dépendant du paiement, il est important que ce dernier soit informé de la situation du débiteur, afin de pouvoir évaluer le risque qu'il prend[226].

226. Ces deux derniers points, absence d'intérêt à une procédure et insolvabilité sont les plus pertinents pour qualifier le contrat de recouvrement d'alternative à la poursuite pour dettes. Le recouvrement offre une vaste palette de moyens au créancier qui souhaite récupérer son dû. Si le créancier parvient à ses fins, il s'est épargné les lourdeurs de la procédure, en n'abandonnant qu'une partie de la créance recouvrée. Sinon, sa situation ne s'est pas péjorée.

B) Inconvénients

227. Le principal inconvénient du recouvrement privé est évidemment l'absence de recours à la force publique. Cependant, on ne peut que s'en réjouir. Il serait en effet choquant qu'un privé puisse procéder lui-même à une saisie, sans le concours d'une autorité étatique de surveillance ou d'exécution.

228. Comme nous l'avons mentionné précédemment[227], le recours à un recouvreur ne crée aucun droit supplémentaire, ni pour lui, ni pour le créancier. Ainsi, quel que soit le contenu du contrat de recouvrement, il ne sera pas possible de procéder à une saisie sur les biens du débiteur, ou d'obtenir un titre officiel qui constate l'existence de la créance.

229. Faute de moyen de contrainte efficace, le débiteur peut toujours refuser de payer, sans encourir la moindre sanction. Le recouvreur doit se montrer persuasif. La limite n'est pas toujours claire entre négociation, persuasion et menaces. Il est nécessaire d'être attentif au risque de dérives dans l'activité du recouvreur[228].

---

224 BSK StGB II-BRUNNER, CP 167 N 15, 18 ; CORBOZ, Infractions, CP 167 N 4 s. ; GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 1417 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 24 N 17 ss ; ATF 117 IV 23, JdT 1993 IV 42, consid. 4c. Pour une analyse détaillée, *infra* N 1252 ss.

225 *Supra* N 142.

226 *Infra* N 678, 684 ss.

227 *Supra* N 46.

228 *Infra* N 1167 ss, 1298 ss.

C) Neutralité procédurale

230. L'action d'un recouvreur est dans tous les cas neutre d'un point de vue procédural. Le débiteur qui refuse de payer n'encourt pas de sanction et le créancier n'est pas privé de ses autres moyens de droit. Mais, pour les raisons que l'on vient de voir, tenter une action judiciaire n'est pas nécessairement le meilleur choix, le créancier aura donc parfois intérêt à renoncer à sa créance.

231. La majeure partie des créances sont soumises à un régime de prescription, le risque est de laisser s'écouler le délai sans réagir. En effet, on ne saurait dire que le créancier qui s'adresse à un recouvreur interrompt la prescription au sens de l'art. 135 ch. 2 CO. Les actes visés par cette disposition – un commandement de payer, par exemple – ont en effet une nature officielle[229], dont le recouvrement ne saurait se prévaloir[230].

232. L'action du recouvreur peut en revanche amener le débiteur à payer un acompte (paiement partiel) ou à reconnaître sa dette, ce qui constituera alors un acte interruptif de prescription au sens de l'art. 135 ch. 1 CO, même si le débiteur ne souhaitait pas l'interrompre[231]. Un nouveau délai, de même durée que celui interrompu, commencera alors à courir (art. 137 CO)[232].

---

229 BOUVERAT/WESSNER, N 79 ; BSK OR I-DÄPPEN, CO 135 N 5 ; HUGUENIN, N 2268 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 135 N 11 ; SCHWENZER, N 84.29 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1578 ; ATF 133 III 675, consid. 2.3.1 s.

230 Au sujet du courrier d'un avocat qui ne peut interrompre la prescription : BOUVERAT/WESSNER, N 79.

231 BOUVERAT/WESSNER, N 77 ; CHAIX, Droit des contrats, p. 9 ; BSK OR I-DÄPPEN, CO 135 N 2 ; HUGUENIN, N 2267 ; MUSTER, p. 119 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 135 N 7, 9 ss ; SCHWENZER, N 84.27 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1577 ; ATF 134 III 591, JdT 2008 I 483, consid. 5.2.1.

232 BOUVERAT/WESSNER, N 74 ss ; HUGUENIN, N 2266 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 137 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1579 s.

Synthèse

233. Le recouvrement de créances au sens où nous l'entendons dans cette thèse est donc le contrat par lequel une partie s'engage à récupérer le produit d'une créance et le rétrocéder contre rémunération. Elle peut être cédée au recouvreur, mais cela n'est pas nécessaire pour le bon fonctionnement du contrat.

234. Nous pouvons regrouper les créances en trois catégories principales :

- Les créances « normales » ne posent aucun problème en matière de recouvrement ;
- Les créances existantes, mais qui ne sont pas actionnables – inexigibles ou prescrites – ainsi que les créances futures déterminables ou déterminées, peuvent être l'objet d'un contrat de recouvrement. L'action du recouvreur semble cependant vouée à l'échec, temporairement ou définitivement ;
- Les créances inexistantes – futures mais indéterminables, périmées, nulles ou illicites – ne peuvent pas faire l'objet d'un recouvrement, car elles n'existent précisément pas aux yeux de la loi.

235. Le caractère contesté de la créance n'a pas de pertinence quant à l'objet du recouvrement, car – juridiquement – la créance existe ou n'existe pas. En revanche, cela fait courir un risque supplémentaire au recouvreur, qui doit déterminer s'il accepte de voir ses efforts réduits à néant dans l'hypothèse où la créance s'avérait mal fondée. Ce caractère contesté est parallèlement le fondement économique du recouvrement privé.

236. La fonction est semblable à celle de la poursuite pour dettes, mais s'en distingue fondamentalement sur le caractère « privé » du recouvrement. Dès lors que le recouvreur est une personne privée, il n'est pas lié par les limitations de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, mais ne peut se prévaloir d'aucun privilège légal à l'appui de son action.

« Coup sur coup, deux autres courtiers le volèrent ; un troisième, honnête homme, ne faisait rien. C'était la mort lente, sans secousse, un ralentissement continu des affaires, des clientes perdues une à une. Le jour vint où les échéances furent lourdes. Jusque-là, on avait vécu sur les économies d'autrefois ; maintenant, la dette commençait. »

Émile ZOLA, Au bonheur des dames, Chapitre VII.

Chapitre 2 : Nature juridique

237. Nous relevions précédemment que deux formes de recouvrement coexistaient dans la pratique[233] : le mandat de recouvrement et la cession de créances aux fins de recouvrement. L'étude de la nature juridique du contrat nécessite de distinguer les deux, nous y consacrerons donc deux sections séparées.

Section I : Mandat de recouvrement

238. La qualification d'un contrat ou d'une clause n'est pas laissée à la libre appréciation des parties, en vertu de l'art. 18 al. 1 CO[234]. Elle dépendra des éléments du contrat et des obligations convenues par les parties. Nous tâcherons donc de caractériser ces obligations à l'aide des éléments essentiels que nous avons préalablement dégagés[235]. Cela nous permettra de rattacher le contrat de recouvrement à un ou plusieurs contrats, nommés ou innommés.

239. Les contrats ne sont limités par aucun *numerus clausus*, en application du principe de la liberté contractuelle[236]. Il est possible de créer des contrats qui ne se basent que partiellement – voire pas du tout – sur les contrats de la partie spéciale du Code des obligations ou sur des lois spéciales. On appelle ces

---

233 *Supra* N 24.

234 CR CO I-DREYER CO 418a N 11 ; HUGUENIN, N 3666 ss ; MARCHAND, Clauses, p. 5 ; TERCIER/FAVRE, N 270 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Introduction aux art. 184-529 CO, N 9 ; ATF 125 III 305, consid. 2b ; ATF 129 III 664, consid. 3.1 ; ATF 131 III 217, consid. 3 ; ATF 135 III 433, JdT 2009 I 479, consid. 3.1. Même conclusion, mais sans référence à l'art. 18 CO : ATF 134 III 497, consid. 4.4.2.

235 *Supra* N 58 ss.

236 MÜLLER, Contrats, N 2848 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Introduction aux art. 184-529 CO, N 5.

contrats « innommés », par opposition aux contrats réglés par le législateur, les contrats « nommés »[237].

240. La doctrine distingue les contrats innommés mixtes (*mixti generis*) – qui réunissent les éléments de plusieurs contrats nommés – des contrats innommés *sui generis*, dont au moins un élément n'appartient à aucun contrat réglé par la loi[238].

241. Que le contrat soit nommé ou innommé, la première base d'analyse du contrat est la réelle et commune intention des parties, puis l'application du principe de la confiance, pour imputer à l'une des parties ses déclarations[239]. Il se peut cependant qu'un désaccord – et donc une lacune – subsiste, que le juge doit combler pour répondre à une question juridique, à condition toutefois qu'il ne s'agisse pas d'un élément essentiel du contrat[240].

242. Il existe plusieurs méthodes pour combler les lacunes d'un contrat innommé[241]. L'absorption consiste à appliquer les règles d'un contrat à l'ensemble des questions juridiques posées par un contrat innommé. La combinaison recherche pour chaque question une règle adaptée, tirée d'un contrat proche. Il est également possible de se référer à la volonté hypothétique des parties. Deux autres méthodes se détachent plus du texte légal. L'analogie permet d'appliquer les règles dispositives d'un contrat nommé, mais seulement après en avoir vérifié l'adéquation. Enfin, le juge pourrait recourir au pouvoir de créer une norme dispositive selon l'art. 1 al. 2 CC[242].

243. Les normes impératives prévues par la partie spéciale du Code des obligations peuvent trouver application même dans le cadre d'un contrat innommé, si la situation s'y prête et que la norme a été édictée pour protéger la partie faible du contrat[243]. Les normes de la partie générale sont en revanche toujours applicables en l'absence d'une disposition spéciale, précisément en raison de leur caractère général[244].

---

237 HUGUENIN, N 3660, 3663 ; MÜLLER, Contrats, N 2848 ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 22 ; PdV-VOGLER, N 12.1.

238 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor art. 184 ff, N 8 ss ; HUGUENIN, N 3684, 3690 ; MÜLLER, Contrats, N 2866, 2875 ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 32 s. ; TERCIER/FAVRE, N 323, 327 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Introduction aux art. 184-529 CO, N 5, 12.

Sur la notion de contrat mixte : ATF 131 III 528, consid. 7.1.1.

239 HUGUENIN, N 190 ss, 3692 ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 35.

240 HUGUENIN, N 3693 s. ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 36.

241 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor art. 184 ff, N 17 ss ; HUGUENIN, N 3697 ss ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 36 ss ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Introduction aux art. 184-529 CO, N 19 ; ATF 107 II 144, consid. 3.

242 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor art. 184 ff, N 39 ss.

243 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor art. 184 ff, N 32 ; HUGUENIN, N 3710 ; MÜLLER, Contrats, N 2833 ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 28 s. ; TERCIER/FAVRE, N 333.

244 HUGUENIN, N 3709 ; TERCIER/FAVRE, N 332.

244. Le Tribunal fédéral favorise en règle générale la méthode de la combinaison, mais sans dogmatisme. Son but est de trouver la règle la plus adéquate pour régler la situation juridique. Les auteurs de langue française qualifient cette approche de « pragmatique »[245]. Certains auteurs de langue allemande utilisent le terme « *Methodenpluralismus* » pour qualifier cette démarche[246]. On ne peut que se réjouir de cette position du Tribunal fédéral. En effet, le contrat étant l'expression de la volonté des parties, il s'accommoderait mal de principes d'analyse trop stricts.

245. Ces éléments fondamentaux de l'analyse contractuelle rappelés, nous allons tenter de déterminer si le contrat de recouvrement correspond à un contrat nommé particulier, ou s'il résulte d'une combinaison de plusieurs éléments. Nous adopterons sensiblement la même méthode que celle généralement utilisée par le Tribunal fédéral, tant dans ce chapitre que dans les suivants. En effet, nous serons fréquemment amenés à choisir entre plusieurs régimes juridiques pour délimiter les devoirs et obligations des parties.

246. Une première délimitation, terminologique, doit être faite d'avec l'autorisation de débit direct (« *Lastschriftverfahren* »[247], fréquemment abrégé « LSV » – y compris en français), que LOMBARDINI appelle « service de recouvrement direct »[248].

247. Au contraire du sujet de notre étude, ce recouvrement est une forme d'assignation, où le créancier peut directement s'adresser à la banque du débiteur pour obtenir un paiement[249], il ne s'agit donc pas de faire pression sur le débiteur pour qu'il effectue le paiement. Cela est rendu possible par l'accord passé entre le débiteur et le créancier. La banque du débiteur qui exécute le paiement n'est pas en relation contractuelle avec le créancier[250]. Le recouvrement que nous étudions résulte d'un contrat passé entre créancier et recouvreur, sans accord du débiteur.

248. Ainsi, ces deux « recouvrements » concernent bien l'exécution par le débiteur et améliorent la position du créancier, mais les différences de parties, de fonction et de structure sont flagrantes.

249. Cette première distinction posée, nous allons procéder à l'identification de la nature du contrat de recouvrement. Nous examinerons d'abord les

---

245 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor art. 184 ff, N 31 ; PICHONNAZ, Contrats innommés, p. 40 ; CR CO I-THÉVENOZ/DE WERRA, Introduction aux art. 184-529 CO, N 19.

246 Par exemple : HUGUENIN, N 3696.

On retrouve également ce terme dans la jurisprudence : ATF 127 III 415, consid. 2, ATF 123 III 24, consid. 2a (arrêts en langue allemande).

247 EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2544 ss. Voir également le mémoire de maîtrise de MUHEIM, qui y est consacré.

248 LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 511.

249 EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2544 ; LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 511 s. ; MUHEIM, p. 7.

250 EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2545 ; LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 511, 515.

contrats de service, qui nous paraissent les plus appropriés pour la qualification (§ I.), avant d'analyser d'autres contrats qui présentent une structure ou un but proche (§ II.).

§ I. Qualification

250. Nous avons vu que l'objet du contrat était le recouvrement d'une créance déterminée, ou au moins déterminable[251]. Il nous semble naturel de commencer notre recherche de qualification par les contrats qui portent sur un service précis qu'il soit ponctuel ou s'inscrive dans la durée[252].

251. Les contrats de service sont ceux par lesquels une partie indépendante s'engage à exercer une activité au profit de l'autre[253]. La distinction traditionnelle, inspirée par la loi, place à part le contrat de travail, qui se caractérise par la dépendance de la partie qui rend le service[254].

252. Le contrat de recouvrement est un contrat de service, nous allons étudier les différents contrats de service prévus par le Code des obligations pour tenter un rattachement. Nous traiterons tout d'abord de contrats visant une affaire déterminée (A), essentiellement le mandat et ses dérivés, avant d'analyser des contrats s'inscrivant dans la durée (B), soit les contrats d'agence et de travail. Nous nous écartons donc consciemment de la systématique du Code des obligations, qui traite tout d'abord du contrat de travail dans le titre dixième, puis des contrats de mandat, courtage et agence, réunis dans le titre treizième.

A) Mandats et contrats assimilés

1) Mandat

253. Le contrat de mandat proprement dit est réglé aux articles 394 à 406 CO. Selon l'art. 394 al. 1 CO, « [l]e mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. ».

254. Nous analyserons tout d'abord les principes généraux du contrat de mandat (a), puis nous examinerons le mandat d'encaissement, qui présente une

---

251 *Supra* N 120 ss.

252 *Infra* N 400.

253 HOFSTETTER, p. 1 ; MÜLLER, Contrats, N 55 ; TERCIER/FAVRE, N 432.

254 MÜLLER, Contrats, N 54 ; TERCIER/FAVRE, N 431.
Autre approche : HONSELL, BT, p. 15, qui distingue notamment les contrats au service d'un tiers (travail et mandat) des contrats divers (courtage, agence et autres).

proximité au moins terminologique avec le contrat de recouvrement (b). Nous terminerons avec le contrat de médiation et de médiateur (c).

a) Mandat en général

255. Le mandat est le contrat à la base de toutes les relations impliquant un service. Sa très grande souplesse fait qu'on le retrouve à tous les niveaux de la société, de la relation la plus simple aux contrats les plus compliqués[255]. Il est notamment à la base de l'activité des professions libérales[256].

256. En vertu de l'art. 394 al. 2 CO, « [l]es règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. ». Le contrat de mandat est donc un contrat subsidiaire aux autres formes[257]. Parallèlement, tout contrat de service est *a priori* un mandat, sans que cela n'empêche l'existence de contrats innommés[258], car le système suisse, libéral, privilégie la volonté des parties[259]. Ces contrats innommés peuvent comprendre des éléments de mandat[260].

257. Le contrat de recouvrement consiste en un service rendu au créancier – le fait d'inciter son débiteur à s'exécuter – il sera donc en principe un mandat, ou aura en tout cas une composante de mandat.

258. L'un des fondements principaux du mandat est la confiance mutuelle que se font les parties[261]. Cette confiance est à la base des devoirs principaux du mandataire, soit les devoirs de loyauté et de fidélité. Cela inclut des obligations d'information – dont l'obligation de rendre compte, art. 400 al. 1 CO – et de conseil, ainsi que le devoir d'éviter les conflits d'intérêts[262]. Le mandataire doit également garder le secret sur ce qu'il a appris durant le mandat. Cette obligation subsiste même après la fin du contrat[263]. On la retrouve concrétisée dans certaines lois spéciales, par exemple la Loi sur les avocats[264].

---

255 HOFSTETTER, p. 5 ; ENGEL, Contrats, p. 481 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 22 ; HONSELL, BT, p. 316 ; WERRO, Mandat, N 96.

256 HOFSTETTER, p. 5 ; HONSELL, BT, p. 315, 317 ; PORTMANN/STÖCKLI, N 16.
Voir aussi : FF 1909 III 747, 775.

257 HONSELL, BT, p. 316 ; PHILIPPIN, p. 96 ; WYLER, p. 59.

258 *Supra* N 239.

259 ENGEL, Contrats, p. 478, 480 ; MÜLLER, Contrats, N 1908 ; TERCIER/FAVRE, N 4954, 4992 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 31 ; WERRO/DOUZALS/CARRON, p. 216.

260 ATF 106 II 157, consid. 2a.

261 ENGEL, Contrats, p. 478.

262 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2292 ; MÜLLER, Contrats, N 1986 ss ; TERCIER/FAVRE, N 5146 ss.

263 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2293 ; ENGEL, Contrats, p. 485 ; MÜLLER, Contrats, N 1994 ss ; ATF 135 III 597, consid. 3.3.

264 BOHNET/MARTENET, N 1792 ; CHAPPUIS B., Avocat, p. 115 ss ; CR LLCA-MAURER/GROSS, LLCA 13 N 30.

259. Pour certaines professions basées sur le contrat de mandat – avocats, notaires, médecins, *etc.* – cette obligation de discrétion est doublée d'une interdiction pénale de révéler les secrets (art. 321 CP)[265].

260. Les contrats par lesquels une partie confie à l'autre la gestion de ses intérêts financiers – tels que la gestion de fortune – entrent également dans le champ du mandat, avec parfois l'inclusion d'éléments provenant d'autres contrats[266].

261. À notre avis, le recouvrement privé de créances ne peut pas être qualifié de profession juridique, comme pourrait l'être celle d'avocat ou de notaire[267]. Il ne s'agit pas d'une profession réglementée. Elle peut donc être exercée par tout individu, quelles que soient ses qualifications ou son expérience professionnelle. De plus, le recouvrement se place sciemment hors du champ judiciaire. Cela ne fait pas obstacle à une qualification comme contrat de mandat, mais peut avoir des répercussions en matière de prescription[268] ou de droit pénal[269].

262. L'avocat agissant comme recouvreur ne doit à notre avis pas bénéficier de la protection du secret professionnel pour cette activité, qui nous apparaît atypique. Il est admis qu'un mandat d'encaissement ne bénéficie pas de cette protection[270], notamment car il ne comporte pas de lien avec une activité de conseil et d'assistance à proprement parler judiciaire[271]. Dans notre conception du recouvrement privé – extrajudiciaire – il convient d'appliquer le même raisonnement.

263. La convention des parties reste cependant déterminante pour ce point, notamment si le contrat prévoit une obligation de conseil juridique. Le caractère commercial – et donc non protégé – de l'activité reste cependant présumé en cas de doute[272].

264. Il est nécessaire que le créancier fasse confiance au recouvreur, car la gestion des débiteurs requiert une certaine habileté pour ne pas atteindre la

---

265 BOHNET/MARTENET, N 1794 ; CHAPPUIS B., Avocat, p. 115 ; CORBOZ, Infractions, CP 321 N 10 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, LLCA 13 N 3, 28 ss ; MÜLLER, Contrats, N 1997 ; ATF 135 III 597, consid. 3.3.

266 GALLIANO/MOLO, p. 1767 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 813 ; LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 155 ; TERCIER/FAVRE, N 5466 s. ; ATF 132 III 460, JdT 2008 I 58, consid. 4 ; ATF 137 III 393, JdT 2012 II 168, consid. 4.

267 Voir : TERCIER/FAVRE, N 5428 ss.

268 *Infra* N 846.

269 *Infra* N 1238 ss.

270 BOHNET/MARTENET, N 1826 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, LLCA 13 N 145 ; ATF 120 Ib 112, JdT 1996 IV 92, consid. 4.

Ces auteurs relèvent à raison que le regeste français de l'arrêt indique faussement « mandat de recouvrement » et non « mandat d'encaissement ».

271 BOHNET/MARTENET, N 1826 ; CR LLCA-MAURER/GROSS, LLCA 13 N 146.

272 BOHNET/MARTENET, N 1831.

réputation du créancier. Dans la même optique, la discrétion est certainement un prérequis à toute relation impliquant des créances impayées. Le but du contrat de recouvrement pouvant s'intégrer dans un contrat de mandat, il se justifie d'analyser plus en profondeur les obligations qui découleraient de cette qualification.

265. En tant que contrat de service, le mandat consiste en une obligation de faire, qui est définie par la convention entre les parties, mais aussi par la nature de l'affaire[273]. Une obligation d'abstention peut être incluse dans le contrat de mandat, mais seulement à titre accessoire[274].

266. En principe, le mandat est gratuit (394 al. 3 CO), mais cette présomption est tombée en désuétude[275]. Le contrat de mandat n'est synallagmatique que s'il est onéreux, il est sinon un contrat bilatéral imparfait[276]. Le contrat de recouvrement est en principe onéreux, mais cela ne pose pas de problème particulier. Les modalités d'obtention du salaire sont en revanche peu adaptées au contrat de recouvrement.

267. Le contrat de mandat met à la charge du mandataire une obligation de moyens[277], le résultat n'est pas garanti, à la différence du contrat d'entreprise ou – dans une certaine mesure – de courtage[278]. La teneur exacte de cette obligation dépend du contrat, mais aussi de la personne du mandataire. On attendra de lui une diligence plus élevée s'il est particulièrement qualifié pour l'affaire[279]. Vu que le mandataire ne garantit pas un résultat, ses honoraires sont en principe indépendants de sa réussite, ils sont dus dès que le mandat a été correctement exécuté[280].

268. Un avocat ne saurait pas non plus faire totalement dépendre ses honoraires de la réussite de la procédure engagée (mode de rémunération appelé « *pactum de quota litis* »[281] – art. 12 let. e LLCA). Il nous est donc impossible de qualifier pleinement le contrat de recouvrement de mandat. Le « *pactum de palmario* », qui combine honoraires dus pour le service rendu et prime de

---

273 MÜLLER, Contrats, N 1934 s. ; TERCIER/FAVRE, N 5074 s.

274 ENGEL, Contrats, p. 481 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 25 ; MÜLLER, Contrats, N 1902.

275 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2271 ; ENGEL, Contrats, p. 483, 489 ; HONSELL, BT, p. 336 ; MÜLLER, Contrats, N 1898 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 14, 18, 38.

276 ENGEL, Contrats, p. 483 ; MÜLLER, Contrats, N 1897 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 18, 38.

277 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2273, 2288 ; ENGEL, Contrats, p. 482 ; HONSELL, BT, p. 322 ; TERCIER/FAVRE, N 4998 ; WERRO, Mandat, N 98 ; WERRO/DOUZALS/CARRON, p. 214.

278 DREYER, p. 78 ; HONSELL, BT, p. 322 ; TERCIER/FAVRE, N 5009 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 22 ; WERRO, Mandat, N 98.

Pour la réussite dans le contrat de courtage : *infra* N 293.

279 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2291 ; ATF 127 III 357, JdT 2002 I 192, consid. 1c.

280 HONSELL, BT, p. 336 ; MÜLLER, Contrats, N 2051 ; TERCIER/FAVRE, N 5017, 5252.

281 BOHNET/MARTENET, N 1554, 1596 s. ; CHAPPUIS B., Avocat, p. 50 ss, 184 ; HONSELL, BT, p. 336 ; MÜLLER, Contrats, N 2044 ; CR LLCA-VALTICOS, LLCA 12 N 205 ss ; VILLA, p. 208 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 45.

résultat, n'est lui admis que dans la mesure où la rémunération découlant de l'obligation de moyens couvre les frais de l'avocat et lui permet de réaliser un gain[282].

269. La caractéristique du contrat de recouvrement est que le paiement n'est dû que si le recouvreur parvient à son but, c'est-à-dire obtenir que le débiteur s'exécute. Il s'agit là d'une grande différence avec le mandat traditionnel. En effet, le médecin ou l'avocat – deux exemples de professions dont le mandat est la base contractuelle – ne promettent ni de guérir le patient, ni de gagner le procès[283], vu qu'il s'agit d'une obligation de moyens.

270. Il se peut que malgré toute la diligence du recouvreur, le débiteur persiste dans son refus, vu l'absence de moyens de contrainte effectifs à la disposition du recouvreur. Cela n'engagera toutefois pas sa responsabilité. En effet, aucun recouvreur ne peut être suffisamment certain de l'exécution du débiteur pour prétendre en répondre. Cela rattacherait le contrat à une garantie, proche du porte-fort (art. 111 CO). Il ne s'agit donc pas non plus d'une obligation de résultat. Cette forme de rémunération conditionnelle n'est pas inconnue du droit suisse, nous y reviendrons en traitant du contrat de courtage[284].

271. Un autre point qu'il est nécessaire de traiter lorsque l'on étudie le contrat de mandat est la fin de celui-ci. Sous la note marginale « révocation et répudiation », bien qu'il s'agisse d'un cas de résiliation *ex nunc*[285], l'art. 404 CO énonce :

« [1] Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps.

[2] Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.».

272. L'art. 404 al. 1 CO permet à chacune des parties de résilier le mandat en tout temps, sans motifs. Le législateur tient compte ici du rapport de confiance entre les parties : si celui-ci venait à disparaître, les cocontractants devraient pouvoir se libérer sans autre formalité[286]. Bien que cette interprétation soit contestée par une partie de la doctrine récente[287], l'art. 404 al. 1 CO est – de

---

282 BOHNET/MARTENET, N 1597.

283 ENGEL, Contrats, p. 490 ; ATF 127 III 357, JdT 2002 I 192, consid. 1b ; ATF 134 III 534, consid. 3.2.2.

284 *Infra* N 289 ss.

285 HONSELL, BT, p. 339 ; MÜLLER, Contrats, N 2073 ; TERCIER/FAVRE, N 5281.

286 BIZZOZERO, p. 163 s. ; CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2300 s. ; ENGEL, Contrats, p. 478 ; HONSELL, BT, p. 337 ; MÜLLER, Contrats, N 2079 ; ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312, consid. 2a ; ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482, consid. 8.3.

287 HONSELL, BT, p. 338 ; MÜLLER, Contrats, N 2078 ; TERCIER/FAVRE, N 5294 ss ; CR CO I-WERRO, CO 404 N 6 ; WERRO/DOUZALS/CARRON, *passim*.

jurisprudence constante – impératif[288], mais ne s'applique pas nécessairement à tous les contrats innommés de service[289].

273. Appliquée sans correctif, cette règle nous semble peu adaptée. Il ne serait pas admissible que le créancier se défasse du contrat juste avant le paiement par le débiteur pour échapper à son obligation de rémunération. À l'inverse, on ne saurait forcer le créancier à rester en relation avec un recouvreur auquel il ne fait plus confiance, vu le caractère sensible du contrat de recouvrement. Il convient donc à notre avis de s'inspirer du contrat de courtage, dont nous traiterons plus loin, et qui dissocie la continuation du contrat de l'obligation de rémunération lorsque le résultat souhaité est obtenu[290].

b) Mandat d'encaissement

274. Parmi les nombreux types de mandat, il nous faut parler plus en détail du mandat d'encaissement. Il s'agit du cas où le mandataire n'est pas titulaire de la créance, mais doit en recevoir le paiement[291]. La fonction est proche du contrat de recouvrement, nous devons donc les différencier. Nous traiterons plus loin du cas du mandat fiduciaire couplé à une cession de créances. Dans cette dernière situation, le mandataire est certes juridiquement titulaire de la créance, mais son pouvoir est limité par une convention passée avec le mandant[292].

275. Il nous faut tout d'abord distinguer « recouvrement » et « encaissement ». Du point de vue de la langue française, nous avons vu que le premier de ces termes incluait non seulement la « perception de sommes », mais également les « opérations » faites en ce sens[293]. En revanche, l'encaissement est défini comme l'« [a]ction de faire entrer en caisse de l'argent, des valeurs »[294]. La distinction est mineure, mais elle a un sens.

276. Ainsi, nous faisons la distinction entre l'encaissement, qui est la possibilité de recevoir une somme d'argent, du recouvrement, qui est l'engagement de la récupérer et de provoquer le paiement[295]. Le premier est principalement passif, alors que le second – dont nous traitons – est actif. Le

---

288 ATF 106 II 157, consid. 2b ; ATF 115 II 464, JdT 1990 I 312, consid. 2a, 2b ; TF, 4C.447/2004, consid. 5.4 ; TF, 4A_284/2013, consid. 3.5.1.

Voir également : BIZZOZERO, p. 64, 163 ; CHAUDET/CHERPILLOD/ LANDROVE, N 2301 ; ENGEL, Contrats, p. 478, 508 ; HONSELL, BT, p. 337 ; MÜLLER, Contrats, N 2079 ; TERCIER/FAVRE, N 5282.

289 HONSELL, BT, p. 325, 337 ; HUGUENIN, N 3711 s. ; MÜLLER, Contrats, N 1908, 2082 s. ; ATF 120 V 299, consid. 4b ; TF, 4A_284/2013, consid. 3.5.1.

290 *Infra* N 294.

291 ACJC/GE/613/2010, consid. 2.1.

292 *Infra* N 377.

293 *Supra* N 34.

294 Définition tirée de : Dictionnaire de l'Académie Française, 9e éd.

295 Dans ce sens : MÜLLER, Contrats, N 2246.

pouvoir d'encaissement est le pouvoir de représentation conféré, tandis que le mandat d'encaissement est le contrat qui confère ledit pouvoir.

277. Cette terminologie n'est pas uniformément admise[296] – pour peu que les auteurs s'y soient attachés – mais le terme de mandat d'encaissement ne nous paraît pas adapté au contrat de recouvrement. D'une part, bien que tout recouvrement comporte une composante d'encaissement, limiter l'action du recouvreur à la réception de la somme ne nous paraît pas refléter correctement la réalité. D'autre part, nous avons vu que le contrat de recouvrement n'était précisément pas un mandat au sens étroit[297].

278. Le pouvoir d'encaissement (« *Inkassovollmacht* » – on remarquera l'analogie avec le terme « *Inkassoauftrag* ») est la capacité conférée à un tiers au contrat de pouvoir recevoir la prestation due par le débiteur – si cette prestation n'a pas une nature hautement personnelle[298]. Il s'agit alors d'un cas de représentation directe – le mandataire agissant au nom et pour le compte du mandant[299]. Le débiteur peut valablement se libérer en mains du représentant, et celui-ci doit lui remettre, sur demande, une quittance[300]. Le représentant restitue ensuite le montant au représenté[301].

279. Cela n'empêche pas le débiteur de se libérer en offrant la prestation directement au créancier, sauf instruction particulière contraire[302]. Cependant, pouvoir empêcher le débiteur de s'exécuter en mains du créancier par une simple déclaration de volonté du créancier ne nous paraît pas possible, au vu de la systématique légale[303]. En effet, soit il a été convenu dès la conclusion que la prestation serait faite à un tiers, et l'on se trouve dans un cas de stipulation pour autrui (art. 112 CO)[304], soit le créancier initial a perdu son droit en le transférant à un tiers, et il s'agit d'une cession de créances, dont on se souviendra qu'elle n'est pas sans limites[305] (art. 164 ss CO). Admettre que le créancier puisse unilatéralement et sans restrictions décider qu'un tiers recevra la prestation vide de son sens ces deux institutions juridiques. Un créancier qui

---

296 Voir : DE GOTTRAU, p. 116.

297 *Supra* N 268.

298 HUGUENIN, N 1198, VON TUHR/ESCHER, p. 18, GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 29 N 7.

299 HUGUENIN, N 1022, 1198 ; ATF 126 II 59, consid. 1b.
À distinguer de la représentation indirecte : HUGUENIN, N 1032 ; ATF 108 II 118, JdT 1984 II 62, consid. 1.
Sur ces notions de représentation : *infra* N 329 ss, 388 ss.

300 ACJC/GE du 11 janvier 1990, SJ 1990 171, consid. 4.
Sur la remise de quittance par le recouvreur : *infra* N 604 ss.

301 TERCIER/FAVRE, N 6180.

302 VON TUHR/ESCHER, p. 18 ; ACJC/GE du 11 janvier 1990, SJ 1990 171, consid. 5.

303 GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 29 N 7.

304 HUGUENIN, N 1119, 1121 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1045 ; ATF 139 III 60, consid. 5.2.

305 *Supra* N 101 ss.

refuserait la prestation tomberait d'ailleurs en demeure au sens des articles 91 et suivants CO[306].

280. Le mandat d'encaissement peut être une obligation accessoire dans d'autres contrats. Par exemple dans le contrat de transport, le voiturier est autorisé à encaisser le prix de la chose qu'il livre, pour ensuite le rétrocéder au vendeur[307]. Pour permettre l'exercice de ce droit, il dispose d'un droit de rétention, il peut – et doit – conserver la chose tant que le paiement n'est pas effectué[308]. Il s'agit d'une concrétisation de l'exception d'inexécution de l'art. 82 CO[309].

281. La situation du voiturier et du recouvreur n'est pas comparable. En effet, ce dernier ne peut se prévaloir de l'exception d'inexécution, car la chose est déjà livrée ou le service déjà rendu. Si le créancier pouvait retenir sa prestation, cela rendrait de toute façon le recours à un recouvreur inutile – ce moyen de pression est bien plus efficace que l'engagement d'un recouvreur.

c) Médiation

282. La médiation est une négociation assistée par un tiers, donc le but est d'arriver à une solution extrajudiciaire au litige[310]. Sa principale caractéristique, au contraire de l'arbitrage, est de ne pas être contraignante pour les parties[311].

283. Une distinction doit être faite entre la médiation judicaire, dans le cadre de la procédure civile, régie alors par les articles 213 et 214 CPC, et la médiation privée, hors de tout cadre procédural. La médiation procédurale remplace la procédure de conciliation au sens de l'art. 213 CPC[312], mais peut aussi être demandée par les deux parties pendant la suite de la procédure, sur la base de l'art. 214 CPC[313]. Les parties ne peuvent introduire, respectivement poursuivre, la procédure tant que la médiation n'est pas terminée ou qu'elle n'a pas échoué (art. 213 al. 3 et 214 al. 3 CPC)[314]. La médiation privée pourrait toutefois avoir un effet procédural, le juge refusant d'entrer en matière tant que la médiation n'est pas parvenue à son terme. Cette question n'est pour l'instant pas tranchée

306 *Supra* N 141.

307 HOFSTETTER, N 225 ss ; CR CO I-MARCHAND, CO 451 N 12.

308 HUGUENIN, N 3562 ; CR CO I-MARCHAND, CO 451 N 5.

309 CR CO I-MARCHAND, CO 451 N 5.

310 DE LATTRE-WIESEL, p. 331 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 26 ; MÜLLER, Contrats, N 3321 ; TERCIER/FAVRE, N 8125 ; WILHELM, p. 326.

311 CR LIDP-BUCHER, LDIP 176 N 3 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 26 ; MÜLLER, Contrats, N 3324 ; WILHELM, p. 326.

312 HALDY, p. 136 ; LÉVY, n. 23 ; WILHELM, p. 326.

313 HALDY, p. 136 ; LÉVY, n. 23.

314 HALDY, p. 136 ; LÉVY, p. 471.

en droit suisse, le Tribunal fédéral se contentant de la soulever dans un arrêt non publié[315].

284. Il faut ensuite distinguer entre la convention de médiation conclue entre les parties en litige – qui peut être une clause contractuelle ou un contrat à part entière, éventuellement conclu postérieurement[316] – du contrat de médiateur, qui lie les deux parties au médiateur[317]. Le contrat de médiation en tant que tel est un contrat innommé *sui generis*[318]. Le contrat de médiateur est, lui, un mandat[319].

285. Les points communs entre les contrats de médiation et de recouvrement sont nombreux. Dans les deux cas, le but est d'arriver à une solution extrajudiciaire, pour résoudre une situation conflictuelle. Tous deux peuvent également être conclus postérieurement au contrat.

286. Médiation et recouvrement se distinguent par le fait que le premier est conclu par les deux parties avec le médiateur, neutre, indépendant et choisi en commun[320]. Ce n'est pas le cas dans le recouvrement, vu que le créancier décide seul de recourir à un recouvreur et détermine avec celui-ci les modalités et tarifs de la prestation. Le débiteur n'est pas partie au contrat.

287. De plus, la médiation a pour but de parvenir à une situation négociée, et à réduire autant que faire se peut le conflit entre les parties. À cette fin, des concessions de part et d'autre sont envisageables. Rien de tel dans le contrat de recouvrement. La situation initiale est généralement plus tranchée, une partie étant la débitrice de l'autre et la contre-prestation ayant déjà été effectuée. Le sentiment qui anime le créancier est donc de « faire payer » – littéralement et métaphoriquement – son partenaire contractuel. Il n'y a que peu de place pour négocier, sauf à accorder un escompte ou aménager des facilités de paiement. La technique la plus souvent utilisée sera de faire pression sur le débiteur en le mettant face aux conséquences de son refus persistant de payer[321].

288. Le contrat de recouvrement est fortement teinté de mandat, mais cela ne suffit pas à en décrire tous les aspects. Deux critères font selon nous obstacle à une qualification de mandat pur : le salaire dépendant du résultat, et l'absence d'une véritable obligation (de moyens ou de résultat) à la charge du recouvreur.

---

315 TF, 4A.18/2007 consid. 4.3.1.
Voir également : KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 32 ss ; MARCHAND, Clauses, p. 225 s. ; MÜLLER, Contrats, N 3321.

316 DE LATTRE-WIESEL, p. 332 ; MÜLLER, Contrats, N 3319 ; TERCIER/FAVRE, N 8193.

317 MÜLLER, Contrats, N 3316.

318 MÜLLER, Contrats, N 3321.

319 MÜLLER, Contrats, N 3322.

320 DE LATTRE-WIESEL, p. 331 ; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 28 ; MÜLLER, Contrats, N 3332.

321 *Infra* N 914 ss.

Aussi il se justifie d'examiner un contrat proche du mandat : le contrat de courtage.

2) Courtage

289. Le contrat de courtage se trouve dans le titre treizième du Code des obligations, qui traite du mandat et de ses dérivés. Selon l'art. 412 al. 1 CO, « Le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. ».

290. Le texte légal fait ressortir les deux formes de courtage : le courtage d'indication est celui par lequel le courtier indique à son mandant l'opportunité de conclure un contrat, tandis que le courtage de négociation implique que le courtier négocie les termes même du contrat avec le client[322]. Le cumul des deux formes est possible[323]. Une troisième forme – qui n'est pas prévue directement par le Code des obligations – consiste à mettre en relation des parties afin qu'elles concluent un contrat, ce que l'on nomme le courtage de présentation[324].

291. Les éléments fondamentaux du contrat de courtage sont l'activité – de fait[325] – du courtier, qui vise à la conclusion d'un contrat déterminé à l'avance, ou d'un contrat économiquement équivalent[326], moyennant un salaire. Le courtage est donc nécessairement onéreux[327]. Il s'agit d'un contrat bilatéral imparfait, car les deux prestations ne sont pas dans un rapport d'échange[328]. La qualification du contrat visé n'a pas d'importance par rapport au courtage lui-même[329].

292. Le salaire est un élément objectivement essentiel de ce contrat. Cependant, il n'a pas besoin d'être fixé par le contrat. À défaut d'indication, l'art. 414 CO prévoit qu'il est fixé sur la base d'un tarif ou des usages locaux. Si le tarif est uniquement fixé par une association de gens du métier, il n'est pas suffisamment objectif, et ne peut pas être considéré comme un usage[330].

---

322 ANTOGNAZZA, p. 1 s. ; CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2280 ; ENGEL, Contrats, p. 520 s. ; HONSELL, BT, p. 351 ; TERCIER/FAVRE, N 5591 ; ATF 131 III 268, consid. 5.1.2.

323 ENGEL, Contrats, p. 521 ; TERCIER/FAVRE, N 5591 ; TF, 4A_337/2011, consid. 3.2.

324 HONSELL, BT, p. 351 ; TERCIER/FAVRE, N 5592 ; THÉVENOZ/PEYROT, n. 2.

325 ANTOGNAZZA, p. 1, 3 ; HUGUENIN, N 1038 ; ATF 131 III 268, consid. 5.1.2.

326 MARCHAND, Oxymore, p. 467 ; TERCIER/FAVRE, N 5637 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 124 s. ; ATF 114 II 357, JdT 1989 I 177, consid. 3a ; TF, 4C.93/2006, consid. 2.1.

327 ANTOGNAZZA, p. 1, 3 ; TERCIER/FAVRE, N 5589 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 117 ; ATF 131 III 268, consid. 5.1.2.

328 ANTOGNAZZA, p. 1 ; HUGUENIN, N 3366 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 3 ; PdV-MÜNCH/KASPER LEHNE, N 1.12.

329 TERCIER/FAVRE, N 5600, 5603 ; ATF 131 III 268, consid. 5.1.2.

330 DREYER, p. 86 ; HONSELL, BT, p. 355 ; MARQUIS, p. 265 ; TERCIER/FAVRE, N 5590, 5650 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 123 ; CR CO I-WERRO, CO 394 N 46.
Nuancé : CR CO I-RAYROUX, CO 414 N 5.

293. Le salaire du courtier n'est pas dépendant des efforts de celui-ci, mais bien de la réussite du courtage – soit la conclusion du contrat prévu. Mais cet élément dépend de la volonté du mandant et du tiers, et non uniquement des actions du courtier. Il s'agit donc d'un contrat aléatoire[331].

294. La réussite du courtier est soumise à trois conditions. Il est nécessaire que le courtier ait déployé une certaine activité et que le contrat désiré – ou un contrat économiquement équivalent – ait été valablement conclu. Ces deux éléments ne suffisent toutefois pas, il faut également démontrer qu'il existe un lien de causalité entre l'activité du courtier et la conclusion du contrat, en vertu de l'art. 413 CO[332]. Le lien de causalité est aussi dénommé « lien psychologique ». Il est donné si l'activité du courtier a contribué – même de manière éloignée ou postérieurement à la résiliation du courtage – à convaincre le tiers de conclure le contrat avec le mandant[333]. Selon le principe général de l'art. 8 CC, c'est au courtier qu'incombe la charge de preuve. On présume cependant que s'il y a eu à la fois activité du courtier et conclusion du contrat, les deux sont liés[334].

295. L'art. 413 CO est de droit dispositif[335], les parties peuvent définir précisément à quelles conditions le salaire sera dû. Les parties peuvent par exemple convenir que le contrat doit être conclu dans une certaine limite de temps[336]. Cependant si une clause du contrat prévoit que le salaire est dû uniquement en raison du travail effectué par le courtier, sans référence à la réussite, le contrat perd sa qualification de courtage pour devenir un simple mandat[337].

296. Le mandant est libre de refuser de conclure le contrat, mais s'il le fait au mépris des règles de la bonne foi, l'art. 156 CO peut trouver application – le

---

331 ENGEL, Contrats, p. 520 ; HONSELL, BT, p. 353 ; MARCHAND, Oxymore, p. 465, 474 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 9, CO 413 N 1 s. ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 115 ; ATF 138 III 669, consid. 3.1.

332 ANTOGNAZZA, p. 4 ; ENGEL, Contrats, p. 531 ; HONSELL, BT, p. 354 ; HUGUENIN, N 3356 s. ; MARCHAND, Oxymore, p. 466 ; CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 19 ; TERCIER/FAVRE, N 5644 ss ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 127 s. ; ATF 84 II 521, consid. 1.

333 ANTOGNAZZA, p. 4 ; CHAIX, Droit des contrats, p. 14 ; MARCHAND, Oxymore, p. 468 s. ; TF, 4A_155/2008, consid. 3.1 ; TF, 4A_337/2011, consid. 2.1.

334 ENGEL, Contrats, p. 523 ; HUGUENIN, N 3358 ; MARCHAND, Oxymore, p. 471 ; CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 26 ; TERCIER/FAVRE, N 5645.

335 MARCHAND, Oxymore, p. 472 ; CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 2 ; TERCIER/FAVRE, N 5643 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 132 ; ATF 131 III 268, consid. 5.1.2.

336 HUGUENIN, N 3382 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 29.

Superflu pour THÉVENOZ/PEYROT, p. 133, en raison de la résiliation en tout temps de l'art. 404 al. 1 CO.

337 MARCHAND, Oxymore, p. 473 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 134 ; ATF 131 III 268, consid. 5.1.2.

salaire sera donc dû[338]. Ce sera également le cas si le contrat est soumis à une condition suspensive et que le mandant en empêche l'avènement[339].

297. L'activité du courtier n'est cependant qu'une condition d'obtention de son salaire, et non une obligation de moyens ou de résultat. En principe, le courtier qui n'agit pas ne peut être recherché en responsabilité par le mandant[340]. Pareille responsabilité n'est envisageable que dans le cadre d'un contrat de courtage exclusif[341].

298. Il existe de fortes similitudes, entre le salaire versé conditionnellement au courtier pour la conclusion du contrat et le salaire du recouvreur qui est payés une fois que le débiteur s'est exécuté. Il est cependant impossible de qualifier le contrat de recouvrement de courtage au sens propre, vu que le courtage se déroule avant la conclusion du contrat, tandis que le recouvrement n'a lieu qu'après la naissance d'une prétention – et non nécessairement d'un contrat.

299. De même, la notion de lien psychologique ne peut être transposée telle quelle entre le contrat de courtage et le contrat de recouvrement. En effet, alors que le tiers est libre de conclure le contrat ou non, le débiteur est obligé de s'exécuter, et le créancier est obligé d'accepter le paiement, faute de quoi il tombe en demeure (art. 91 ss CO)[342]. Nous analyserons ces points en détail plus tard[343], et traiterons du lien psychologique en cas d'action simultanée d'un recouvreur et d'une poursuite[344].

300. D'autres règles s'appliquent à la rémunération du courtier, notamment concernant le remboursement des impenses (art. 413 al. 3 CO), la perte ou la limitation du salaire (art. 415 et 417 CO), mais nous y reviendrons en temps voulu[345].

301. Le courtier n'est pas soumis à une véritable obligation de résultat. Il s'agit uniquement d'une incombance, qui est la condition – suspensive – du versement de son salaire. L'exception à ce principe est le courtage dit « exclusif », où un seul et unique courtier est chargé de trouver un partenaire

338 HONSELL, BT, p. 353 ; MARCHAND, Oxymore, p. 471 s. ; MARQUIS, p. 175 ; CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 6 ; TERCIER/FAVRE, N 5636 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 116, 125 s.

339 MARCHAND, Oxymore, p. 468 ; MARQUIS, p. 365.

340 HONSELL, BT, p. 353 ; HUGUENIN, N 3366.

341 HUGUENIN, N 3366 ; MARQUIS, p. 475 ; TF, 4C.257/1999, consid. 3a.

342 *Supra* N 141.

343 *Infra* N 526 ss.

344 *Infra* N 544 ss.

345 *Infra* N 640, 662 ss.

contractuel ou de négocier avec lui. Il ne serait pas admissible qu'il puisse obtenir sa rémunération sans avoir eu à déployer une activité[346].

302. Les dispositions applicables au courtage ne se limitent pas au versement du salaire du courtier, mais les règles s'appliquant à d'autres aspects de ce contrat sont rares. En vertu de l'art. 412 al. 2 CO, « Les règles du mandat sont, d'une manière générale, applicables au courtage. ». Il faut cependant toujours vérifier qu'elles soient compatibles avec les spécificités du contrat de courtage[347].

303. Parmi les règles applicables par renvoi, nous ne nous attarderons pour l'instant que sur l'art. 404 al. 1 CO. Celui-ci trouve application dans le contrat de courtage, mais le droit au salaire est indépendant de la résiliation du contrat. Cela signifie que même si le contrat indiqué ou négocié a été conclu après la fin du courtage, le salaire reste dû lorsque le lien psychologique est donné[348].

304. Le contrat de recouvrement ne peut être qualifié de contrat de courtage, car il ne porte pas sur le même objet. Cependant, les règles régissant le salaire du courtier, en le faisant dépendre de la réussite de son activité sont très utiles. Elles permettent de trouver un compromis entre l'obligation de moyens et la prise en compte du résultat. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons des devoirs à la charge du recouvreur, et de la distinction qu'il nous faudra faire entre une véritable obligation et un incombance[349]. Le contrat de recouvrement est donc en quelque sorte un « courtage de créances ».

305. À titre de conclusion intermédiaire, nous sommes en mesure d'affirmer que le contrat de recouvrement est un contrat innommé *sui generis*, qui contient des éléments de mandat et de courtage, ce qui renvoie également aux règles du mandat. Mais la configuration de ce contrat est telle qu'il ne saurait être uniquement réduit à ces deux aspects.

306. Le contrat est courtage est essentiellement utile car il prévoit une réglementation en cas de salaire prévu au résultat, au contraire d'une obligation de moyens traditionnelle. Le mandat sert quant à lui à déterminer les obligations de diligence et de fidélité qui lient les deux parties, et comme régime de base applicable à tout contrat de service.

---

346 ENGEL, Contrats, p. 521 ; MARCHAND, Oxymore, p. 476 s. ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 27, CO 413 N 23, 27 ; TERCIER/FAVRE, N 5611 s. ; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, consid. 3.

347 ENGEL, Contrats, p. 521 s. ; HUGUENIN, N 3349.

348 HONSELL, BT, p. 353 ; HUGUENIN, N 3383 ; MARCHAND, Clauses, p. 16 ; MARCHAND, Oxymore, p. 481, 483 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 19 s., CO 413 N 27. TERCIER/FAVRE, N 5644 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 139 ; ATF 97 II 355, consid. 3 ; TF, 4C.332/2003, consid. 2.4.1.

Contra : ENGEL, Contrats, p. 533, pour qui seuls des dommages-intérêts négatifs peuvent être réclamés.

Uniquement sur l'application de l'art. 404 al. 1 CO au contrat de courtage : MARQUIS, p. 75 ; ATF 103 II 129, JdT 1978 I 150, consid. 1.

349 *Infra* N 496 ss.

307. Quand bien même les contrats de mandat et de courtage semblent les plus appropriés pour aider à la qualification du contrat de recouvrement, il se justifie d'analyser d'autres contrats proches par leur forme ou par leur fonction. D'une part, cela permet de délimiter ces contrats d'avec le contrat de recouvrement, d'autre part, ils peuvent apporter des enseignements utiles, même si le régime qui leur est applicable n'est pas transposable dans notre cas.

B) Autres contrats de service

308. Nous partons du principe que le contrat de recouvrement est conclu pour une unique créance, ou pour un ensemble déterminé ou déterminable de créances. Le créancier et le recouvreur n'ont donc pas de liens durables. Il se peut toutefois que ces contrats de recouvrement s'insèrent dans une relation contractuelle à plus long terme. Nous étudierons donc les contrats d'agence (1) et de travail (2), qui pourraient alors trouver à s'appliquer.

1) Agence

309. Le contrat d'agence est régi par les articles 418a ss CO. L'agent a pour fonction de procurer de nouveaux clients à son mandant, soit en négociant des contrats avec eux, soit en les concluant directement. Il agit au nom et pour le compte du mandant[350]. Le contrat d'agence n'est en principe soumis à aucune forme, mais certaines clauses particulières nécessitent la forme écrite pour déroger valablement au système légal[351]. Il est nécessairement onéreux[352].

310. L'agent n'est pas subordonné au mandant, même s'il doit respecter ses instructions, si elles sont raisonnables[353]. Il a donc une bien plus grande indépendance que le travailleur. Il est cependant moins libre que le courtier[354].

311. Il existe deux types d'agents. Le premier est nommé agent négociateur, cette forme est proche du courtage, en cela que l'agent négocie le contrat qui sera ensuite conclu entre le mandant et le tiers. Cette proximité fait que les règles du courtage s'appliquent à titre supplétif (art. 418b al. 1, 1ère hyp. CO)[355]. Le second est l'agent stipulateur, qui bénéficie du pouvoir de conclure directement des contrats[356], et auquel on applique si nécessaire les règles du

350 CR CO I-DREYER, CO 418a N 1 ; HUGUENIN, N 3386 ; MÜLLER, Contrats, N 2139.

351 CR CO I-DREYER, CO 418a N 12 s. ; HONSELL, BT, p. 368 ; MÜLLER, Contrats, N 2158 s. ; TERCIER/FAVRE, N 5725 ss.

352 MÜLLER, Contrats, N 2222.

353 TERCIER/FAVRE, N 5699 ; ATF 136 III 518, SJ 2011 I 89, consid. 4.4.

354 MÜLLER, Contrats, N 2138, 2181.

355 HONSELL, BT, p. 366 ; HUGUENIN, N 3385 ; MÜLLER, Contrats, N 2152 ; TERCIER/FAVRE, N 5703.

356 HONSELL, BT, p. 366 ; HUGUENIN, N 3386 ; MÜLLER, Contrats, N 2155 ; TERCIER/FAVRE, N 5704.

contrat de commission (art. 418b al. 1, 2e hyp. CO). L'art. 418e al. 1 CO pose une présomption en faveur de l'agent négociateur[357].

312. On voit donc une proximité de fonction entre le courtier et l'agent négociateur, renforcée par le renvoi à titre supplétif fait par l'art. 418b CO aux règles du contrat de courtage. Un autre élément rapprochant le contrat d'agence du contrat de courtage est la nécessité d'une action de l'agent en lien de causalité avec la conclusion du contrat pour que ce dernier puisse bénéficier de sa provision, sauf convention contraire (art. 418g CO)[358].

313. L'agent n'a en principe pas le droit d'accepter les paiements faits par un tiers (art. 418e al. 2 CO). Toutefois, s'il le fait avec l'accord de son partenaire contractuel, il a droit à une rémunération spéciale, de droit dispositif (art. 418l CO)[359]. Il doit alors informer le mandant de ces encaissements[360].

314. Le contrat d'agence est en principe plus durable que le contrat de courtage[361], comme le veut la formule « à titre permanent » utilisée à l'art. 418a CO. Or, le contrat de recouvrement est nécessairement plus ciblé, vu que les créances sont déterminées et que le recouvrement global est impossible[362]. Le contrat d'agence pourrait être utile si la relation devait s'inscrire dans la durée, par exemple si recouvreur et créancier concluent un contrat-cadre, mais les principes ne seraient pas directement utilisables pour les contrats eux-mêmes.

315. L'agent négociateur est proche du courtier – plus que l'agent stipulateur. Cette proximité le rapproche du recouvreur. L'approche pragmatique en matière d'analyse des contrats fait qu'il est malgré tout intéressant d'analyser ou de s'inspirer de certaines règles du contrat d'agence, tels que l'art. 418c al. 3 CO sur les frais de recouvrement mis à la charge de l'agent, l'art. 418e sur l'encaissement ou l'art. 418o CO sur le droit de rétention. Ces questions ne se posent pas dans le contrat de courtage tel que prévu par le Code des obligations, mais ont un impact certain lorsque l'on traite du contrat de recouvrement. Le juge chargé de trancher un litige en matière de recouvrement pourrait être amené à établir des règles générales et abstraites en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 1 al. 2 CC. Il nous paraît donc judicieux de porter notre réflexion sur les principes éprouvés et déjà présents dans la législation quand le besoin s'en fera sentir.

---

357 MÜLLER, Contrats, N 2152 ; TERCIER/FAVRE, N 5707.

358 HONSELL, BT, p. 370 ; MÜLLER, Contrats, N 2255 ss ; TERCIER/FAVRE, N 5778 ; ATF 121 III 414, JdT 1996 I 368, consid. 2c.

359 HUGUENIN, N 3420 ; TERCIER/FAVRE, N 5794.

360 CR CO I-DREYER, CO 418e N 4 ; HONSELL, BT, p. 370 ; MÜLLER, Contrats, N 2246.

361 CR CO I-DREYER, CO 418a N 3 ; HONSELL, BT, p. 367 ; MÜLLER, Contrats, N 2136 ; TERCIER/FAVRE, N 5607, 5698, 5712.

362 *Supra* N 123.

316. Nous parlerons encore d'une disposition particulière du contrat d'agence, qui a suscité beaucoup d'engouement en doctrine. L'agent qui augmente par son activité la clientèle du mandant, a droit à la fin du contrat à une « indemnité convenable », en vertu de l'art. 418u CO[363]. Cette disposition est impérative[364], et peut trouver application pour certains contrats innommés, tel le contrat de représentation exclusive, si le représentant est placé dans une situation de dépendance comparable à celle d'un agent[365].

317. Cette norme ne peut cependant s'appliquer au contrat de recouvrement. Le recouvreur ne constitue pas une « clientèle » pour le créancier. Au contraire, son activité se déploie sur une frange existante de la clientèle du créancier – et avec laquelle le créancier ne conclura vraisemblablement plus de contrats. Le besoin de protection du recouvreur est donc moindre.

2) Travail

318. Le contrat de travail est réglé par les articles 319 et suivants CO, qui ont bien plus évolué que les autres articles du Code des obligations[366]. La majeure partie des règles applicables sont de droit impératif ou semi-impératif, c'est-à-dire qu'on ne peut pas y déroger, ou seulement au bénéfice du travailleur. Le but est de protéger la partie faible de ce contrat, le travailleur[367].

319. Le travailleur est celui qui s'engage à fournir personnellement une prestation de travail, sans garantir un résultat. Il est incorporé hiérarchiquement dans l'entreprise dans laquelle il travaille et est subordonné à son employeur, qui le dirige et lui donne des instructions[368]. Le critère de subordination est le plus important, et il permet notamment de distinguer le contrat de travail du contrat de mandat ou d'agence[369].

320. En échange de son travail, le travailleur reçoit nécessairement un salaire, qui peut être fixé par les parties ou, à défaut, par l'usage. Ce salaire est dû, même si les parties n'en ont pas discuté lors de la conclusion du contrat[370].

321. Plusieurs différences flagrantes apparaissent entre les deux contrats. La plus fondamentale est que le recouvreur n'est pas subordonné au créancier.

---

363 CR CO I-DREYER, CO 418u N 1, 5 ; HUGUENIN, N 3421 ; MÜLLER, Contrats, N 2287 ; TERCIER/FAVRE, N 5827 ss.

364 CR CO I-DREYER, CO 418u N 5 ; MÜLLER, Contrats, N 2289 ; TERCIER/FAVRE, N 5828.

365 MIRFAKHRAEI, N 640 s. ; MÜLLER, Contrats, N 3033 ; TERCIER/FAVRE, N 7944 ss ; ATF 134 III 497, consid. 4.3.

Critique : HUGUENIN, N 3872.

366 BERENSTEIN, p. 227.

367 CR CO I-AUBERT, CO 361/362 N 1.

368 CR CO I-AUBERT, CO 319 N 6 ; PORTMANN/STÖCKLI, N 2 ; WYLER, p. 57 s.

369 CR CO I-AUBERT, CO 319 N 18 ; HONSELL, BT, p. 323 ; PHILIPPIN, p. 95 ss ; PORTMANN/STÖCKLI, N 18, 20 ; WYLER, p. 58 s. ; ATF 128 III 174, consid. 2a ; ATF 129 III 664, consid. 3.2.

370 CR CO I-AUBERT, CO 319 N 14 ss ; PORTMANN/STÖCKLI, N 9 ; WYLER, p. 58.

Même si ce dernier peut lui donner des instructions, le recouvreur garde une grande marge de manœuvre dans son organisation[371]. Le rattachement du contrat de recouvrement au contrat de travail ne nous paraît donc pas possible. De même, le caractère ponctuel et limité du contrat de recouvrement s'insère mal dans la réglementation protectrice du contrat de travail, dont la durée est un élément essentiel[372].

322. À la différence du recouvreur, le travailleur reçoit son salaire, même si l'affaire pour laquelle il a été engagé n'a pas abouti. C'est en effet l'employeur qui doit supporter le risque de son entreprise[373]. Cependant, les contrats de courtage et de travail peuvent se rapprocher, dans le cas où le travailleur reçoit une provision sur les affaires qu'il apporte à l'employeur, situation prévue à l'art. 322b CO. Les conditions d'obtention sont les mêmes qu'en matière de courtage, à savoir une activité du travailleur en lien de causalité avec la conclusion d'un contrat par un tiers avec l'employeur[374].

323. La rémunération du travailleur peut essentiellement être constituée de provisions sur les affaires traitées, mais le salaire qui en résulte doit alors être « convenable », et donc offrir un niveau de vie décent, et en rapport avec les prestations, les qualifications, l'âge et l'expérience du travailleur, ainsi que les conditions de la branche[375]. Un paiement uniquement lié à la réussite n'est donc pas envisageable, alors qu'il s'agit d'une caractéristique du contrat de recouvrement.

324. Bien qu'il ne soit pas directement applicable au contrat de recouvrement, l'art. 322b al. 3 *in fine* CO régit le cas d'une exécution partielle par le tiers du contrat conclu – réglementation qui ne se retrouve pas dans le courtage. Nous y reviendrons lorsque nous analyserons le paiement partiel par le débiteur[376].

325. Malgré ces différences fondamentales, le contrat de travail garde son importance en matière de recouvrement. Par exemple, l'employé d'une société de recouvrement est lié à celle-ci par un contrat de travail, même si cette relation ne concerne pas le créancier, qui conclut avec la société elle-même. L'employé peut toutefois avoir un impact sur le contrat de recouvrement, car il est un auxiliaire de la société, au sens de l'art. 101 al. 1 CO[377]. S'il commet un acte illicite

---

371 *Infra* N 626 ss.

372 PORTMANN/STÖCKLI, N 6 ; WYLER, p. 59.

373 PORTMANN/STÖCKLI, N 15 ; WYLER, p. 199.

374 PORTMANN/STÖCKLI, N 265 ; WYLER, p. 162 s. ; ATF 128 III 174, consid. 2b ; ATF 139 III 214, consid. 5.1.

375 ATF 139 III 214, consid. 5.2.
Uniquement sur le contrat d'engagement des voyageurs de commerce : ATF 129 III 664, consid. 6.1.

376 *Infra* N 560 ss.

377 TERCIER/PICHONNAZ, N 1238 ; WYLER, p. 143 s.

dans l'accomplissement de son travail, il engagera également la responsabilité de son employeur (art. 55 CO)[378].

326. Nous l'avons vu, les entreprises peuvent avoir dans leur organisation un service chargé de relancer les débiteurs, mais ces travailleurs ne seront pas traités d'une manière différente des autres employés. Dans les rapports avec le débiteur, ils représenteront directement leur employeur – le créancier – sans avoir de capacité d'action propre.

327. Ainsi, le cas du travailleur exerçant une fonction de recouvrement est possible, voire même fréquente, mais le travailleur ne sera pas partie à un contrat de recouvrement en tant que tel. Il sera généralement l'auxiliaire du recouvreur, ou engagé directement par le créancier. Quoi qu'il en soit, les droits et les obligations du travailleur seront régis par le contrat de travail et non par le contrat de recouvrement, ce cas ne nous intéresse donc pas particulièrement dans notre étude.

328. On peut enfin imaginer que le travailleur soit rémunéré en fonction des créances dont il a pu obtenir le paiement – de la même manière qu'un recouvreur classique – mais son employeur resterait obligé de lui garantir une rémunération convenable.

§ II. Questions particulières

A) Représentation

329. La représentation est principalement utilisée en matière de conclusion de contrats, mais elle est transposable à tous les actes juridiques en matière de droit des obligations[379].

330. Deux types de représentations coexistent. La première, dite « directe »[380], est réglée par les articles 32 et suivants CO. La seconde, dont certains auteurs disent qu'il ne s'agit pas véritablement de représentation, est qualifiée d'« indirecte »[381]. On en trouve un exemple aux articles 425 et suivants CO sur le contrat de commission. Le mandat peut comporter des éléments des deux types[382].

---

378 TERCIER/PICHONNAZ, N 1896 ; WYLER, p. 143.

379 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 6 ; ENGEL, Obligations, p. 373. HUGUENIN, N 1026.

380 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 4.

381 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 4 ; MÜLLER, Contrats, N 1936 ; ATF 126 III 59, consid. 1b.

382 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 4 ; MÜLLER, Contrats, N 1936 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 7 s.

331. S'il est nécessaire d'interpréter un acte juridique passé par l'intermédiaire d'un représentant, c'est la déclaration et la volonté réelle du représentant qui seront déterminantes, et non celles du représenté[383].

332. Enfin, en vertu de l'art. 34 al. 1 CO, le pouvoir de représentation peut être révoqué en tout temps. L'alinéa 2 du même article rend nulle toute clause contraire[384]. Cela n'a toutefois pas d'impact sur le contrat ou la relation juridique qui conférait les pouvoirs[385].

333. La représentation est généralement directe dans le cadre d'un mandat de recouvrement[386], et indirecte dans la cession de créances aux fins de recouvrement[387]. Ainsi, les manifestations de volonté faites par le recouvreur pourront avoir un effet sur le rapport juridique qui lie créancier et débiteur, par exemple une interpellation au sens de l'art. 102 al. 1 CO.

334. Le recouvreur n'est pas limité aux actes de droit. Certaines de ses activités relèvent du simple fait. Lorsqu'il envoie une lettre au débiteur, celle-ci peut avoir une fonction d'interpellation, par exemple, et relever du régime de la représentation, mais il peut également s'agir d'un simple rappel qui ne modifie en rien la situation juridique – notamment si le débiteur est déjà en demeure. Il convient donc selon nous d'affirmer que certains actes n'ont pas de signification proprement juridique – du moins tant qu'ils ne sont pas illicites.

335. Cette approche est compatible avec une qualification inspirée par le contrat de courtage. En effet, le courtier n'a en principe pas le pouvoir de représenter son mandant, car il ne peut pas conclure à sa place, uniquement mettre en lien les parties et négocier les termes du contrat[388].

B) Auxiliarité

336. KUONEN résume en une phrase le principe qui sous-tend le régime de l'auxiliarité : « si [une des parties] introduit un tiers dans le rapport contractuel, elle le fait généralement à ses risques »[389].

337. Le rapport d'auxiliarité et ses conséquences sont définies – certes sommairement – à l'art. 101 al. 1 CO, qui traite essentiellement de la

---

383 ATF 140 III 86, consid. 4.2.

384 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 34 N 4 s. ; MARCHAND, Clauses, p. 7.

385 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 34 N 9.

386 Dans le même sens : DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Commentaire OIF, p. 3 ; CR CO I-PROBST, CO 164 N 9.
Certains actes relèveront toutefois de la représentation indirecte : *infra* N 873.

387 *Infra* N 388 ss.

388 CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 23.

389 KUONEN, N 1660.

responsabilité du fait de l'auxiliaire[390]. L'auxiliarité ne suppose pas un rapport de subordination[391], elle ne se limite donc pas au contrat de travail et reste compatible avec la qualification que nous avons donnée au contrat de recouvrement.

338. La responsabilité de l'employeur de l'art. 55 CO n'est en revanche pas applicable au contrat de recouvrement tel que nous l'avons défini, car elle nécessite que l'auteur de l'acte illicite soit subordonné au responsable[392]. On peut cependant envisager deux situations où cet article trouverait application : si le recouvreur est considéré comme un travailleur[393], ou s'il s'agit d'engager la responsabilité du recouvreur lui-même pour les actes de ses employés.

339. L'auxiliaire agit dans le cadre de l'exécution de l'obligation, le débiteur lui délégant tout ou partie de ses tâches[394]. Ce n'est cependant pas le cas du recouvreur. Le créancier – qui a engagé le recouvreur et peut lui donner des instructions – ne recourt pas aux services du recouvreur pour exécuter sa propre prestation, mais bien pour enjoindre le débiteur à exécuter la sienne. Généralement, le créancier aura déjà exécuté de lui-même sa prestation, il invoquerait sinon l'exception dilatoire de l'art. 82 CO.

340. L'auxiliaire de jouissance est soumis au même régime. Il s'agit de la personne qui aide le créancier à exercer certains droits ou qui en profite[395]. Mais le recouvreur n'est pas véritablement dans cette situation. Le profit qu'il peut retirer de son travail est déterminé par le contrat de recouvrement et non par le rapport de base.

341. À notre avis, le recouvreur ne peut donc pas être qualifié d'auxiliaire du créancier. Sa démarche n'est pas liée à l'exécution du contrat par le créancier, ni à la jouissance de la prestation faite par le débiteur. Il se contente d'être un intermédiaire entre les parties, pour susciter un paiement.

342. Il n'y a donc pas lieu d'imputer les actes du recouvreur au créancier sur la base de l'art. 101 al. 1 CO – ni par conséquent d'examiner une exclusion de responsabilité au sens de l'art. 101 al. 2 et 3 CO qui aurait pu être convenue dans le rapport de base.

---

390 HUGUENIN, N 994.

391 CR CO I-THÉVENOZ, CO 101 N 7.

392 CR CO I-WERRO, CO 55 N 7, 33.

393 *Supra* N 327.

394 HUGUENIN, N 996.

395 LEMPEN, n. 1467 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1239 ; VON TUHR/ESCHER, p. 127 s. ; ATF 117 II 65, consid. 2a ; ATF 130 III 591, JdT 2006 I 131.

343. Le créancier peut toutefois être amené à répondre des actes illicites du recouvreur sur la base de l'art. 50 CO, par exemple s'il instigue le recouvreur à les commettre. Nous y reviendrons[396].

C) Accessoriété

344. L'accessoire d'une créance est le droit qui est « au service » de celle-ci[397]. Il est dans un « lien de dépendance » avec l'obligation principale[398]. Sa caractéristique principale est de suivre le sort de la créance, notamment en cas d'extinction (art. 114 al. 1 CO)[399], de prescription (art. 133 CO)[400] ou de cession (art. 170 al. 1 CO)[401].

345. Il existe plusieurs types de droits accessoires. On compte les droits de préférence, qui modifient les actions ou les privilèges à disposition du créancier, comme une clause d'arbitrage[402] ou un privilège dans la faillite[403] ; les droits qui étendent ou garantissent la créance : intérêts[404], fruits[405] ou peine conventionnelle[406], respectivement gage ou cautionnement[407] ; et les droits formateurs, s'ils sont dépendants de la créance et non du rapport d'obligation dans son entier et qu'ils ne sont pas liés à la personne du créancier[408].

346. Nous commencerons par examiner si le contrat de recouvrement correspond à l'une de ces catégories, puis nous verrons quelles seraient les conséquences de l'accessoriété.

347. Premièrement, le contrat de recouvrement n'est pas un droit de préférence. En effet, il s'agit uniquement d'un service rendu au créancier, mais qui ne saurait lui conférer plus de droits, à la différence d'un privilège dans une

396 *Infra* N 1328.

397 CR CO I-PICHONNAZ, CO 133 N 3.

398 CR CO I-PIOTET, CO 114 N 7.

399 ENGEL, Obligations, p. 647 ; SCHÖBI, p. 3 ; SCHWENZER, N 73.10.

400 BOUVERAT/WESSNER, N 87 ; SCHWENZER, N 85.04.

401 SCHÖBI, p. 3 ; SCHWENZER, N 10.07.

402 ENGEL, Contrats, p. 639 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1696 ; ATF 128 III 50, consid. 2b bb.

403 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3459 ; SCHWENZER, N 90.37 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1696.

404 ENGEL, Obligations, p. 647, 862 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3459 ; SCHÖBI, p. 59 ; SCHWENZER, N 10.07.

405 SCHÖBI, p. 69.

406 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3459, 3840 ; SCHÖBI, p. 66 ; SCHWENZER, N 71.03.

407 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3459 ; SCHWENZER, N 90.38.

408 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3460 ; CR CO I-PIOTET, CO 114 N 11 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1696.

D'un avis différent : SCHWENZER, N 90.39, qui favorise l'analyse du but du droit formateur pour déterminer son accessoriété dans le cadre d'une cession de créances.

procédure d'exécution forcée. La clause d'arbitrage ou de médiation est certes un accessoire, mais ce n'est pas le cas du contrat de médiateur, par exemple.

348. Deuxièmement, ce contrat n'offre ni une extension, ni une garantie de la créance. Le créancier n'obtient pas de droits supplémentaires du fait de la conclusion du contrat[409]. Il n'y a pas non plus d'impact sur les procédures civiles, vu la neutralité procédurale de ce contrat, que nous avons déjà démontrée[410].

349. Troisièmement, il ne s'agit pas non plus d'un droit formateur. Celui-ci offre la possibilité de modifier unilatéralement une situation juridique – par exemple l'invocation d'un vice du consentement (art. 31 CO)[411]. Un contrat conclu avec un tiers ne peut y correspondre, sachant que les modifications du contrat de base sont soumises à l'accord de volonté des parties, voire au respect de la forme initialement convenue (art. 12 CO)[412]. Cela heurterait également le principe de la relativité des contrats[413].

350. Le contrat de recouvrement n'appartient donc à aucune des catégories généralement reconnues de droits accessoires. Mais il nous faut encore examiner s'il est judicieux de le qualifier comme tel. Nous examinerons donc les trois principales conséquences de l'accessoriété, en cas d'extinction, de prescription et de cession.

351. *A priori*, le contrat de recouvrement est bien « au service » de la créance de base : il sert à faire pression sur le débiteur et donc à faciliter l'exécution. Mais nous avons déjà vu que le contrat de recouvrement n'offre pas de droit supplémentaire comme le ferait une garantie. Il est donc plus « au service » du créancier que de la créance.

352. En admettant que le contrat de recouvrement soit bien un accessoire. Il faut encore examiner les conséquences de cette qualification, dans les cas retenus par la loi.

353. En matière de prescription, nous avons rappelé que la prescription qui atteint la créance principale entraîne la prescription des accessoires. Cela signifierait que les obligations du créancier et de recouvreur se prescriraient simultanément à la créance de base[414]. Plus encore, un contrat de recouvrement portant sur une dette déjà prescrite se prescrirait dès sa conclusion. Cela

409 *Supra* N 46.

410 *Supra* N 230 ss.

411 CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 12 ; VIONNET, p. 34.

412 CR CO I-XOUDIS, CO 12 N 1, 3.

413 *Supra* N 46.

414 CR CO I-PICHONNAZ, CO 134 N 6.

empêcherait le bon fonctionnement des contrats de recouvrement portant sur des dettes prescrites, dont on a pourtant vu la validité et l'utilité[415].

354. En cas de cession de créances, le recouvreur voit son partenaire contractuel changer. Il ne s'agit pas d'une cession de créances « dérivée », car le rapport contractuel est transféré dans son intégralité au cessionnaire. Or, pareil transfert de contrat nécessite en principe l'accord de toutes les parties[416]. L'accessoriété permettrait de s'affranchir de l'accord du recouvreur.

355. La subrogation n'est pas listée par la doctrine dans les cas classiques d'accessoriété, notamment en raison de la formulation de l'art. 110 CO, qui n'y fait pas référence. Mais le fait pour le tiers qui paie le créancier de se retrouver à sa place pose les mêmes problèmes qu'en matière de cession de créances. De plus, vu que le créancier a reçu un paiement pour sa créance, le contrat de recouvrement est exécuté[417]. Le recouvreur devrait donc continuer son action contre le débiteur, en étant lié par contrat à celui qui a payé à la place de ce dernier – et en pouvant potentiellement bénéficier une seconde fois de sa rémunération.

356. On retrouve la même situation si la créance était garantie par un cautionnement, la caution étant subrogée au créancier dans l'exercice de son droit de recours (art. 507 al. 1 CO).

357. Les cas de solidarité posent des problèmes supplémentaires. En effet, le débiteur solidaire qui paie au-delà de sa part est subrogé au créancier lorsqu'il se retourne contre ses codébiteurs (art. 148 al. 3 et 149 al. 1 CO). Cela signifie que le nouveau partenaire contractuel du recouvreur serait l'ancien débiteur, sur lequel il a précisément fallu faire pression au préalable. Cela nous semble hautement incompatible avec le rapport de confiance à la base du contrat de recouvrement.

358. *Ab absurdo*, nous ne pouvons que constater l'impossibilité de qualifier le contrat de recouvrement d'accessoire de la créance de base. Il n'appartient à aucune des catégories d'accessoires généralement reconnues, et il n'est pas souhaitable de lui en reconnaître la qualité.

359. Le contrat de recouvrement n'est donc pas un accessoire de la créance et mène une existence propre. Cependant, le fait qu'il soit basé sur une créance, de nature fragile, peut entraîner bien des complications[418].

415 *Supra* N 149.

416 FAVRE, N 729.

417 *Infra* N 571 ss.

418 *Infra* N 711 ss.

D) Intermédiation financière

360. Selon l'art. 1 al. 1 de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA)[419], le but de cette loi est de lutter contre le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme, et de régler « la vigilance requise en matière d'opérations financières ». Or, le recouvreur sert précisément d'intermédiaire entre un créancier et son débiteur, et un des éléments essentiels du contrat est la récupération d'une créance, le plus souvent en argent.

361. La Loi sur le blanchiment d'argent vise toute une catégorie de professions, qu'elle qualifie d'« intermédiaires financiers ». On trouve parmi celles-ci les banques (art. 2 al. 2 let. a LBA), les institutions d'assurance-vie (art. 2 al. 2 let. c LBA), les gestionnaires de fortune (art. 2 al. 3 let. e LBA), *etc.* Des activités telles que l'affacturage (art. 2 al. 3 let. a LBA) ou le trafic de paiements (art. 2 al. 3 let. b LBA) sont également concernés par cette loi.

362. Dans ses fonctions, le recouvreur est amené à gérer les créances de ses partenaires contractuels, à recevoir des paiements et les rétrocéder. Le contrat a également une fonction relativement proche de l'affacturage, même s'il n'y correspond pas[420]. Ainsi, qualifier le recouvreur d'intermédiaire financier ne serait pas complètement dénué de sens. Ce n'est cependant pas le cas.

363. Le Conseil fédéral, se basant sur la délégation de compétence prévue à l'art. 41 LBA, avait adopté l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel. Cette ordonnance visait notamment à définir la notion d'intermédiaire financier au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent (art. 1 al. 1 aOIF). Elle est aujourd'hui abrogée.

364. Cette ordonnance examine recouvrement de créances, mais uniquement pour l'exclure de la liste des intermédiaires financiers (art. 1 let. b aOIF) – du fait que le recouvreur et le débiteur n'ont pas de relation contractuelle, ce qui rendrait l'identification du débiteur illusoire[421]. Rien n'est en revanche dit sur l'identification du créancier, qui reste à notre avis possible.

365. Nous nous interrogeons sur la pertinence de cette exclusion. Non seulement le recouvrement vise le transfert de sommes d'argent, mais il se place volontairement en dehors du cadre traditionnel de l'exécution des obligations. Cette profession pourrait jouir d'un rôle privilégié pour contrôler certains flux financiers qui ne passent pas par les institutions étatiques ou les prestataires de services traditionnels. Cette exclusion n'a pas été reprise au 1er janvier 2016 lors de l'adoption de l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des

---

419 RS 955.0.

420 *Infra* N 386.

421 NOBEL, p. 320. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Commentaire OIF, p. 3.

marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA)[422].

§ III. Rôle des Directives VSI

366. L'Association suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement (en allemand, Verband Schweizerischer Inkasso-Treuhandinstitute – VSI, abréviation que nous utiliserons par la suite) a édicté en 1981 une série de règles de conduite pour ses membres[423].

367. Il nous faut donc déterminer si – à l'instar des règles de l'Association suisse des banquiers (ASB) – ces règles sont contraignantes et susceptibles d'entraîner une sanction. Or, ces directives n'ont de force à l'égard des banques dans leur relation contractuelle que si la FINMA les reconnaît comme standard minimal au sens de l'art. 7 al. 3 LFINMA[424]. À défaut, elles ne représentent que des usages, qui n'ont pas valeur de coutume au sens de l'art. 1 al. 2 CC[425]. L'autorégulation est souvent vue comme plus adéquate qu'une règlementation purement étatique, mais le risque de conflits d'intérêts est plus élevé, une association ayant tendance à privilégier ses membres[426].

368. Une autre analogie serait possible avec les règles SIA, dans le domaine de la construction et de l'architecture. Elles sont édictées par l'association professionnelle de la branche, la « Société suisse des ingénieurs et architectes »[427]. Elles définissent les standards de la branche, mais doivent être intégrées dans le contrat passé entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage[428], à moins que le droit public cantonal n'y fasse référence[429]. S'il est possible que les Directives VSI soient intégrées dans l'accord entre créancier et recouvreur, on ne saurait en faire de même pour la relation entre débiteur et recouvreur, qui n'est pas de nature contractuelle.

369. N'ayant pas été édictées par le législateur, adoptées en vertu d'une délégation ou reconnue d'une autre manière, force est de constater que ces règles ne sont pas contraignantes, malgré la teneur de l'art. 2 de ces Directives.

---

422 RS 955.033.0.

423 http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verband-fr/standesregeln-fr.html.

424 ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, p. 6 ; LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 7.

425 BIZZOZERO, p. 60 s. ; LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 803.

426 LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 8 s.

427 http://www.sia.ch/fr/.

428 CR CO I-CHAIX, Introduction aux articles 363-379 CO N 8 s. ; TERCIER/FAVRE, N 5350 ; TF, 6B_1063/2013, consid. 3.6.

429 TF, 6B_234/2014, consid. 3.3.4.

370. Faute de force légale, reste à déterminer quelles parties peuvent se prévaloir de ces règles. Le recouvrement et le créancier ne peuvent les utiliser l'un envers l'autre que si elles ont été valablement intégrées dans le contrat. La VSI ne pourrait s'en prévaloir que vis-à-vis d'un de ses membres, et seulement pour prendre une sanction dans ce cadre. Elle n'a en tout cas pas le pouvoir d'intervenir dans la relation contractuelle, sauf accord des parties. Le débiteur reste quant à lui à l'écart du contrat de recouvrement, en application du principe de la relativité des contrats.

371. Une table édictée par la VSI indique quels frais peuvent être facturés au débiteur[430]. Ces tables n'ont, tout comme les Directives VSI, aucune valeur légale. Quant à la facturation de frais – que nous traiterons en détail dans notre Chapitre 11 – elle ne respecte pas les principes applicables en cas de demeure du débiteur, sauf dans de rares cas[431]. Le risque de conflit d'intérêt est ici maximal, car les membres ont tout intérêt à facturer les montants les plus élevés possibles, sans que leurs partenaires contractuels, les créanciers, n'aient d'intérêt à les faire baisser.

372. De plus, nous l'avons vu en rapport avec le contrat de courtage, une échelle de tarifs fixée par une organisation professionnelle ne saurait être reconnue comme un usage qui permettrait de déterminer le montant du salaire[432]. Ces tarifs ne pourront donc être admis que s'ils résultent de l'accord des parties.

Section II : Cession de créances aux fins de recouvrement

373. Il nous semble important de dire quelques mots de la cession de créances aux fins de recouvrement, même si celle-ci nous semble plus rare dans la pratique. Dans cette hypothèse, le but du contrat reste le même – recouvrer la créance – mais les moyens à disposition sont différents : le recouvreur devient titulaire de la créance.

374. Nous ne répéterons pas nos précédents développements sur la qualification quant aux aspects de contrat de service. Les éléments de qualification que nous allons maintenant développer viennent en sus de ceux déjà énoncés et ne les remplacent pas – on se trouvera donc bien dans un contrat innommé *sui generis*, présentant des éléments de mandat, de courtage et – nous allons le voir – de cession de créances.

---

430 http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verzugsschadentabelle-fr.html.

431 Pour l'analyse détaillée de cette question : *infra* N 1008.

432 *Supra* N 292.

375. Ce changement dans la qualification n'a qu'un impact mineur sur les obligations des parties. Tout au plus, certaines conditions de forme ou présomptions que nous poserons peuvent être modifiées par la cession. Les développements qui suivront dans les prochains chapitres seront principalement orientés sur le mandat de recouvrement, mais les principes que nous en aurons tirés s'appliqueront également à la cession de créances aux fins de recouvrement – sauf indication contraire. Un des rares effets notables est la personne envers qui le débiteur doit se libérer, élément que nous traiterons en détail[433].

§ I. Qualification

376. Comme dans le contrat de recouvrement, un tiers se mêle à la relation contractuelle, mais il remplace alors une des parties au contrat. Nous distinguerons le cas d'une cession de créances classique (A) de la cession globale du contrat d'affacturage (B).

A) Cession de créance

377. La cession de créances est un mécanisme connu et largement utilisé en droit suisse, que nous avons déjà étudié sous l'angle des créances incessibles[434]. Il n'est en revanche pas possible de céder uniquement le droit d'actionner le débiteur en justice, tout en conservant la titularité de la créance. La cession d'une créance ne permet que le transfert intégral des droits qui y sont rattachés[435]. Une cession au recouvreur pour que celui-ci réalise la créance, en recourant si nécessaire à la procédure de poursuite, reste cependant possible.

378. Une cession de créances peut revêtir un aspect de fiducie, c'est-à-dire transférer le droit à un tiers pour que celui-ci l'exerce dans un but déterminé[436]. Il s'agit précisément du but de la cession aux fins de recouvrement, vu que le créancier-cédant y procède afin que le montant dû par le débiteur soit recouvré. On remarquera par ailleurs, sans que cela ne soit déterminant pour la qualification, que l'association faîtière des recouvreurs – VSI – utilise le terme fiducie dans son nom, tant en français qu'en allemand[437].

379. L'aspect de fiducie serait absent s'il s'agissait d'une simple acquisition à prix ferme d'une créance. Ces considérations ne valent que si le paiement du

433 *Infra* N 523 s.

434 *Supra* N 101 ss.

435 ATF 130 III 417, consid. 3.4 ; Arrêt du TC/NE du 27 octobre 2010, RSJ 2011 555, consid. 4.

436 TERCIER/PICHONNAZ, N 890, 892.

437 *Supra* N 366.

prix est conditionnel et proportionnel au montant de la créance recouvrée, et non à l'institution de la cession de créances en tant que telle.

380. Reconnaître le caractère de cession fiduciaire se limitant au recouvrement extra-judiciaire est approprié à la nature de ce contrat. Le recouvreur ne pourra pas céder à son tour la créance[438], car cela ne correspond plus au but du contrat. Il risquerait alors d'engager sa responsabilité contractuelle si le créancier devait subir un dommage de ce fait.

381. Il est de même impossible de se servir de cette cession de créances pour éluder des dispositions impératives[439]. Parmi ces restrictions, la cession fiduciaire ne permettrait pas au recouvreur d'agir en justice pour faire valoir la créance. En effet, la jurisprudence fédérale prohibe l'usage de la cession lorsque celle-ci vise à contourner le monopole de représentation des avocats[440]. Partant, le recouvreur qui actionnerait le débiteur en justice verrait sa demande être frappée d'irrecevabilité pour défaut de légitimation active[441].

382. Même en la qualifiant de cession fiduciaire, la cession de créances aux fins de recouvrement conserve une part très importante de contrat de service. Les obligations respectives des parties ne sont que marginalement modifiées.

383. Une clause d'incessibilité stipulée dans le contrat de base – ou un autre motif d'incessibilité[442] – met en échec ce genre de cession[443], ne laissant que la possibilité d'un mandat de recouvrement. Enfin, relevons que l'une des parties devra notifier au débiteur que la créance a été cédée, faute de quoi le débiteur pourra toujours se libérer valablement en mains du créancier-cédant, en application de l'art. 167 CO[444].

B) Affacturage

384. Le contrat d'affacturage est celui « par lequel une partie (le *factor*) s'engage envers une autre (le client), contre paiement d'une commission, à assurer des services commerciaux et financiers en relation avec l'encaissement de créances du client contre des tiers, qui sont cédées au factor. »[445].

438 ATF 123 III 60, consid. 4c.

439 TERCIER/PICHONNAZ, N 884.

440 ATF 87 II 203, consid. 2b ; ATF 123 III 60, consid. 4c.
Sur la *ratio legis* du monopole des avocats : ATF 100 Ia 163, JdT 1975 I 212, consid. 3b.

441 ATF 123 III 60, consid. 5d.

442 *Supra* N 101 ss.

443 MARCHAND, Clauses, p. 237.

444 CR CO I-PROBST, CO 167 N 3 ss.

445 TERCIER/FAVRE, N 8060.

385. Il s'agit d'un contrat innommé mixte, qui comprend des éléments de mandat et de cession, ainsi que de prêt dans certains cas[446]. Vu la composante de cession de créances, il requiert la forme écrite (art. 165 CO)[447]. Bien que sa réglementation découle en partie du contrat de mandat, l'art. 404 al. 1 CO ne trouve pas application[448].

386. *A priori*, les fonctions du contrat d'affacturage et celle du contrat de recouvrement sont les mêmes. Le créancier qui recourt à l'un de ces contrats souhaite déléguer la tâche – parfois fastidieuse – de gérer ses débiteurs, moyennant une rémunération. Mais une analyse plus complète fait apparaître un grand nombre de différences. L'affacturage concerne toutes les créances, qui sont dans la règle cédées avant même qu'elles n'existent[449]. En général, le factor assume également tout ou partie du risque d'insolvabilité des débiteurs[450]. Rien de tel dans le recouvrement. Les créances sont déterminées de cas en cas, postérieurement à leur naissance et souvent à cause de leur caractère litigieux. Le recouvreur n'assume pas le risque d'insolvabilité proprement dit, même si cela peut avoir des conséquences sur le contrat[451].

387. Le critère faisant défaut ici est le caractère global de la créance. Il ne se justifie donc pas à notre avis de tirer un parallèle entre ces deux régimes juridiques.

§ II. Questions particulières

A) Représentation indirecte

388. Nous avons déjà établi qu'il existait deux types de représentations en droit suisse, directe et indirecte[452]. La cession de créances aux fins de recouvrement nous paraît plutôt relever de la seconde, dès lors que le créancier fait valoir la créance en son propre nom, mais pour le compte du créancier auquel il rétrocèdera le produit de son activité.

Voir également : ENGEL, Contrats, p. 796 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3447 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1229 ; HONSELL, BT, p. 432 ; HUGUENIN, N 3909 ; MÜLLER, Contrats, N 3073 ; ACJC/GE/613/2010, consid. 2.1.

446 ENGEL, Contrats, p. 798 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1231 ; HUGUENIN, N 3921 ; MÜLLER, Contrats, N 3086 s. ; HONSELL, BT, p. 433 ; TERCIER/FAVRE, N 8073.

447 ENGEL, Contrats, p. 800 ; HONSELL, BT, p. 434 ; HUGUENIN, N 3929 ; MÜLLER, Contrats, N 3081 ; TERCIER/FAVRE, N 8077.

448 HONSELL, BT, p. 434 ; MÜLLER, Contrats, N 3111.

449 HUGUENIN, N 3937 ; MÜLLER, Contrats, N 3075, 3101 ; MÜLLER-CHEN, p. 181 TERCIER/FAVRE, N 8065, 8087.

450 ENGEL, Contrats, p. 799 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1229 ; MÜLLER, Contrats, N 3080, 3097 ; MÜLLER-CHEN, p. 181 s. ; TERCIER/FAVRE, N 8066, 8092.

451 *Infra* N 879 ss.

452 *Supra* N 329 ss.

B) Caractéristiques de la cession

1) Caractère causal ou abstrait

389. Un débat relativement ancien porte sur le caractère causal ou abstrait de la cession de créances. Si on la considère comme abstraite, l'acte de disposition, à savoir le transfert de la créance, serait indépendant de la validité de l'acte générateur d'obligations qui le sous-tend. Si elle est causale au contraire, la créance ne passe pas au cessionnaire si elle est basée sur un acte nul. La doctrine moderne semble plutôt favorable au caractère causal de la cession de créances – même si elle reste partagée – pour une simple question de cohérence avec le reste du système de droit des obligations, basé sur la « cause »[453].

390. Un argument emporte à notre avis la décision dans le cas qui nous occupe, mais aussi dans d'autres types de contrats innommés présentant un élément de cession de créances. Si le contrat ne peut avoir de sens sans la partie qui lui manque, il doit être nul dans son ensemble (art. 20 al. 2 CO *a contrario*)[454]. En admettant le caractère abstrait de la cession, cela reviendrait à sauvegarder cette partie du contrat, alors même que le reste des obligations en découlant – celles qui lui donnent son caractère spécifique – sont nulles car causales. La cohérence de l'ensemble commande donc de reconnaître un caractère causal à la cession de créances.

2) Caractère gratuit ou onéreux

391. L'art. 171 CO distingue – dans le régime de garantie – entre les cessions à titre gratuit et les cessions à titre onéreux. Comme son nom l'indique, la cession à titre gratuit suppose que le cessionnaire ne fournisse aucune contre-prestation au cédant. À l'inverse, la cession à titre onéreux implique par définition un rapport d'échange[455]. Contrairement au cas typique de cession de créances, le créancier-cédant – et non le recouvreur-cessionnaire – paie pour la créance.

392. Ce système binaire ne semble guère adapté à la rémunération conditionnelle que connaît la cession de créances aux fins de recouvrement. En effet, tant que le recouvreur n'est pas parvenu à ses fins, il est titulaire de la créance, mais n'a rien à payer au cédant. En revanche, dès que l'obligation est

---

453 ENGEL, Obligations, p. 875 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1692 ; WALCH, *passim*.
Ne se prononce pas, mais résume les deux positions : CR CO I-PROBST, CO 164 N 6.
Cherche à unifier les deux théories : HUGUENIN, N 1339.
La question n'est pas résolue dans l'ATF 95 II 109, JdT 1970 I 92, consid. 2b.

454 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 20 N 101 ss ; HUGUENIN, N 436.

455 CR CO I-PROBST, CO 171 N 1, 15.

accomplie, le recouvreur doit rétrocéder le produit, une fois déduite sa commission.

393. Rattacher simplement à l'un ou l'autre des systèmes ne serait donc pas approprié. Il convient selon nous de traiter de la responsabilité du créancier-cédant en se référant aux règles du contrat de mandat et de courtage, en application de la théorie de la combinaison[456]. Nous consacrerons un chapitre particulier à ce point[457].

394. Rappelons encore que les parties peuvent éviter ces écueils en adaptant le contrat à leurs besoins, le régime de la cession de créances étant de droit dispositif.

456 *Supra* N 242 ss.

457 *Infra* N 711 ss.

Synthèse

395. Nous avons déjà déterminé que les éléments essentiels du contrat de recouvrement étaient pour une partie de promettre à l'autre de provoquer l'exécution d'une créance, en l'échange d'une rémunération dépendante du résultat. Nous pouvons maintenant qualifier juridiquement ce contrat, en nous basant sur nos précédents développements.

396. Le recouvrement est un contrat de service, et entre par conséquent dans le champ du mandat au sens large, dont on se souviendra qu'il est très étendu[458]. Qualifier ce contrat de mandat pur occulterait cependant certains aspects déterminants. Le mandat particulier qu'est le contrat de courtage paraît le plus approprié pour prendre en compte la rémunération dépendante du résultat obtenu.

397. Bon nombre d'aspects du contrat sont donc couverts par des règles résultant de contrats nommés. Toutefois, la dépendance entre l'exécution d'une obligation par un tiers et la rémunération d'une partie est un élément qui ne se retrouve dans aucun contrat nommé.

398. Le contrat de recouvrement ne correspond à aucune des catégories créées par la loi, mais cela ne l'empêche pas d'être valable. Il nous faut donc le qualifier de contrat innommé. Plus précisément, il est un contrat de service, innommé, *sui generis*, mais comprenant des éléments de mandat et de courtage.

399. Comme le contrat de courtage, il s'agit d'un contrat bilatéral imparfait[459]. Les articles 82, 107 ou 119 al. 2 CO ne trouveront donc pas à s'appliquer entre le recouvreur et le créancier[460].

400. Le contrat de recouvrement consiste en une prestation unique, mais s'inscrit nécessairement dans la durée – le recouvrement de la créance suppose la prise de contact et la négociation, plus ou moins longue, avec le débiteur. Il s'agit donc d'un contrat analogue à un contrat de durée[461]. Il sera nécessaire d'examiner certaines règles posées par la jurisprudence, en matière de résolution[462], même si elles ne trouveront pas nécessairement à s'appliquer.

401. Quand bien même une partie des règles applicables provient du contrat de mandat, le contrat de recouvrement n'est en principe pas conclu à titre gratuit. Nous pouvons même dire que la rémunération du recouvreur est un

458 *Supra* N 255.

459 *Supra* N 291.

460 MÜLLER, Contrats, N 75 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 246.

461 MÜLLER, Contrats, N 75 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 250.

462 *Infra* N 842.

élément essentiel du contrat. Si la rémunération est indépendante du résultat, il s'agit alors d'un simple mandat.

402. Le contrat de recouvrement à titre gratuit perd l'élément de courtage et les éléments *sui generis* qui le composent, pour devenir un simple mandat. Hors de la problématique de la rémunération, une autre conséquence sera l'analyse de l'éventuelle faute du recouvreur, que l'on appréciera avec moins de sévérité, en vertu de la règle de l'art. 99 al. 2 CO[463]. Les autres éléments – notamment dans les rapports entre le débiteur et le recouvreur – restent inchangés.

403. Suivant la méthode d'analyse par combinaison, privilégiée par le Tribunal fédéral[464], nous chercherons pour chaque question juridique la solution la plus appropriée parmi les règles qui régissent ces contrats. Les règles du courtage et du mandat seront évidemment les plus sollicitées, mais nous ne saurions exclure l'application de dispositions pertinentes tirées d'autres contrats.

404. La cession de créances aux fins de recouvrement ne diffère que peu du mandat de recouvrement. Elle transforme la représentation directe en représentation indirecte, et permet au recouvreur d'intenter lui-même une poursuite. En revanche, cette cession ne saurait permettre au recouvreur d'agir devant les juridictions civiles.

463 ENGEL, Obligations, p. 163 ; HOFSTETTER, p. 15 ; SCHWENZER, N 22.24.

464 *Supra* N 242.

« Pardonnez-nous si nous nous sommes mis à rire quand vous nous avez offert en paiement les cailloux de nos grands chemins. Vous n'avez pas sans doute de la monnaie du pays, mais il n'est pas nécessaire d'en avoir pour dîner ici. »

François-Marie AROUET, dit VOLTAIRE, Candide ou l'optimisme, Chapitre XVII.

Chapitre 3 : For et droit applicable

405. Le contrat de recouvrement ne se limite pas nécessairement au territoire suisse. Il se peut qu'il présente des liens avec d'autres pays, si une des parties au contrat – ou même le débiteur – y a son domicile ou son siège. Il nous faut donc traiter de la détermination du for (Section I) et du droit applicable (Section II).

406. Le for et le droit applicable sont deux questions réglées par la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP)[465]. En effet, selon l'art. 1 al. 1 let. a et b LDIP :

> « [1]La présente loi régit, en matière internationale :
>
> a. la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses ;
>
> b. le droit applicable […]. »

407. Cependant, il ne faut pas oublier que, dans un litige impliquant des parties domiciliées en Suisse et dans l'Union Européenne, la compétence des tribunaux est réglée par la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 30 octobre 2007 (Convention de Lugano)[466]. Vu l'importance systémique des relations entre la Suisse et l'Europe, nous analyserons également la compétence des tribunaux suisses au regard de ladite Convention.

---

[465] RS 291.

[466] RS 0.275.12.

408. La Convention de Lugano prime sur la LDIP, non seulement en vertu de l'art. 1 al. 2 LDIP, qui réserve les traités internationaux, mais surtout vu l'art. 5 al. 4 Cst., qui affirme le principe général de la primauté des traités internationaux[467].

409. Nous traiterons également du for applicable selon le Code de procédure civile (CPC)[468]. En revanche, nous ne traiterons pas de la question du droit applicable selon ce Code, le droit suisse étant évidemment applicable en l'absence d'un élément d'extranéité[469].

Section I : For

§ I. Détermination contractuelle

410. Selon l'art. 5 al. 1 LDIP, les parties peuvent élire un for – en principe exclusif – en cas de litige patrimonial[470]. Cette possibilité est implicitement limitée par les fors impératifs prévus dans certaines dispositions, par exemple en matière de protection des consommateurs (art. 114 LDIP)[471]. Le contrat de recouvrement pouvant donner lieu à un litige en matière patrimoniale, l'élection de for est donc possible. Celle-ci doit être intégrée au contrat et elle doit pouvoir être reproduite sur un support écrit, sans toutefois que la signature des parties soit nécessaire[472].

411. La solution n'est pas différente dans la Convention de Lugano ; les parties peuvent également élire un for[473]. En vertu de l'art. 23 al. 1 CL :

> « Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État lié par la présente Convention, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État lié par la présente Convention pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. […]».

---

467 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 1, N 1345 ; CR LDIP-BUCHER, LDIP 1 N 27, CL 2 N 1 ; BUCHER/BONOMI, N 33 ; TRAN, N 113.

468 RS 272.

469 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 6 ; BUCHER/BONOMI, N 1024.

470 BUCHER/BONOMI, N 98 ss ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 7 N 42 ; ATF 127 III 118, consid. 3b.

471 CR LDIP-BUCHER, LDIP 5 N 1, 8 ; BUCHER/BONOMI, N 993 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 7 N 46 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 945 ; KREN KOSTKIEWICZ, N 2000.

Infra N 423 ss pour l'analyse.

472 CR LDIP-BUCHER, LDIP 5 N 11 s. ; BUCHER/BONOMI, N 104 ss ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 7 N 48.

473 CR LDIP-BUCHER, CL 23 N 1 ; BUCHER/BONOMI, N 101 ss.

412. La Convention de Lugano, comme la Loi sur le droit international privé, prévoit une réserve de forme écrite, qui est toutefois simplifiée[474]. L'élection de for doit être faite ou confirmée par écrit (art. 23 al. 1 let. a CL), ce qui comprend les échanges électroniques, s'il est possible de la consigner sur un support (art. 23 al. 2 CL). L'usage d'une forme correspondant aux habitudes des parties ou aux usages du commerce est également valable (art. 23 al. 1 let b et c CL).

413. On retrouve la même solution dans le Code de procédure civile. Selon l'art. 17 al. 1 CPC, « [s]auf disposition contraire de la loi, les parties peuvent convenir d'un for pour le règlement d'un différend présent ou à venir résultant d'un rapport de droit déterminé. Sauf disposition conventionnelle contraire, l'action ne peut être intentée que devant le for élu. ».

414. L'art. 17 al. 2 CPC prévoit, comme la Loi sur le droit international privé, que l'élection de for doit pouvoir être prouvée par texte, sans toutefois requérir la forme écrite au sens du Code des obligations[475].

415. La situation est donc semblable quel que soit le texte applicable, les parties peuvent élire le for, sous réserve de règles de protection d'une partie.

§ II. Détermination légale

A) En général

416. En matière contractuelle, le for légal est régi par l'art. 112 LDIP. Suivant le principe général en la matière, le tribunal du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur est compétent. L'art. 113 LDIP ouvre un for supplémentaire – alternatif – au lieu d'exécution de la prestation caractéristique, si celle-ci doit avoir lieu en Suisse[476]. Ces fors ne sont donnés qu'en l'absence d'une élection de for exclusive[477] ou d'un for impératif[478].

417. En l'absence d'une clause d'élection de for, les parties au contrat pourront donc agir chacune devant le tribunal du domicile de l'autre. Elles ont également la possibilité d'agir au lieu de l'exécution du contrat, qui se trouve être au domicile du débiteur. On se trouve ici devant une situation étrange, qui ouvre un for au domicile d'une « non-partie », alors même que cette dernière ne peut agir en se basant sur le contrat.

---

474 CR LDIP-BUCHER, CL 23 N 16 ; BUCHER/BONOMI, N 108 ss.

475 CPC-HALDY, CPC 17 N 14 ; KZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, CPC 17 N 17.

476 BSK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 113 N 8 ; BONOMI, p. 97 ; CR LDIP-BONOMI, LDIP 113 N 1 ; BUCHER/BONOMI, N 967 ss ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 7 N 62.

477 CR LDIP-BONOMI, LDIP 112 N 4 ; LDIP 113 N 11.

478 *Infra* N 423.

418. La Convention de Lugano prévoit également ce double for, à l'art. 2 al. 1 CL pour le for général, et à l'art. 5 al. 1 CL pour le for du lieu de l'exécution. Il existe toutefois quelques différences entre les deux systèmes.

419. La Convention de Lugano ne fait que déterminer la compétence des tribunaux d'un État, sans donner directement le tribunal compétent – tâche réservée au droit interne[479]. La Loi sur le droit international privé, qui ne concerne évidemment que la Suisse, donne sans autres la compétence d'un tribunal.

420. La deuxième différence concerne le for de l'exécution. La Convention de Lugano prévoit un système différent selon que la prestation est une vente, un contrat de service ou un autre contrat[480]. Dans les deux premiers cas, le système est le même que dans la Loi sur le droit international privé, à savoir que le lieu d'exécution de la prestation caractéristique est déterminant. En revanche, pour les autres contrats, on se réfère au lieu d'exécution de la prestation « litigieuse »[481].

421. La problématique de la détermination de la prestation litigieuse et de son lieu d'exécution ne se pose pas dans le contrat de recouvrement, qui est un contrat de service[482]. Comme dans la Loi sur le droit international privé, il y aura donc un for supplémentaire alternatif ouvert au lieu de l'exécution, qui est le domicile du débiteur.

422. Le Code de procédure civile prévoit également un for au domicile du défendeur, ainsi qu'un for au lieu de l'exécution – avec les mêmes limitations – reprenant ainsi les principes de la Loi sur le droit international privé[483].

B) Détermination impérative

423. La liberté dans le choix du for n'est pas sans limites. Le législateur a édicté certaines règles impératives, dans un but de protection de la partie faible. On les retrouve notamment en matière de protection du consommateur – qui exclut toute élection de for avant le litige (art. 114 LDIP)[484]. Les fors impératifs visant à protéger le travailleur (art. 115 LDIP)[485] ne concernent pas le contrat de recouvrement au sens de notre étude, qui n'est pas un contrat de travail[486].

---

479 CR LDIP-BUCHER, CL 2 N 2.

480 CR LDIP-BONOMI, LDIP 113 N 10, CL 5 N 34 ss ; BUCHER/BONOMI, N 972.

481 CR LDIP-BONOMI, CL 5 N 34 ss ; BUCHER/BONOMI, N 979 ss.

482 *Supra* N 250.

483 BONOMI, p. 97 ; CR LDIP-BONOMI, LDIP 113 N 1 ; HOFMANN/LÜSCHER, p. 15.

484 CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 22 ; BUCHER/BONOMI, N 1001 ss ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 914 ; PICHONNAZ, Consommation, p. 64.

485 BUCHER/BONOMI, N 993 ; VISCHER/HUBER/OSER, N 731.

486 *Supra* N 327.

424. En Suisse, les conditions pour être au bénéfice de la protection du consommateur sont fixées à l'art. 120 LDIP, auquel l'art. 114 al. 1 LDIP renvoie. Elles sont les suivantes : le bien ou le service doit être acquis pour un usage personnel ou familial – par opposition à un usage professionnel ou commercial – le cocontractant doit être un professionnel, et il doit s'agir d'une prestation de consommation courante, ce qui nécessite l'analyse du type et de l'étendue de la prestation convenue[487]. Il faut de plus que le contrat ait un lien avec l'État de résidence du consommateur, qui est donné dans les trois hypothèses prévues à l'art. 120 al. 1 let. a-c LDIP : réception de la commande, offre ou publicité et actes de conclusion du contrat ou encore incitation à se rendre à l'étranger[488].

425. La possibilité pour un consommateur d'être partie à un contrat de recouvrement ne va pas de soi. On songe plus facilement au consommateur dans la position du débiteur, donc extérieur à la relation contractuelle qui nous intéresse au premier chef dans cette partie de notre thèse.

426. En règle générale, le recouvreur ne s'occupe que de créances d'argent[489]. Or, le consommateur est le plus souvent la partie qui reçoit une prestation en nature en échange de son paiement. Cependant, il existe quelques cas où sa prétention est de nature pécuniaire, telle une demande de dommages-intérêts ou la restitution du prix suite à la résolution du contrat.

427. Reste à déterminer si le recouvrement de créances est une prestation de consommation courante. La doctrine distingue deux critères : la valeur de la prestation et le type de celle-ci[490]. Pour le premier, un montant inférieur à CHF 20 000.— – voire CHF 80 000.— en référence à la Loi sur le crédit à la consommation – est admissible. Au-delà, il s'agit d'une prestation « de luxe », qui n'entraîne pas de besoin de protection[491]. Vu les petits montants en jeu en matière de recouvrement, de l'ordre de quelques centaines de francs, ce critère nous paraît en général rempli. Il n'en va pas de même pour le second critère. Pour certains auteurs, la notion de prestation courante doit se limiter aux « besoins élémentaires » du consommateur[492].

---

487 CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 2, 3, 11 ; BUCHER/BONOMI, N 988 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 914 ; PICHONNAZ, Consommation, p. 52 s. ; MARCHAND, Consommation, p. 305 ; ATF 130 III 417, consid. 2.1.

488 CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 12 ; BUCHER/BONOMI, N 989 s. ; FORNAGE, p. 125 ; VISCHER/HUBER/OSER, N 738.

489 *Supra* N 119.

490 PICHONNAZ, Consommation, p. 53 ; TRAN, N 142.
Critère de la valeur, sous l'ancienne LFors, ATF 132 III 268, JdT 2006 I 564, consid. 2.2.4.
Défavorable à un critère strict de valeur : MARCHAND, Consommation, p. 306.

491 CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 11 ; BSK IPRG-BRUNNER, LDIP 120 N 24 ; FORNAGE, p. 123 ; MARCHAND, Consommation, p. 305 ; VISCHER/HUBER/OSER, N 729 ; TF, 4A.58/2008, consid. 2.

492 BUCHER/BONOMI, N 988 ; BSK IPRG-BRUNNER, LDIP 120 N 24.
On trouve le terme également de « besoins usuels » : FORNAGE, p. 122 s.

428. Pour BONOMI, le fait de mandater un avocat serait une prestation de consommation courante, si le litige est de consommation courante[493]. VISCHER/HUBER/OSER sont plus nuancés, admettant cette possibilité, mais rappelant qu'en général, une situation requérant l'appui d'un avocat est suffisamment inhabituelle en soi pour ne pas être considérée comme une prestation de consommation courante[494].

429. Le fait de mandater un recouvreur est une situation rare pour un privé, et qui sort certainement du cadre classique de la consommation. En effet, le contrat de recouvrement sert surtout aux fournisseurs de prestations qui ne se font pas payer à temps par des consommateurs. Une inversion des rôles nous paraît pour le moins inusuelle.

430. Les situations que nous venons d'évoquer, où un consommateur aurait une créance en argent contre son cocontractant ont un clair caractère de contentieux. Le consommateur est alors déjà protégé – notamment par des règles de droit international privé ou de procédure que nous examinons ici. Si le législateur avait voulu étendre la protection du consommateur aux relations de représentation dans le procès ou hors de celui-ci, il aurait certainement édicté des règles en la matière.

431. Enfin, plus généralement, il n'existe pas de raison de lier deux contrats indépendants sous prétexte que l'une des parties bénéficie d'une protection particulière dans le cadre de l'un d'eux. La qualité de consommateur doit à notre sens être examinée indépendamment pour chaque relation. D'ailleurs, même un contrat qui est l'accessoire d'une autre créance peut avoir un for et un droit applicable indépendant de cette dernière[495]. Or, nous l'avons vu, le contrat de recouvrement n'est pas un accessoire, il se justifie donc d'autant moins de lier l'analyse des règles de for et de droit applicable en la matière.

432. Ainsi, le créancier n'est à notre avis pas protégé par l'art. 114 LDIP. Cela n'empêcherait toutefois pas qu'il soit considéré comme un consommateur dans un autre contexte ne requérant pas l'application du critère de la prestation de consommation courante, tel que l'application des articles 40a et suivants CO[496].

Critique, mais reconnaissant *de lege lata* cette définition : CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 11.

Rejetant le critère de prestation de consommation courante comme n'ayant pas de portée propre : KREN KOSTKIEWICZ, N 2005 – voir cependant l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.222/2005, consid. 2.2.

493 CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 11.

Vaut pour tous les contrats conclus entre consommateurs et profession libérales, vu son opinion sur la prestation de consommation courante : KREN KOSTKIEWICZ, N 2282.

494 VISCHER/HUBER/OSER, N 731.

495 CR LDIP-BONOMI, LDIP 117 N 37 ; BUCHER/BONOMI, N 1057.

496 Sur le régime des articles 40a et suivants CO : *infra* N 777 ss.

433. La Convention de Lugano prévoit également des fors impératifs, en matière de contrat d'assurance (art. 8 ss CL), de travail (art. 18 ss CL) ou de consommation (art. 15 ss CL)[497]. Comme vu précédemment, seules les règles en matière de de consommation peuvent concerner le contrat de recouvrement. Les premiers critères sont les mêmes qu'en droit suisse : le consommateur doit acquérir un bien ou un service pour un usage personnel ou familial, et son cocontractant doit être un professionnel[498]. Il existe toutefois une différence considérable entre les deux systèmes, le droit européen ne connaissant pas le critère de prestation de consommation courante[499].

434. Pour reconnaître un for impératif, il faut encore que le fournisseur ait dirigé son activité vers l'État de domicile du consommateur, par n'importe quel moyen. La Cour de Justice de l'Union européenne, dans l'arrêt dit « Pammer »[500] a dressé une liste non-exhaustive de critères. Parmi eux, on peut trouver la nature internationale de l'activité, les facilités de contact – telles que la mention d'itinéraires ou de préfixe téléphoniques internationaux – la langue et la monnaie utilisée, *etc.*[501].

435. Le créancier-consommateur qui conclut un contrat avec un recouvreur pourra donc bénéficier de la protection de son for, sans l'écueil de la prestation de consommation courante, si le critère de l'activité dirigée est donné.

436. L'art. 16 al. 1 CL prévoit que le consommateur bénéficie de fors alternatifs. Il peut agir soit à son domicile, soit à celui du cocontractant. Ce dernier ne peut en revanche agir que devant les tribunaux de l'État du consommateur (art. 16 al. 2 CL)[502]. Ces fors sont impératifs, en vertu de l'art. 17 CL, qui prévoit toutefois des exceptions[503], ce qui conduit certains auteurs à les qualifier de « semi-impératifs »[504].

437. Les articles 31 à 34 CPC prévoient également des fors impératifs dans des domaines sociaux[505]. En particulier, l'art. 32 CPC protège le for du consommateur. Les conditions sont les mêmes que dans la Loi sur le droit

---

497 CR LDIP-BONOMI, CL 17 N 5 ; BUCHER/BONOMI, N 994, 1007, 1014.

498 CR LDIP-BONOMI, CL 15 N 9 ss ; BUCHER/BONOMI, N 995 s.

499 CR LDIP-BONOMI, CL 15 N 18 ; BUCHER/BONOMI, N 995 ; MARCHAND, Consommation, p. 304.
Voir également : ATF 134 III 218, consid. 3.1.

500 ACJUE C-585/08 et C-114/09, du 7 décembre 2010.

501 ACJUE C-585/08 et C-114/09, du 7 décembre 2010, consid. 93.
En doctrine : BUCHER/BONOMI, N 998 ; FORNAGE, p. 130 ; MARCHAND, Consommation, p. 308 s. ; JEANDIN/PEYROT, p. 160 s.

502 BUCHER/BONOMI, N 999 ; CR LDIP-BONOMI, CL 16 N 14 ; FORNAGE, p. 126.

503 CR LDIP-BONOMI, CL 17 N 7 ss ; BUCHER/BONOMI, N 999 s. ; FORNAGE, p. 127 ; JEANDIN/PEYROT, p. 154.

504 JEANDIN/PEYROT, p. 154.

505 CPC-HALDY, CPC 17 N 18 ; KZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, CPC 35 N 16.

international privé[506]. Par conséquent, nos réserves quant à l'applicabilité du critère de consommation courante valent également ici.

Section II : Droit applicable

§ I. Détermination contractuelle

438. Selon l'art. 116 al. 1 LDIP, « [l]e contrat est régi par le droit choisi par les parties. ». Les contrats de mandat et de courtage, dont on a vu qu'ils étaient des composantes principales du recouvrement, ne font pas exception à la règle[507]. Ainsi, le droit applicable au contrat de recouvrement est avant tout déterminé par la volonté des parties. L'élection du droit suisse est possible même si le contrat ne présente aucun lien avec la Suisse, notamment si les parties souhaitent qu'un droit neutre régisse leur relation. L'usage de cette liberté ne doit toutefois pas constituer un abus de droit[508].

439. L'art. 116 al. 2 LDIP règle les modalités de l'élection de droit. Celle-ci ne requiert pas de forme particulière. Elle peut être expresse ou tacite, il suffit que la volonté des parties soit claire[509]. L'élection de droit est rétroactive en vertu de l'art. 116 al. 3 LDIP, sous réserve des droits de tiers ou d'un accord contraire des parties[510].

440. Le créancier et le recouvreur peuvent donc en principe s'entendre tant sur le choix du for que sur celui du droit applicable. Nous examinerons cependant quelques normes spécifiques restreignant le choix du droit applicable par les parties au contrat.

---

506 CR LDIP-BONOMI, LDIP 114 N 3 ; CPC-HALDY, CPC 32 N 5 ss ; KZPO-FELLER/BLOCH, CPC 32 N 15 ss ; FORNAGE, p. 125.

En 2008, au sujet du projet de CPC : PICHONNAZ, Consommation, p. 54.

507 BUCHER/BONOMI, N 1056 ; BK-FELLMANN, Vorb. zu Art. 394-406, N 166, 172 ; KREN KOSTKIEWICZ, N 2202.

508 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 17 ; KREN KOSTKIEWICZ, N 2106.

509 BSK IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, LDIP 116 N 37 ss ; CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 35 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 7 N 85 ss ; KREN KOSTKIEWICZ, N 2122 ; ATF 130 III 417, consid. 2.2.1.

510 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 44.

§ II. Détermination légale

A) En général

441. La détermination légale du droit applicable en matière contractuelle découle de l'art. 117 LDIP :

> « [1] À défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits.
>
> [2] Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.
>
> [3] Par prestation caractéristique, on entend notamment : […]
>
> c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service ; […] ».

442. Cette présomption posée par l'art. 117 LDIP concernant les « liens les plus étroits » doit être vérifiée dans chaque véritable litige, et le juge peut s'en écarter[511]. Nous pouvons cependant dire qu'en règle générale, le contrat de recouvrement sera régi par le droit du domicile du recouvreur. En effet, la prestation caractéristique est le service rendu[512], tant dans le contrat de mandat que dans le contrat de courtage, qui sont les deux composantes du contrat de recouvrement[513]. Cela est renforcé par le fait que le créancier exécute une prestation pécuniaire, qui n'est en principe pas la prestation caractéristique du contrat[514].

B) Détermination impérative

443. Comme en matière de for, certaines règles de droit international privé restreignent la liberté des parties de choisir le droit applicable. Par exemple, l'art. 120 LDIP exclut l'élection de for en matière de contrat conclu avec un consommateur, le droit de ce dernier étant impérativement applicable[515].

---

511 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 6 ; BUCHER/BONOMI, N 1036 s. ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 8 N 56 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 518.

512 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 36 ; BUCHER/BONOMI, N 1043 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 8 N 55 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 519. KREN KOSTKIEWICZ, N 2202.

513 *Supra* N 396.

514 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 14 ; BUCHER/BONOMI, N 1043.

515 CR LDIP-BONOMI, LDIP 120 N 22 ; BUCHER/BONOMI, N 1081, 1084 ; JEANDIN/PEYROT, p. 166 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 914 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 7 N 76, § 8 N 49 ; KREN KOSTKIEWICZ, N 2283.

444. On l'a vu, le créancier ne peut être considéré comme un consommateur sous l'angle du droit international privé suisse, en raison du critère de la prestation de consommation courante[516]. La détermination impérative du droit applicable ne peut donc pas entrer en ligne de compte ici.

445. Au-delà de ces règles impératives, il existe des normes particulièrement importantes, qui trouvent à s'appliquer en toutes circonstances et qui font échec à l'application d'une norme tirée d'un autre droit. Elles sont toutefois d'application restrictive[517]. Il s'agit des règles d'ordre public, qui comportent deux aspects, un positif et un négatif.

446. L'ordre public positif – régi par l'art. 18 LDIP – est l'application d'une norme impérative de droit suisse (une « loi d'application immédiate » ou une « loi de police ») malgré l'existence d'une norme différente dans le droit étranger applicable. Il ne s'agit pas simplement d'une norme impérative, dont la violation serait sanctionnée en droit interne par l'illicéité, mais bien d'une règle appartenant au noyau d'un système légal[518]. On peut citer par exemple le droit d'action de la Confédération en matière de concurrence déloyale[519].

447. Il faut cependant que la cause en question ait un lien suffisant avec la Suisse. La simple élection d'un droit neutre par des parties à un contrat n'entraîne pas nécessairement l'application des articles 17 ou 18 LDIP[520].

448. Parmi ces règles – dont la liste ne saurait être exhaustive – on compte l'interdiction de l'abus de droit, l'interdiction des taux d'intérêt usuraires, les dommages-intérêts punitifs, le respect de l'intérêt de l'enfant dans les affaires qui le concerne, l'interdiction des pots-de-vin ou encore la protection du noyau des droits de la personnalité[521].

449. Il n'est pas possible de se soustraire à ces règles, qui s'appliquent dès que le for est en Suisse. En matière contractuelle, l'ordre public empêche l'application de la règle convenue par les parties[522].

450. Le contrat de recouvrement n'échappe pas à l'ordre public, mais les cas d'application sont rares. On pourrait penser à l'interdiction de l'abus de droit,

---

516 *Supra* N 425.

517 BUCHER/BONOMI, N 480 ; OTHENIN-GIRARD, N 64.

518 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 13 ; DUTOIT, p. 28 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 354 ; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, LDIP 18 N 12 ; OTHENIN-GIRARD, N 114, 117 ; ATF 128 III 201, SJ 2002 I 293, consid. 1b ; ATF 135 III 614, consid. 4.2.

519 ATF 136 III 23, JdT 2011 II 344, consid. 6.6.2.2.

520 BUCHER/BONOMI, N 502 ; DUTOIT, p. 26 ; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, LDIP 18 N 14 ; OTHENIN-GIRARD, N 329 ; ATF 128 III 201, SJ 2002 I 293, consid. 1b ; ATF 135 III 614, consid. 4.2.

521 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 13 ; CR LDIP-BUCHER, LDIP 17 N 9 s. ; BUCHER/BONOMI, N 495 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 381 ; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, LDIP 18 N 16 ss ; ATF 128 III 201, SJ 2002 I 293, consid. 1c.

Pour les dommages-intérêts punitifs uniquement : BUCHER/BONOMI, N 1182, 1194.

522 CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 13 ; BUCHER/BONOMI, N 483.

commune à toutes les relations contractuelles.L'ordre public négatif, tiré de l'art. 17 LDIP, empêche l'application d'une norme de droit étranger qui « heurterait » le sentiment de justice de façon « intolérable »[523]. Nous n'avons pas connaissance d'une telle règle étrangère en matière de contrat de recouvrement.

[523] CR LDIP-BONOMI, LDIP 116 N 13 ; BUCHER/BONOMI, N 484 ; DUTOIT, p. 25 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 351 ; BSK IPRG-MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, LDIP 17 N 13 ; OTHENIN-GIRARD, N 12, 113 ; ATF 128 III 201, SJ 2002 I 293, consid. 1b ; ATF 135 III 614, consid. 4.2.

Synthèse

451. En conclusion, les parties au contrat de recouvrement sont libre d'élire un for et un droit applicable, sous réserve que l'une d'elle soit consommatrice ou travailleuse – un cas rare – ou dans les situations, plus rares encore, d'atteinte à l'ordre public. Le système suisse est donc relativement libéral en la matière.

452. À défaut d'une clause particulière, on en reviendra aux règles applicables en matière de contrats. Le for sera au domicile du défendeur de l'action ou au lieu de l'exécution. La prestation caractéristique du contrat étant celle du recouvreur, le droit applicable sera celui de sa résidence ou de son siège.

« *In principio erat Verbum* […] *et Verbum caro factum est et habitavit in nobis* »

Évangile selon JEAN, Chapitre 1, versets 1 et 14.

Chapitre 4 : Formation du contrat

453. Nous tâcherons de déterminer dans ce chapitre comment le contrat de recouvrement se forme. Deux éléments sont à prendre en compte, d'une part l'échange des manifestations de volontés (Section I), d'autre part les règles de forme applicables (Section II).

Section I : Manifestations de volonté

§ I. Portée

454. Selon l'art. 1 al. 1 CO : « [l]e contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. ». On retrouve énoncés dans cet article tous les éléments qui permettent de démontrer l'existence d'un contrat[524].

455. Comme nous l'avons vu, le contrat résulte de l'accord de volonté des parties, qui doit couvrir les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat[525]. Nous avons déjà défini les éléments objectivement essentiels comme étant l'action de recouvrer la créance et la rémunération[526]. Les éléments subjectivement essentiels étant dépendants de la volonté des parties, il n'est pas possible de les déterminer à l'avance ou de les analyser en détail sans référence à un cas concret[527].

456. Si l'absence d'accord sur les éléments essentiels du contrat fait obstacle à sa conclusion, des divergences sur des points secondaires ne l'empêchent pas d'être valable. On en revient alors aux règles supplétives pour compléter le contrat, ou à l'art. 2 al. 2 CO, qui permet au juge de compléter le contrat, si un point a été réservé par les parties en application de l'art. 2 al. 1 CO[528].

---

524 *Supra* N 56.

525 CARRON, N 6 s. ; ENGEL, Obligations, p. 213 ; SCHWENZER, N 28.05, 28.07 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 219 ss, 569 ss.

526 *Supra* N 78 ss, 185 ss.

527 *Supra* N 191.

528 BSK OR I-BUCHER, CO 2 N 2, 6 ; CR CO I-MORIN, CO 2 N 14 ; SCHWENZER, N 29.04 s. ; ATF 103 II 190, consid. 2 ; ATF 135 III 295, consid. 5.3.

457. L'accord des volontés est réalisé par l'échange d'une offre et d'une acceptation, qui doivent être réciproques et concordantes[529], bien qu'il soit parfois difficile de déterminer qui est à l'origine de l'offre lorsque le contrat résulte d'une négociation[530]. Le contrat de recouvrement étant en général standardisé, et les recouvreurs proposant des conditions générales, ce point n'a pas une grande importance pratique, la conclusion du contrat pouvant facilement être documentée.

§ II. Échange

458. Les règles spécifiques relatives aux contrats conclus entre présents ou en absents (art. 4 et 5 CO) n'ont pas de portée particulière pour le contrat de recouvrement, qui y est soumis comme tout autre contrat. Nous n'y consacrerons donc pas de développements particuliers.

459. En règle générale, l'acceptation n'a lieu que si son auteur manifeste sa volonté de façon expresse ou par actes concluants. C'est-à-dire que l'acceptant déclare explicitement son acceptation, ou que ses actes peuvent être interprétés, selon le principe de la confiance, comme une acceptation de l'offre[531]. Sauf convention contraire – et sous réserve d'un cas d'application de l'art. 6 CO – le silence ne vaut pas acceptation[532].

460. La conclusion d'un contrat par actes concluants, spécialement d'un contrat de mandat ou de courtage, doit être maniée avec précaution. En effet, si un mandataire ou un courtier commence de son propre chef à s'occuper de l'affaire d'autrui, il ne faut pas admettre trop facilement que l'inaction du « mandant » vaut acceptation, faute de quoi le risque qu'il soit lié par un contrat dont il ne veut pas – voire dont il n'a pas conscience – serait trop grand. La doctrine propose donc que l'acceptation par actes concluants d'un mandat ne soit possible que si la volonté du mandant ne fait aucun doute[533].

461. Ces règles générales sont toutefois tempérées par l'art. 6 CO, qui dispose que « [l]orsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. » L'interprétation donnée par la doctrine de cet article est que le contrat peut être conclu de manière tacite[534] –le silence de l'acceptant doit alors

529 ENGEL, Obligations, p. 192 ss ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 1 s. ; SCHWENZER, N 28.01.

530 SCHWENZER, N 28.02.

531 ENGEL, Obligations, p. 204 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 11.

532 CR CO I-MORIN, CO 1 N 11, CO 6 N 1, 6 ; SCHWENZER, N 28.34.

533 CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 17 ; TERCIER/FAVRE, N 5607 ss.

534 ENGEL, Obligations, p. 196, 203 ; SCHWENZER, N 28.37 ss.

être considéré comme une acceptation par actes concluants[535]. Le contrat ne doit toutefois présenter que des avantages pour l'acceptant : par exemple l'acceptation d'une donation[536]. D'autres cas sont envisageables, comme les usages en vigueur dans une branche ou une déclaration de l'auteur de l'offre selon laquelle le silence vaudra acceptation – seul l'acceptant pourra toutefois se prévaloir de cette déclaration dans ce dernier cas[537]. En tout état de cause, le sens du silence de l'acceptant doit être interprété selon le principe de la confiance[538].

462. En dérogation à ces règles de la partie générale du Code des obligations[539], l'art. 395 prévoit qu' « [à] moins d'un refus immédiat, le mandat est réputé accepté lorsqu'il se rapporte à des affaires pour la gestion desquelles le mandataire a une qualité officielle, ou qui rentrent dans l'exercice de sa profession, ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services. ». Cette disposition s'applique évidemment au mandat, et le renvoi de l'art. 412 al. 2 CO fait que le courtier est également soumis à cette règle[540]. Ces contrats sont donc conclus suite à l'offre du mandataire, si le mandant ou le courtier ne refuse pas dans un bref délai[541]. La conséquence est certes dure pour ces derniers, mais elle est tempérée par la possibilité de se défaire aisément du contrat en se prévalant de l'art. 404 al. 1 CO[542].

463. Le contrat de recouvrement est dérivé des contrats de mandat et de courtage, ce dernier faisant lui-même référence aux règles du contrat de mandat. Il se justifie d'appliquer lesdites règles au contrat de recouvrement.

464. En général, le contrat sera conclu par l'échange explicite de manifestations de volonté du créancier et du recouvreur.

465. Le contrat de recouvrement étant onéreux[543], l'art. 6 CO ne nous paraît pas applicable, d'autant plus que les réserves de la doctrine quant à l'acceptation tacite valent également dans notre cas. En effet, il ne serait pas souhaitable, à notre avis, que le contrat soit considéré comme conclu si le recouvreur commence son activité sans l'accord du créancier. Le droit pour le recouvreur

---

535 CR CO I-MORIN, CO 6 N 1, 3.

536 ENGEL, Obligations, p. 204 s. ; CR CO I-MORIN, CO 6 N 9 ; SCHWENZER, N 28.38 ; ATF 134 III 218, consid. 3.6 ; ATF 136 III 142, consid. 3.3.

537 CR CO I-MORIN, CO 6 N 9 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 625a.

538 CR CO I-MORIN, CO 6 N 8.

539 CR CO I-MORIN, CO 6 N 2 ; CR CO I-WERRO, CO 395 N 9.

540 MARQUIS, p. 183 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 14 ; TERCIER/FAVRE, N 5598.
Uniquement au sujet du mandat : ENGEL, Obligations, p. 204 ; CR CO I-WERRO, CO 395 N 8.

541 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2285 ; ENGEL, Contrats, p. 480 ; MARQUIS, p. 183 ; MÜLLER, Contrats, N 1924, 1929 ; CR CO I-WERRO, CO 395 N 8 s. ; TERCIER/FAVRE, N 5059.

542 MARQUIS, p. 183 ; CR CO I-WERRO. CO 395 N 9.
Pour la résiliation basée sur l'art. 404 al. 1 CO : *supra* N 272 ; *infra* N 836 ss.

543 *Supra* N 399.

de réclamer son salaire, à certaines conditions, même en cas de résiliation du contrat[544] et la possibilité pour le débiteur de se libérer en mains du recouvreur[545] créent à elles seules un besoin de clarté quant à la conclusion du contrat qui rend inappropriée l'application de l'art. 6 CO.

466. La conclusion en l'absence de refus du mandat prévue à l'art. 395 CO devrait en revanche pouvoir s'appliquer au contrat de recouvrement. En effet, les deux contrats dont il dérive le prévoient. De plus, le recouvreur peut répudier le contrat en tout temps en se prévalant de l'art. 404 al. 1 CO[546], ce qui tempère les effets de cette disposition. Faute de fonction officielle, l'application de l'art. 395 CO n'est envisageable que pour un recouvreur professionnel, ou en cas de publicité.

467. On voit donc qu'il existe une différence de traitement légal entre les parties au contrat. Celle-ci nous paraît justifiée, comme dans un mandat ou un courtage traditionnel.

Section II : Règles de forme

468. Le droit suisse est basé sur le principe du consensualisme, qui prévoit – en accord avec le principe de la liberté contractuelle[547] – que les parties peuvent se lier contractuellement sans avoir à respecter une forme particulière (art. 11 al. 1 CO)[548].

469. Il existe deux catégories d'exceptions au principe de la liberté de la forme, qui sont les formes contractuelles légales et conventionnelles[549]. Ces exigences de forme ne doivent pas être prises à la légère. En effet, l'art. 11 al. 2 CO prévoit que le contrat qui ne les respecterait pas serait nul, sauf disposition contraire de la loi[550]. Une autre limite à cette nullité est l'abus de droit de la partie qui invoquerait le vice de forme[551].

---

544 *Infra* N 551.

545 *Infra* N 515 ss.

546 *Infra* N 836 ss.

547 ENGEL, Obligations, p. 246 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 54 ; HUGUENIN, N 337 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 36b ; TERCIER/PICHONNAZ, N 553, 555 ; ATF 129 III 35, JdT 2003 I 127, consid. 6.1.

548 ENGEL, Obligations, p. 246 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 54 ; HUGUENIN, N 337 ; SCHWENZER, N 31.01 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 666 ; CR CO I-XOUDIS, CO 11 N 9.

549 ENGEL, Obligations, p. 246 ; CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 55 ; HUGUENIN, N 337 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 667, 671 ss ; CR CO I-XOUDIS, CO 11 N 10.

550 ENGEL, Obligations, p. 247, 259 ; HUGUENIN, N 368 ; SCHWENZER, N 31.26 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 697 ; CR CO I-XOUDIS, CO 11 N 33.

551 HUGUENIN, N 370 ; SCHWENZER, N 31.30 ; CR CO I-XOUDIS, CO 11 N 36 s.
La solution n'est toutefois « guère satisfaisante », compte tenu du fait qu'il s'agit d'une exigence légale, pour ENGEL, Obligations, p. 264 s.

470. La forme légale n'existe par définition que pour les contrats nommés, seuls réglés par la loi. Ces règles de forme poursuivent des buts de protection des parties – en particulier d'une éventuelle partie faible du contrat – ou de publicité[552]. Les règles de forme sont évidemment impératives, sans quoi elles n'auraient aucun intérêt[553]. Suivant en cela la règle générale, une exigence de forme peut être transposée d'un contrat nommé à un contrat innommé, si cela répond au but protecteur de la norme imposant cette forme[554].

471. Les différences de nature entre mandat de recouvrement (§ I.) et cession de créances aux fins de recouvrement (§ II.) font qu'il est judicieux de les traiter différemment dans ce contexte.

§ I. Mandat de recouvrement

472. Le contrat de recouvrement est bien un contrat innommé[555], mais ni le mandat[556], ni le courtage[557] ne prévoient de forme particulière pour la conclusion du contrat. Force est de constater que le contrat de recouvrement peut être conclu sans forme.

473. Certaines clauses du contrat d'agence nécessitent la forme écrite pour être valables[558]. Nous avons déjà explicité les différences entre le contrat de recouvrement et le contrat d'agence, pour parvenir à la conclusion que le recouvreur n'avait pas le même besoin de protection[559]. Ces règles de forme ne sont donc à notre avis pas transposables.

474. Cependant, vu le principe de liberté de la forme, les parties peuvent valablement prévoir durant les négociations le respect d'une forme particulière, même par actes concluants[560] – vu les montants en jeu, la forme écrite simple semble la plus raisonnable. L'art. 16 al. 2 CO présume que la forme écrite

---

Également critique : TERCIER/PICHONNAZ, N 698 ss, 703d.

Dans la jurisprudence fédérale : ATF 92 II 323, JdT 1967 I 338, consid. 3 ; ATF 93 II 97, consid. 1 ; ATF 98 II 23, JdT 1972 I 541, consid. 5 ; ATF 104 II 99, JdT 1979 I 16, consid. 4 ; ATF 112 II 107, JdT 1986 I 587, consid. 3 ; ATF 112 II 330, JdT 1987 I 70, consid. 3 ; ATF 140 III 200, SJ 2014 I 321, consid. 4.

552 HUGUENIN, N 341 ; SCHWENZER, N 31.02 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 672 s.

553 TERCIER/PICHONNAZ, N 672 ; CR CO I-XOUDIS, CO 11 N 50.

554 CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 16 ; CR CO I-XOUDIS, CO 11 N 13.

555 *Supra* N 398.

556 CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, N 2285 ; ENGEL, Contrats, p. 480 ; HONSELL, BT, p. 304 ; MÜLLER, Contrats, N 1920 ; CR CO I-WERRO, CO 395 N 12.

557 ENGEL, Contrats, p. 522 ; HONSELL, BT, p. 352 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 16.

558 *Supra* N 309.

559 *Supra* N 314, 317.

560 ENGEL, Obligations, p. 246, 257 s. ; CR CO I-XOUDIS, CO 16 N 1 ; ATF 139 III 160, consid. 2.6.

correspond aux exigences légales en la matière, soit les articles 13 et suivants CO[561].

475. Cette forme conventionnelle peut avoir une simple valeur de preuve – forme probatoire – ou entraîner la nullité du contrat si elle n'est pas respectée – on parle alors de forme constitutive[562]. L'art. 16 al. 1 CO crée une présomption en faveur de la forme constitutive, qui peut évidemment être renversée si l'interprétation de la volonté des parties amène à la solution inverse[563].

476. L'art. 12 CO – qui soumet la validité d'une modification d'un contrat soumis à une forme légale aux mêmes exigences que pour sa conclusion – ne s'applique pas si le contrat est soumis à une forme conventionnelle. Pour déterminer si les parties entendaient réserver une forme particulière pour la modification du contrat, il faut interpréter leur volonté[564].

§ II. Cession de créances aux fins de recouvrement

477. Nous avons vu que la cession de créances aux fins de recouvrement est un contrat innommé, présentant les mêmes fondements de mandat et de courtage que le mandat de recouvrement, mais intégrant de plus un élément de cession de créances au sens des articles 164 et suivants CO.

478. Parmi les règles applicables à la cession de créances, l'art. 165 CO pose l'exigence du respect de la forme écrite. Le but est ici d'assurer la sécurité du droit. Dès lors qu'une créance n'a pas d'existence matérielle, le débiteur doit savoir envers qui il est obligé[565].

479. La *ratio legis* de l'art. 165 CO est sans autre transposable à la situation du recouvrement. Elle sert même les parties, vu que leur objectif est d'amener le débiteur à payer. Ce denier doit être sûr que son paiement en mains du recouvreur sera apte à le libérer de ses obligations. Il nous faut donc conclure que la cession de créances aux fins de recouvrement est soumise à l'exigence légale du respect de la forme écrite.

480. En principe, seul le cédant doit signer la cession de créances, dès lors qu'il est le seul à s'engager[566]. Cette conception doit être suivie ici, car il suffit que le débiteur puisse savoir envers qui il doit s'acquitter de sa dette, condition remplie par la signature de son « ancien » créancier. De plus, le recouvreur-cessionnaire s'engage uniquement sous l'angle d'un contrat de service, qui ne

561 SCHWENZER, N 31.48.

562 CR CO I-XOUDIS, CO 16 N 2, 35.

563 ENGEL, Obligations, p. 246, 258 ; SCHWENZER, N 31.45 ; CR CO I-XOUDIS, CO 16 N 3.

564 ENGEL, Obligations, p. 258 ; CR CO I-XOUDIS, CO 12 N 2, CO 16 N 24, 31.

565 CR CO I-PROBST, CO 165 N 1.

566 CR CO I-PROBST, CO 165 N 2.

nécessite pas de forme. Il ne se justifie pas d'étendre l'exigence de forme écrite au-delà du strict nécessaire, d'autant plus qu'il s'agit d'une dérogation au principe de la liberté de la forme, composante de la liberté contractuelle[567].

481. Si la forme n'est pas respectée, il nous semble que la nullité de l'entier du contrat serait une sanction trop incisive, et qui irait au-delà du but de sécurité juridique imposé par la loi. Il convient selon nous de considérer alors que le contrat est valable, sauf en ce qui concerne le transfert de la titularité de la créance. On revient donc à un mandat de recouvrement.

567 *Supra* N 468.

Synthèse

482. Le contrat de recouvrement suit les mêmes règles que les autres contrats en matière d'échange des manifestations de volontés, sous réserve de l'art. 395 CO, qui facilite la conclusion du contrat en prévoyant que l'acceptation expresse par le prestataire de services – ici le recouvreur – n'est pas nécessaire. Le recouvreur étant principalement soumis à une incombance[568], cette approche ne lui est pas trop défavorable.

483. En revanche, l'art. 6 CO ne s'applique à notre avis pas au créancier, qui devra donc toujours manifester son accord pour que l'on puisse considérer que le contrat est conclu. Cela permet d'éviter qu'un recouvreur ne commence son activité sans avoir eu l'aval clair de son partenaire contractuel.

484. Vu la nature juridique du mandat de recouvrement, celui-ci peut être conclu sans forme, à l'instar du mandat et du courtage. Les parties demeurent toutefois libres de choisir une forme plus stricte.

485. La cession de créances aux fins de recouvrement nécessite en revanche que l'élément de cession de créances revête la forme écrite pour être valable. À défaut, la titularité de la créance ne passera pas au recouvreur, et les parties se retrouveront dans une situation équivalente à la conclusion d'un mandat de recouvrement.

568 *Infra* N 498.

« Uccider quel gobbo! Che diavol dicesti!
Un ladro son forse? Son forse un bandito?
Qual altro cliente da me fu tradito'!
Mi paga quest'uomo… fedele m'avrà. »

Giuseppe VERDI, Rigoletto, Acte III, Scène VI.

Chapitre 5 : Obligations du recouvreur

486. Nous examinerons les obligations du recouvreur en deux temps. Tout d'abord, nous nous attacherons aux obligations typiques du contrat de recouvrement (Section I). Dans un second temps, nous nous intéresserons aux autres obligations, qui sont communes aux contrats de service (Section II).

487. Cette distinction a son importance. Les parties peuvent à loisir modifier les obligations du contrat, dans les limites de la loi. Toutefois, si elles altèrent radicalement une obligation typique d'un contrat, la nature de celui-ci changera[569].

488. Nous conclurons en examinant les moyens de droit à disposition du créancier en cas d'inexécution ou d'exécution fautive du recouvreur (Section III).

489. À titre liminaire, il nous semble important de préciser l'étendue des pouvoirs dont dispose le recouvreur, l'art. 396 CO prévoit que :

« [1] L'étendue du mandat est déterminée, si la convention ne l'a pas expressément fixée, par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte.

[2] En particulier, le mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution.

[3] Le mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations. »

490. À moins que le contrat ne prévoie des restrictions particulières[570], le recouvreur – comme tout courtier ou mandataire – dispose de tous les pouvoirs nécessaires pour mener à bien la mission qui lui a été confiée. En particulier, il pourra effectuer tous les actes de fait ou de représentation nécessaires[571]. Toutefois, certaines limites existent. Nous examinerons de façon

569 *Supra* N 238.

570 MÜLLER, Contrats, N 1933 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 3.

571 MÜLLER, Contrats, N 1934 ss ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 7 ss.

approfondie la transaction au cours de ce chapitre[572], puis les limites sous l'angle de la protection du débiteur dans notre seconde partie[573].

491. La représentation du créancier par le recouvreur se matérialisera dès le premier contact, qui peut correspondre à une interpellation au sens de l'art. 102 al. 1 CO – si cela n'a pas déjà été fait[574]. Ce moment est également important au regard du droit au salaire, car il marque le début de l'activité du recouvreur.

Section I : Obligations typiques

492. Nous allons examiner les obligations typiques du recouvreur, qui découlent de la nature même du contrat. Il s'agit de faire en sorte que le débiteur s'acquitte de sa dette, et que le créancier en récupère le montant. Ainsi, le recouvreur doit provoquer le paiement par le débiteur (§ I.), et le cas échéant restituer le montant au créancier (§ II.). Relevons immédiatement que l'engagement de recouvrer la créance est uniquement une incombance, comme nous allons le démontrer.

§ I. Recouvrement

493. Nous distinguerons deux cas de recouvrement. Le premier correspond à la définition que nous avons donnée jusqu'ici – le débiteur s'acquittant de sa dette en mains du recouvreur ou du créancier (A). D'autres situations méritent d'être analysées, où le débiteur donne satisfaction au créancier sans paiement (B). Nous réservons toutefois les autres cas d'extinction de la créance à un autre chapitre de cet ouvrage.

494. Une créance qui a fait l'objet d'un acte de défaut de biens peut également être recouvrée[575]. Les principes d'analyse seront les mêmes. Compte tenu de la difficulté accrue de l'activité – vu la situation économique précaire du débiteur – le montant du salaire sera généralement plus élevé. Il s'agit cependant d'une affaire d'accord des volontés entre les parties, qui ne peut être définie de manière générale.

572 *Infra* N 595 ss.

573 *Infra* N 948 ss.

574 *Supra* N 134.

575 *Supra* N 175 ss ; *infra* N 602.

A) Recouvrement proprement dit

495. Pour notre analyse du recouvrement « proprement dit », nous commencerons par définir l'intensité du devoir auquel le recouvreur est soumis (1). Nous examinerons ensuite la question centrale du lien psychologique entre l'activité du recouvreur et le paiement par le débiteur (2). Enfin, nous nous attarderons sur trois situations particulières, à savoir le paiement postérieur à la fin du contrat de recouvrement (3), le paiement partiel (4) et le paiement par un tiers (5).

1) Notion

496. Le but du recouvreur est de faire en sorte que le créancier récupère le produit de sa créance. Il doit entreprendre un certain nombre d'actions pour aboutir au paiement du débiteur. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra prétendre à son salaire.

497. Il est difficile de cerner le type exact d'obligation auquel le recouvreur est soumis. Il ne s'agit ni d'une obligation de moyens – car son salaire est dépendant de la réussite de son action – ni d'une obligation de résultat, vu qu'il n'engage pas sa responsabilité s'il n'y parvient pas. Il se pourrait donc que la prestation due par le recouvreur ne soit pas une obligation au sens strict, mais une simple incombance, à l'instar du contrat de courtage dont il dérive[576].

498. L'incombance est une forme diminuée d'obligation[577]. Celui qui ne s'y conforme pas ne peut pas se voir demander des dommages-intérêts comme en cas de violation d'une obligation, mais subit un désavantage juridique[578], généralement matérialisé par la perte de l'exercice d'un droit – par exemple les droits de garantie en cas d'absence d'avis des défauts au sens de l'art. 201 CO[579].

499. Il convient selon nous d'admettre que nous sommes ici face à une incombance et non une véritable obligation. Le caractère aléatoire du résultat souhaité par les parties et le peu de marge de manœuvre à disposition du recouvreur font qu'une autre solution ne reflèterait pas le sens véritable du

---

576 *Supra* N 301.

Sur l'incombance comme « obligation » principale du courtier : HUGUENIN, N 3366 ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 27.

577 ACHTARI, N 166 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/EMMENEGGER, N 101 s. ; SCHWENZER, N 4.27 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 292.

578 ACHTARI, N 166 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/EMMENEGGER, N 102 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 53 ; SCHWENZER, N 4.27.

D'un avis contraire, mais se référant à la Norme SIA 118 et non au Code des obligations : TERCIER/PICHONNAZ, N 294a.

579 ACHTARI, N 172 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/EMMENEGGER, N 102 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 53 ; SCHWENZER, N 4.27 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 292 ; CR CO I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, CO 201 N 1, 18.

contrat et l'intention des parties. Le risque de ne pas obtenir le salaire en cas d'inaction est un élément de motivation suffisant pour le recouvreur.

500. Même en considérant que l'inaction du recouvreur permettrait au créancier de demander des dommages-intérêts, la détermination du dommage – une diminution involontaire du patrimoine[580] – subi par le créancier n'est pas évidente. Dans cette hypothèse, la créance reste due, la non-intervention du recouvreur n'ayant aucun effet sur elle. Or, d'un point de vue comptable, une créance est un actif au même titre qu'une somme d'argent en caisse ou sur un compte bancaire[581]. Le créancier ne subit donc aucun dommage.

501. De même, on ne saurait argumenter que l'inefficacité du recouvreur a conduit à une perte d'intérêts. En effet, durant toute la durée du recouvrement, l'intérêt moratoire – en principe de 5 % – continue à courir[582]. La situation patrimoniale du créancier reste inchangée. Même en arguant d'une perte supplémentaire, dans les conditions peu claires de l'art. 106 CO[583], celle-ci résulte premièrement de l'inexécution par le débiteur.

502. Si la créance est perdue, par exemple en cas de péremption[584], la responsabilité du recouvreur n'est pas aisée à établir. La créance se périme exactement au même moment, que le recouvreur intervienne ou non. Il n'existe ainsi pas de lien de causalité entre l'inaction et la perte subie, ce qui fait obstacle à toute demande de dommages-intérêts.

503. Le raisonnement est le même en matière de prescription, le recouvreur n'ayant pas le pouvoir d'interrompre la prescription[585], sauf s'il parvient à obtenir une reconnaissance de dette. Cela n'est toutefois pas son but principal, qui demeure l'obtention du paiement par le débiteur.

504. Une créance prescrite est transformée en obligation naturelle, dont on a vu qu'elle était recouvrable[586]. Le recouvreur pourrait donc poursuivre son action et potentiellement obtenir son salaire, même si ses chances sont nettement diminuées.

505. La situation est toutefois différente si le recouvreur s'est simultanément engagé à conseiller le créancier en la matière, obligation dont les parties peuvent convenir, mais que nous ne retrouvons pas dans la plupart des contrats[587].

---

580 Pour une analyse de la notion de dommage : *infra* N 1065 ss.

581 CHAPPUIS C., Insolvence, p. 92.

582 Pour une analyse de l'intérêt moratoire : *infra* N 1039 ss.

583 Pour une analyse de l'art. 106 CO : *infra* N 1032 ss.

584 *Supra* N 150 ss.

585 *Supra* N 231.

586 *Supra* N 112 ss, 147 ss.

587 *Supra* N 85.

506. Ces limitations en matière de responsabilité quant au moment de l'exécution doivent rappeler au créancier qu'aucun acte passé entre privés ne peut avoir la force d'une procédure officielle. Le recouvrement privé de créances ne peut être placé sur un pied d'égalité avec la poursuite pour dettes ou la procédure civile[588].

507. Si le recouvreur n'agit pas, le créancier pourrait décider de lui substituer un concurrent. Cependant, le créancier n'a à notre avis aucun moyen de réclamer une indemnisation – par exemple une différence de rémunération – au premier recouvreur. En effet, l'art. 98 al. 1 CO prévoit que :

> « [1] S'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut se faire autoriser à l'exécution aux frais du débiteur ; toute action en dommages-intérêts demeure réservée. »

508. L'exécution substituée requiert donc préalablement l'autorisation du juge[589]. Même si le créancier y recourt – ce qui nous paraît improbable dans cette situation – sa demande a peu de chances d'être admise. Le texte de la loi indique clairement qu'il est question d'« une obligation de faire », et non d'une incombance[590]. De plus, le lésé a le devoir général de réduire son dommage[591], ce qu'il peut faire en recourant à la poursuite pour dettes, son avance de frais étant par la suite remboursée en cas de succès dans la procédure[592].

509. Cette qualification d'incombance peut être modulée contractuellement, comme pratiquement tous les éléments de ce contrat[593]. Toutefois, le recouvreur est généralement maître des conditions générales, étant le professionnel en la matière[594]. Le risque qu'il refuse d'intégrer une stipulation en ce sens – qui lui fait courir un risque – et préfère perdre le contrat est bien réel.

510. Ainsi, dans la règle, le recouvreur ne sera soumis à aucune obligation de moyens ou de résultat. Des stipulations particulières peuvent altérer la qualification du contrat et mettre à sa charge une véritable obligation, mais elles nous paraissent rares. Si le recouvreur veut obtenir son salaire, il devra toutefois déployer une activité, et celle-ci doit se concrétiser dans le résultat souhaité. Nous allons maintenant analyser cette condition de « lien psychologique » entre l'activité du recouvreur et le résultat.

---

588 *Supra* N 227 ss.

589 CR CO I-THÉVENOZ, CO 98 N 22.

590 À notre connaissance, la doctrine ne se prononce pas sur la question, voir par exemple : CR CO I-THÉVENOZ, CO 98 N 7.

591 Pour une analyse de ce devoir : *infra* N 1086.

592 *Cf.* art. 68 al. 1 LP : *supra* N 205.

593 Principe de la liberté contractuelle : *supra* N 44.

594 *Supra* N 457.

2) Lien psychologique

511. Le lien psychologique est inspiré par le contrat de courtage, dont nous avons vu qu'il représentait une composante de la qualification du contrat de recouvrement[595]. Pour mériter sa rémunération, le recouvreur – comme le courtier – doit apporter la preuve (art. 8 CC) qu'il a déployé une activité, et que celle-ci est en lien de causalité avec le paiement par le débiteur[596].

512. La situation est cependant plus compliquée que dans un contrat de courtage au sens propre. En effet, si le client et le mandant du courtier sont toujours libres de conclure le contrat indiqué ou négocié – en vertu du principe cardinal de la liberté contractuelle – le contrat de recouvrement se fonde sur une obligation préexistante. Le débiteur a par définition l'obligation de s'exécuter, mais le créancier a également l'obligation d'accepter le paiement, faute de quoi il tomberait en demeure du créancier (art. 91 ss CO)[597].

513. La preuve du lien psychologique est donc en théorie plus difficile à apporter pour le recouvreur que pour le courtier, car la raison première du paiement par le débiteur est le rapport d'obligation qui le lie au créancier – la « cause » au sens romain[598]. En pratique cependant, il faut se souvenir que le contrat de recouvrement est conclu pour remédier à une situation de blocage, où le débiteur refuse de s'exécuter. Aussi, il serait faux de nier systématiquement l'existence du lien psychologique, ou même de présumer que le débiteur se serait de toute façon exécuté.

514. Nous examinerons ici l'incombance du recouvreur, mais elle doit s'analyser en parallèle de l'obligation de paiement du créancier. En effet, la seconde dépend de la première – nous y reviendrons dans notre Chapitre 6.

a) Paiement en mains du recouvreur

515. Si le paiement est fait directement en mains du recouvreur, on peut sans autre présumer que le paiement du débiteur est dû à l'activité du recouvreur. En effet, le débiteur paie alors après avoir reçu la communication de l'engagement du recouvreur ou suite à son action. En payant directement le recouvreur, le débiteur démontre sans ambiguïté que cela a été décisif dans sa volonté de s'acquitter de la dette en cause.

516. À notre avis, et en conformité avec les principes de l'art. 396 al. 1 et 2 CO, le recouvreur est en mesure d'accepter un paiement fait par le débiteur. Il n'existe pas de disposition qui l'interdirait, comme à l'art. 418e al. 2 CO

595 *Supra* N 298 ss.

596 *Supra* N 294.

597 *Supra* N 141.

598 TERCIER/PICHONNAZ, N 342.

en matière d'agence[599]. Cette obligation découle de la structure même du contrat, qui vise à récupérer la somme due par le débiteur. Si les parties souhaitent toutefois exclure cette possibilité, elles restent libres de le faire.

517. En règle générale, le recouvreur communiquera de lui-même ses coordonnées bancaires au débiteur – par exemple via un bulletin de versement – ce qui indique sans équivoque sa volonté de servir d'intermédiaire entre les parties au rapport de base. Le recouvreur doit s'abstenir de le faire s'il n'a pas de pouvoir d'encaissement.

518. Afin de permettre à un paiement sur le compte indiqué d'avoir une véritable signification juridique, il convient à notre sens de considérer que le débiteur est alors valablement libéré. Dans l'ATF 124 III 145, le Tribunal fédéral a considéré – à raison – que la désignation d'un office de poste par l'envoi d'un bulletin de versement suffisait à créer une nouvelle modalité de paiement[600]. Certes, le recouvreur ne saurait être assimilé à une banque, mais la fonction d'intermédiaire qu'il assume est à notre avis suffisamment proche pour étendre les principes déduits de cet arrêt au contrat de recouvrement.

519. Généralement, ce ne sera pas le créancier qui indiquera que le paiement peut être fait sur le compte bancaire ou postal du recouvreur, mais bien ce dernier. Cela ne joue à notre avis aucun rôle. Le recouvreur agissant comme représentant direct, l'acte juridique offrant la possibilité d'un paiement sur son compte doit être imputé au créancier. L'interprétation selon le principe de la confiance de la déclaration de volonté du représentant[601] – ici, le recouvreur – doit primer.

520. En cas d'absence de pouvoirs – soit que le recouvreur n'a jamais eu de pouvoir d'encaissement, soit que le créancier l'a révoqué – ou en cas d'excès, le débiteur ne sera pas libéré par son paiement. Par analogie avec le régime de la représentation, il nous faut réserver les hypothèses où le législateur fait primer la bonne foi du tiers – *in casu*, le débiteur – notamment lorsque le créancier représenté a communiqué lui-même l'existence ou l'étendue des pouvoirs, sans en mentionner les limites ou leur extinction subséquente (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO)[602].

521. Si, par le biais des règles de la représentation, on en venait à la conclusion que le débiteur ne s'est pas valablement libéré, celui-ci pourrait répéter ce qu'il a payé sur la base de l'enrichissement illégitime. La condition de

599 Voir cette disposition : *supra* N 313.

600 ATF 124 III 145, JdT 2000 I 20, consid. 2a.

601 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 21 ; ATF 140 III 86, consid. 4.1.

602 À ce sujet, en matière de représentation : CR CO I-CHAPPUIS C., CO 32 N 19 ss ; CO 34 N 10 ss.

l'erreur, imposée par l'art. 63 al. 1 CO en cas de paiement volontaire[603], sera généralement donnée.

522. Le débiteur conservant la possibilité de s'exécuter en mains du créancier, la question du lieu du paiement – les dettes d'argent étant portables, art. 74 al. 2 ch. 1 CO – ne se pose pas. En effet, ce choix ne péjore pas la situation du débiteur, vu qu'il lui offre une possibilité de paiement supplémentaire, sans remettre en cause celle existante.

b) Paiement en mains du créancier

523. Il sera toujours possible pour le débiteur de se libérer en mains du créancier, dans l'hypothèse d'un mandat de recouvrement. En effet, à la différence de la cession de créances aux fins de recouvrement, le créancier reste toujours titulaire de la créance. Il tomberait donc en demeure au sens de l'art. 91 CO s'il refusait le paiement. Une clause du contrat de recouvrement qui interdirait au créancier d'accepter un paiement ne serait pas valable au vu du principe de la relativité des contrats. Tout au plus, le créancier devrait s'abstenir d'envoyer de nouvelles factures lui-même au débiteur.

524. À l'inverse, le paiement en mains de l'ancien créancier ne libérera pas le débiteur lorsque la créance a été cédée au recouvreur, si les conditions de la cession – et notamment le respect de l'art. 167 CO[604] – sont remplies.

525. Pour déterminer si le lien psychologique est donné en cas de paiement en mains du créancier, l'analyse doit à notre sens porter tout d'abord sur les stipulations convenues entre les parties (i). À défaut, nous proposons une série de présomptions permettant de le déterminer (ii) – en tenant compte également de la possibilité pour le créancier d'intenter une poursuite contre son débiteur (iii).

i) Stipulations

526. La première étape est – toujours – d'interpréter les stipulations entre les parties. Il est parfaitement possible qu'elles aient prévu un régime particulier en vertu de leur liberté contractuelle. Par analogie avec le contrat de courtage, une clause visant à éviter les controverses sur le lien psychologique peut être insérée dans le contrat. Ainsi, dès que le paiement a lieu, le salaire sera dû – à condition que le recouvreur ait développé une activité[605]. Il ne s'agit toutefois pas d'une clause garantissant dans tous les cas le salaire, ce qui changerait la qualification en contrat de mandat[606].

603 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 63 N 8.

604 *Supra* N 383.

605 On parle de « Clause d'exclusivité » dans le contrat de courtage : MARCHAND, Oxymore, p. 474 ss.

606 *Supra* N 268.

527. Le terme « exclusivité », que l'on retrouve dans le contrat de courtage, ne nous paraît pas adéquat dans notre cas. En effet, l'engagement simultané de plusieurs recouvreurs nous semble être une problématique distincte de la rémunération.

528. Dans le contrat de courtage, l'exclusivité diminue radicalement les chances du mandant de trouver par un autre biais un partenaire contractuel – elle empêche l'engagement d'un concurrent qui pourrait proposer d'autres opportunités (clause d'exclusivité « simple »), voire interdit au mandant de chercher lui-même un partenaire (clause d'exclusivité « renforcée ») [607].

529. La situation est différente dans le contrat de recouvrement, car l'obligation du débiteur est antérieure au contrat, et le créancier ne peut refuser le paiement sans tomber en demeure au sens des articles 91 et suivants CO. Nous doutons même que, dans les faits, un créancier recoure simultanément à plusieurs recouvreurs – le risque d'un conflit au sujet du salaire et des impenses, ou d'une atteinte à la personnalité du débiteur, ne peut être écarté.

530. Une clause excluant l'exigence du lien psychologique peut être limitée dans le temps, les parties revenant ensuite au régime de base. À défaut, le créancier peut la mettre en échec par une résiliation du contrat avant le paiement par le débiteur, dont nous analyserons les conséquences par la suite[608].

531. À l'inverse, rien ne s'oppose à ce que les parties s'entendent sur la date de fin du contrat et sur les conséquences que celle-ci entraînera. En particulier, elles peuvent exclure la rémunération du recouvreur passé une certaine date. Le salaire sera donc soumis à une condition supplémentaire, celle du paiement dans le délai imparti. Cela n'empêcherait toutefois pas une résiliation anticipée, sur la base de l'art. 404 al. 1 CO[609].

ii) Présomptions

532. À défaut de pareilles clauses, la seconde étape est de regarder une éventuelle déclaration du débiteur, qui peut contenir des indications précieuses sur les raisons qui l'ont déterminé à payer. À notre avis, toute mention d'une prise de contact par le recouvreur doit suffire à admettre le lien psychologique. Le débiteur n'aurait aucune raison d'en signaler l'existence si cela n'avait pas eu d'impact sur sa décision.

533. Si le débiteur ne fait pas référence au recouvreur, ou s'il ne fait aucune communication mais se contente de payer le créancier, la détermination du lien psychologique est moins aisée. L'analyse dépendra évidemment des

607 MARCHAND, Oxymore, p. 479.

608 *Infra* N 552 ; 835 ss.
Sur cette problématique dans le contrat de courtage : voir MARCHAND, Oxymore, p. 482.

609 *Infra* N 836.

circonstances du cas concret, mais nous pouvons dégager certaines présomptions, que nous développerons dans les paragraphes suivants.

534. Avant que le contrat ne soit conclu, aucune rémunération ne peut être due au recouvreur, celui-ci n'ayant aucune prétention de nature contractuelle. Dans de très rares cas, il est envisageable que le créancier soit responsable sur la base de la *culpa in contrahendo* pour avoir fait traîner les négociations le temps que le débiteur le paie. Il faut cependant garder à l'esprit que le créancier n'est pas tenu de conclure le contrat, et que le paiement du débiteur est un acte sur lequel aucune des parties en négociation n'a véritablement de prise.

535. Une fois le contrat conclu, aucune rémunération n'est due au recouvreur tant que celui-ci n'a pas commencé ses démarches auprès du débiteur. Comme dans le contrat de courtage[610], l'activité est une condition de l'obtention du salaire.

536. Les communications du recouvreur peuvent sommer le débiteur de s'exécuter dans les meilleurs délais. Si ce dernier agit conformément à la requête, il se justifie à notre avis de considérer que le lien psychologique est donné. Le recouvreur se gardera toutefois de fixer des délais trop longs, qui peuvent avoir un effet négatif sur la volonté du débiteur et s'apparenter à une transaction[611].

537. En l'absence d'un terme clairement fixé, on ne saurait dire que tout paiement du débiteur est causé par l'action du recouvreur. Cependant, celui-ci devrait bénéficier d'une présomption selon laquelle un paiement du débiteur intervenant dans un délai raisonnable après la communication est dû à son action.

538. Le débiteur ne saurait être réduit à un simple participant à un rapport de droit particulier, sur lequel toute l'attention serait focalisée. Comme toute personne – physique ou morale – il est partie à un ensemble de contrats qui le place comme acteur de la société au plan juridique et économique.

539. Les sollicitations peuvent donc être nombreuses pour le débiteur, plus encore si sa situation financière n'est pas favorable. Le choix de payer une facture plutôt qu'une autre dépend de nombreux facteurs : le budget à sa disposition – évidemment – mais aussi le sentiment d'importance ou d'urgence qu'il accorde à chaque dette, voire des principes moraux plus que juridiques. L'attitude du créancier, qui peut se matérialiser par le recours à un recouvreur, est un élément que le débiteur prendra en considération – parmi d'autres.

540. Le délai durant lequel le recouvreur doit bénéficier de la présomption selon laquelle son action est déterminante dans la décision du débiteur doit à notre avis être fixé à un mois depuis la réception de la communication. Ce délai

610 *Supra* N 291.

611 La transaction requiert des pouvoirs spéciaux conférés au recouvreur : *infra* N 597.

a une justification pratique. Les sources de revenus du débiteur sont généralement périodiques : le salaire est en principe versé mensuellement[612], comme les rentes, les retraites, les indemnités pour invalidité, maladie, maternité, service militaire[613], *etc*. De même, les indépendants et les entreprises émettent le plus souvent des factures payables à 30 jours. En parallèle, nombre de charges pesant sur le débiteur sont également mensuelles. On peut penser au loyer[614], aux cotisations d'assurance-maladie, aux redevances des crédits, aux contrats de téléphonie mobile et autres.

541. Au bout d'un mois, le débiteur se trouve en théorie dans la même situation que lorsqu'il a reçu la communication du recouvreur. S'il n'a rien payé dans l'intervalle, cela signifie que l'action n'a eu aucun effet sur ses habitudes de paiement. Lorsqu'il paiera – plus tard – les démarches entreprises par le recouvreur auront été reléguées à l'arrière-plan. Le lien psychologique ne doit donc pas être admis.

542. Cela ne doit pas être interprété comme un devoir pour le recouvreur d'agir au moins une fois par mois. Vu qu'il ne s'agit que d'une incombance[615], le créancier ne saurait lui reprocher un travail insuffisant, mais il sera libéré de son obligation de payer le salaire. Le débiteur ne peut pas non plus reprocher au recouvreur de le contacter trop souvent si la fréquence des communications est supérieure à une par mois. Un avis mensuel serait trop facilement noyé dans la masse des informations reçues par le débiteur. Certaines limites existent toutefois, nous y reviendrons[616].

543. Comme pour toute condition, l'art. 156 CO pourrait trouver application lorsque l'on examine le lien psychologique[617]. Ainsi, si le créancier refuse le paiement du débiteur provoqué par le recouvreur et tombe de ce fait en demeure du créancier (art. 91 ss CO)[618], il faudra alors considérer la condition du lien psychologique comme remplie et le paiement sera dû. En vertu du principe général de l'art. 8 CC, la preuve de l'avènement de la condition ou d'un cas d'application de l'art. 156 CO incombe au recouvreur[619].

612 *Cf.* art. 323 CO.

613 *Cf.* art. 19 al. 1 LPGA.

614 *Cf.* art. 257c CO.

615 *Supra* N 497 ss.

616 *Infra* N 1230 ss et 1321 ss.

617 *Supra* N 296.

618 *Supra* N 141.

619 CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 33, CO 156 N 22.

iii) Poursuites

544. Lorsqu'un commandement de payer est notifié au débiteur par le créancier, il faut à notre avis considérer que l'action du recouvreur n'est plus décisive durant les vingt jours qui suivent la notification – ce qui correspond au délai fixé par l'art. 69 al. 2 ch. 2 LP. Même en cas de communication par le recouvreur durant cette période, le commandement de payer conserve une importance prépondérante. Le lien psychologique n'est donc pas donné.

545. Si le débiteur fait opposition à la poursuite, mais paie dans les vingt jours, il faut à nouveau nier l'existence du lien psychologique, qui s'efface devant l'acte de poursuite. En effet, le débiteur peut avoir bloqué la poursuite par « réflexe », pour se donner le temps de réfléchir avant de s'exécuter. On se souviendra d'ailleurs que le délai d'opposition – 10 jours[620], art. 69 al. 2 ch. 3 et 74 al. 1 LP – est plus court que le délai à sa disposition pour payer.

546. Après l'échéance du délai de vingt jours, qu'il y ait opposition ou pas, le lien psychologique peut être présumé – aux mêmes conditions que celles précédemment posées – si et seulement si le créancier ne requiert pas la continuation de la poursuite ou la mainlevée de l'opposition. Le débiteur peut alors considérer que le créancier n'a pas engagé des démarches de manière sérieuse, mais cherchait simplement à montrer son mécontentement ou à interrompre un délai de prescription[621]. Il n'a donc pas de raison de modifier son comportement. Dans ce cas, si le recouvreur continue son action et que le débiteur s'exécute ensuite, la solution qui nous apparaît préférable consiste à considérer que l'action du recouvreur a été décisive.

547. Si les biens du débiteur sont saisis, l'action du recouvreur n'est plus d'aucune utilité et il ne peut pas prétendre à son salaire. Nous sommes d'avis dans ce cas que la condition de l'activité du recouvreur n'est plus remplie – et non seulement celle du lien psychologique. En effet, le débiteur ayant perdu la libre disposition de ses biens, les moyens mis en œuvre par le recouvreur ne peuvent que se révéler vains. Par conséquent, le salaire ne serait pas dû.

548. Le contrat devenu impossible s'éteindra, selon des modalités que nous analyserons[622]. Mais il est fort probable que l'une ou l'autre des parties aura résilié entretemps le contrat.

620 CR LP-RUEDIN, LP 74 N 12.

621 *Supra* N 231.

622 *Infra* N 711.

3) Paiement après la fin du contrat

549. Le régime juridique du contrat de recouvrement est basé sur le contrat de courtage, qui renvoie au mandat. La résiliation en tout temps et sans motifs de l'art. 404 al. 1 CO – dont on se souviendra qu'elle est de droit impératif – est donc applicable[623].

550. Dans cette situation, le contrat de recouvrement ayant été valablement conclu, une responsabilité basée sur la *culpa in contrahendo* n'est pas envisageable. Un créancier qui ferait usage de son droit de résiliation ne commet pas un abus de droit, vu la fonction de l'art. 404 al. 1 CO[624]. Reste la possibilité d'une indemnisation pour résiliation en temps inopportun au sens de l'art. 404 al. 2 CO[625], mais le dommage est difficile à prouver dans le contrat de recouvrement – on voit mal quels désavantages le recouvreur pourrait subir, hormis sa perte de salaire, couverte par la survivance du lien psychologique.

551. En effet, il est admis que le courtier a toujours droit à son salaire même si la conclusion du contrat visé a lieu après la résiliation. Ce raisonnement peut se transposer au contrat de recouvrement. Il ne serait pas souhaitable que le créancier puisse se débarrasser du recouvreur dès qu'il estime la pression mise sur le débiteur suffisante, et en récolte ensuite les fruits sans bourse délier.

552. Ainsi, dès que les conditions précédemment énoncées quant au lien psychologique sont remplies, le recouvreur a droit à son salaire – même si le contrat est résilié entretemps. Si une clause contractuelle réglait spécifiquement la situation en allégeant ou en durcissant les conditions d'obtention du salaire, celles-ci ne s'appliquent plus après la résiliation[626], et il convient de revenir au système initial tel que nous l'avons exposé.

553. Le créancier peut par la suite introduire une poursuite, pour briser définitivement le lien psychologique et s'assurer de ne pas devoir le salaire. Cette possibilité permet au créancier de se débarrasser d'une relation contractuelle qui ne lui a pas donné satisfaction ou dont il ne veut plus pour d'autres motifs.

554. La situation n'est pas nécessairement injuste pour le recouvreur, qui n'est lié que par une simple incombance[627]. La source de ce contrat est la volonté du créancier de ne pas engager une poursuite, en espérant que l'intervention d'un tiers spécialisé suffira à débloquer la situation. Si le recouvreur ne donne pas satisfaction, ou si le paiement attendu n'arrive pas suffisamment vite,

---

623 *Infra* N 836 ss.

624 ATF 106 II 157, consid. 2c.
Voir aussi : MÜLLER, Contrats, N 2076.

625 MÜLLER, Contrats, N 2085.

626 Voir *mutatis mutandis* dans le contrat de courtage : MARCHAND, Oxymore, p. 478 s.

627 *Supra* N 497 ss.

le créancier doit pouvoir s'en départir. Mais s'il veut sortir du contrat, le créancier ne peut pas simplement se débarrasser du recouvreur en espérant tirer profit de l'activité de ce dernier, il doit s'engager sur la voie procédurale qu'il refusait jusqu'alors d'utiliser.

4) Paiement partiel

555. Il est possible que le débiteur ne s'acquitte que partiellement de sa dette, soit qu'il n'en reconnaisse qu'une partie, soit qu'il ne dispose pas des fonds nécessaires pour en régler l'intégralité. L'art. 69 al. 1 CO permet au créancier de refuser un paiement partiel. Nous devons intégrer cette hypothèse dans notre analyse.

556. Le rapport de base peut avoir prévu le droit pour le débiteur de s'exécuter en plusieurs fois, éventuellement à certaines conditions. Le créancier ne peut donc pas refuser un paiement partiel dans ce cas. Une disposition spéciale de la loi – ou l'interdiction de l'abus de droit – peut avoir le même effet[628]. Le débiteur peut également payer une partie seulement de la créance s'il conteste la devoir en totalité[629]. Hors de ces situations, le choix d'accepter ou de refuser ce paiement partiel appartient au créancier[630].

557. Dans le cadre du contrat de recouvrement, ce choix peut poser problème à trois niveaux. Tout d'abord, la question est de savoir si le paiement partiel correspond au respect de l'incombance qui permet au recouvreur de réclamer tout ou partie de son salaire (a). Ensuite, si le paiement est fait en mains du recouvreur, il faut déterminer dans quelle mesure celui-ci peut accepter ou refuser le paiement (b). La question se pose dans des termes différents pour le créancier. Il peut certes refuser le paiement, mais le recouvreur pourrait se voir alors refuser le paiement immédiat d'une partie de son salaire, en fonction des circonstances et des stipulations (c). Pour ces deux derniers points, on se souviendra toutefois que le créancier a tout intérêt à ce que le débiteur en demeure paie au moins une partie de sa dette, et qu'un refus n'entrera que très rarement en ligne de compte.

a) Droit à la provision

558. Le respect de l'incombance doit encore se lire ici avec l'obligation du créancier de payer le salaire. Plus précisément, nous devons déterminer si un paiement partiel du débiteur doit entraîner une rémunération du recouvreur, et si celle-ci doit être partielle ou entière.

---

628 ENGEL, Obligations, p. 621 ; CR CO I-HOHL, CO 69 N 5 ; ATF 133 III 598, consid. 4.4.1 s.

629 ATF 133 III 598, consid. 4.4.2.

630 ENGEL, Obligations, p. 620 s. ; CR CO I-HOHL, CO 69 N 1, 4.

559. À nouveau, le première réflexe doit être de regarder comment les parties ont réglé cette situation au plan contractuel. L'art. 413 CO, portant sur la rémunération du courtier, est de droit dispositif[631]. Dans l'hypothèse où elles n'ont rien convenu, il nous faut trouver une solution adéquate, en nous inspirant de principes légaux existants.

560. Le contrat de courtage ne prévoit aucune réglementation en matière d'exécution partielle, car on ne saurait concevoir l'hypothèse d'un contrat partiellement conclu. Le Code des obligations prévoit cependant une règle en cas d'inexécution totale ou partielle par le tiers d'un contrat conclu par l'intermédiaire d'un travailleur. L'art. 322b al. 3 CO dispose que :

> « 3 Le droit à la provision s'éteint lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part ou si le tiers ne remplit pas ses obligations ; si l'inexécution n'est que partielle, la provision est réduite proportionnellement. ».

561. Cette disposition n'est pas applicable directement au contrat de recouvrement, ni même au contrat de courtage. Cette différence tient au fait que, dans le contrat de courtage, il suffit que le contrat conclu soit valable pour que la provision soit due[632]. En revanche, dans le contrat de travail, il faut de plus qu'il soit correctement exécuté (art. 322b al. 3 CO)[633]. Cela est à notre avis une conséquence du caractère plus durable du contrat de travail et du la plus grande dépendance du travailleur – même s'il ne devrait ne pas supporter le risque de l'entreprise[634].

562. Dans l'ATF 114 II 357, le Tribunal fédéral a admis un raisonnement fort similaire dans le cadre d'un contrat de courtage portant sur des travaux d'architecture sur quatre terrains. Or, deux seulement ont été construits suite à l'intervention du courtier. Selon cette décision, « [l]orsque le contrat principal représente un résultat partiel, la provision ne sera pas supprimée : elle sera simplement réduite. La réduction interviendra en fonction du rapport quantitatif entre le résultat escompté et le résultat obtenu […] » [635].

563. Il nous paraît judicieux de transposer l'art. 322b al. 3 CO dans le contrat de recouvrement. Même sans être directement applicable, cette disposition permet de gérer de manière équilibrée les rapports entre les parties. Le créancier ayant tout intérêt à ce que le débiteur lui paie au moins une partie de sa dette, il ne serait pas cohérent de le favoriser en retardant le moment du paiement du salaire. À l'inverse, reconnaître un droit à l'intégralité du salaire dès le premier

631 MARCHAND, Oxymore, p. 468.

632 HONSELL, BT, p. 354 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 124.

633 PORTMANN/STÖCKLI, N 265 ; TERCIER/FAVRE, N 3452 ; WYLER, p. 163.

634 *Supra* N 322.

635 ATF 114 II 357, JdT 1989 I 177, consid. 3b.

franc versé par le débiteur est trop favorable au recouvreur, qui n'aurait plus d'incitation à poursuivre son activité par la suite.

564. L'art. 322b al. 3 CO n'est pas de droit impératif, au contraire des deux premiers alinéas de cette disposition (art. 361 s. CO *a contrario*)[636]. La question de la transposition d'une norme protectrice impérative à un contrat innommé ne se pose donc pas[637].

565. Le paiement partiel permet également d'interrompre la prescription en application de l'art. 135 ch. 1 CO[638]. Cependant, sauf convention contraire, cela n'ouvrira pas de droits particuliers pour le recouvreur. Il ne s'agit pas non plus d'une reconnaissance de dette utilisable dans une procédure de mainlevée au sens de l'art. 82 LP[639].

b) Paiement partiel en mains du recouvreur

566. Le recouvreur qui se verrait offrir un paiement partiel par le débiteur devra tout d'abord se référer au contrat et aux instructions du créancier, qui ont potentiellement prévu cette situation. Il peut également demander des instructions *ad hoc*.

567. À défaut, il convient de rappeler que le recouvreur représente le créancier et pourrait faire valoir le droit de refus conféré par l'art. 69 al. 1 CO, sans que le débiteur ne puisse s'en plaindre. Cette démarche ne serait cependant pas productive. L'intérêt du créancier à récupérer une partie de son dû est généralement supérieur à celui de bénéficier d'un paiement en une fois – ce d'autant plus au vu de la situation tendue qui donne naissance au contrat de recouvrement. La diligence dont doit faire preuve le recouvreur lui commande donc d'accepter un paiement partiel du débiteur, sauf circonstances particulières.

568. Le recouvreur étant rémunéré au *prorata* de la somme qu'il a pu récupérer, sauf convention contraire, il a également tout intérêt à accepter un paiement partiel qui lui confèrera un droit – partiel – à son salaire.

c) Paiement partiel en mains du créancier

569. L'acceptation d'un paiement partiel par le créancier relèvera tout d'abord du contrat de base. En effet, l'engagement d'un recouvreur ne saurait modifier l'accord de base entre les parties. Ensuite, le créancier peut avoir convenu de modalités spéciales dans le contrat de recouvrement.

---

636 PORTMANN/STÖCKLI, N 266 ; TERCIER/FAVRE, N 3452.

637 Sur cette problématique : *supra* N 119.

638 *Supra* N 232.

639 Conditions de la reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP : *infra* N 591.

570. À défaut, le créancier est à notre avis libre d'accepter ou de refuser le paiement pour des motifs qui lui sont propres. Nous peinons à voir quels arguments pourraient forcer le créancier à agir dans l'intérêt de son mandataire à obtenir un paiement partiel au détriment de ses propres intérêts. S'il accepte le paiement, la question ne se pose pas, et il devra la rémunération du recouvreur au *prorata* du montant reçu.

5) Paiement par un tiers

571. Le paiement de la dette par un tiers à titre de libéralité nous paraît en règle générale illusoire. On se trouvera donc généralement dans l'une des deux situations prévues par l'art. 110 CO, au sujet de la subrogation[640].

572. Le premier chiffre traite d'une créance garantie par gage, le tiers souhaitant dans cette hypothèse dégrever son bien[641]. Cette situation ne se rencontrera pas ou très rarement dans un contexte de recouvrement. Le créancier aurait intérêt à faire réaliser le gage plutôt que d'engager un recouvreur.

573. Le deuxième chiffre règle une situation à notre sens plus probable. Il se pourrait qu'un proche – conjoint, parent, ami, *etc.* – souhaite aider financièrement le débiteur en payant à sa place. Par la suite, ce même proche pourrait soit offrir des modalités de remboursement plus avantageuses, soit abandonner la créance. Un paiement fait directement au créancier permet de bénéficier de la subrogation, à condition que le débiteur l'indique[642], et permet de s'assurer que l'argent atteindra bien le destinataire prévu.

574. Le recouvreur n'est pas nécessairement étranger à la décision du débiteur de demander de l'aide, ou à celle du proche de l'accorder. Le droit au salaire ne saurait être exclu *a priori*.

575. Nous avons déjà démontré que le contrat de recouvrement n'est pas un accessoire de la créance découlant du rapport de base[643]. Le contrat ne sera donc pas transféré au tiers subrogé. Même si la conclusion d'un nouveau contrat par ce tiers est envisageable, elle ne saurait être garantie. Il existe un risque que le recouvreur ne soit pas payé, alors même que son action a pu inciter le tiers à se substituer au débiteur. Par conséquent, afin de ne pas pénaliser le recouvreur, il convient à notre sens de considérer que le paiement par un tiers en lien de causalité avec l'activité déployée vis-à-vis du débiteur est suffisant pour que le salaire soit dû.

---

640 ENGEL, Obligations, p. 613 ss ; CR CO I-TEVINI, CO 110 N 4.

641 ENGEL, Obligations, p. 614 ; CR CO I-TEVINI, CO 110 N 4, 7.

642 ENGEL, Obligations, p. 614 ; CR CO I-TEVINI, CO 110 N 31 s.

643 *Supra* N 359.

576. À ces deux situations s'ajoute le cas de la caution – simple ou solidaire – qui refuserait de payer. Le créancier disposant d'un droit contre la caution, il est parfaitement en mesure d'engager un recouvreur pour s'en occuper, aux mêmes conditions que s'il avait affaire à un débiteur « normal ». Cela nécessitera cependant la conclusion d'un contrat distinct de celui concernant la dette initialement garantie par la caution, le cas échéant. En effet, l'objet du contrat – la créance – n'est pas le même.

B) Substituts au paiement

577. Lors de l'analyse du contrat de courtage, nous avons exposé que le courtier avait droit à son salaire si le mandant et le tiers concluaient le contrat visé ou un contrat « économiquement équivalent ». Nous allons maintenant déterminer si cette notion peut être utilisée dans le contrat de recouvrement.

578. *A priori*, cette transposition n'a pas lieu d'être. Rien ne peut remplacer l'argent si ce n'est l'argent. Toutefois, certaines constructions juridiques offrent au créancier une sécurité quant au fait qu'il sera payé, par la consignation du montant (1), la constitution de sûretés (2) ou – dans une moindre mesure – par la reconnaissance de la dette (3). Le rapport de base peut également être modifié par transaction (4). Il est donc nécessaire d'examiner dans chacune de ces hypothèses si le recouvreur a correctement exécuté son incombance et peut prétendre à sa rémunération.

579. Le contrat peut régler spécifiquement la totalité ou une partie de ces hypothèses. Dans tous les cas, il convient d'abord de se reporter aux stipulations contractuelles, et les préférer aux solutions que nous proposons.

1) Consignation

580. Le refus de payer opposé par le débiteur peut résulter d'autres facteurs qu'une situation financière difficile ou une exception résultant du contrat. En cas de demeure du créancier – art. 92 al. 1 CO – ou lorsqu'il existe un doute sérieux sur la personne à qui la prestation est due – art. 96 ou 168 al. 1 CO – la voie de la consignation permet au débiteur de se libérer sans risque.

581. On remarque certaines similitudes dans la formulation de ces articles. L'art. 92 al. 1 CO, auquel renvoie l'art. 96 CO, a la formulation suivante :

> « [1] Lorsque le créancier est en demeure, le débiteur a le droit de consigner la chose aux frais et risques du créancier et de se libérer ainsi de son obligation. »

Quant à l'art. 168 al. 1 CO, qui traite du cas de la titularité litigieuse d'une créance cédée, il prévoit que :

> « [1] Le débiteur d'une créance dont la propriété est litigieuse peut en refuser le paiement et se libérer par la consignation du montant en justice. »

582. Un autre cas de consignation se trouve dans la règlementation du contrat de bail, en cas de défaut de la chose louée. L'art. 259g al. 2 CO dispose que « [l]es loyers consignés sont réputés payés. »

583. Il ressort de l'ensemble de ces dispositions légales que le législateur a voulu que la consignation soit équivalente au paiement, en cela qu'elle « libère » – formulation employée par les articles 92 al. 1 et 168 al. 1 CO – le débiteur et le protège des conséquences néfastes d'un défaut[644]. Nous ne pouvons pas nous écarter de ce raisonnement en matière de recouvrement, d'autant plus que le créancier ne saurait réclamer le paiement au débiteur d'un montant déjà consigné. Le recouvreur n'a alors plus aucune marge de manœuvre. La consignation se trouvant dans un lien de causalité avec l'action du recouvreur ouvre par conséquent le droit au paiement du salaire.

584. Si la consignation n'est pas valable, le débiteur n'est pas libéré[645], et le créancier ne pourra pas obtenir l'argent bloqué. Il n'y a, à notre sens, pas de raison de retenir une quelconque équivalence avec un paiement. Le recouvreur n'a donc pas de droit à son salaire et doit poursuivre ses activités s'il veut y prétendre.

585. La consignation d'une partie seulement de la dette – ou une consignation qui ne serait que partiellement valable – doit logiquement être traitée comme un paiement partiel, selon les principes précédemment développés[646].

2) Sûretés

586. Vu les faibles montants en jeu dans le contrat de recouvrement, il est peu probable que le débiteur prenne la peine de fournir des sûretés plutôt que de payer directement son dû. Toutefois, cette hypothèse n'est pas inenvisageable. Le contrat de recouvrement peut contenir une provision spécifique sur la question, mais cela nous paraît peu probable.

---

644 En cas de demeure du créancier : CR CO I-LOERTSCHER, CO 92 N 12.
En cas d'incertitude : CR CO I-PROBST, CO 468 N 6 ; ATF 134 III 348, JdT 2010 I 687, consid. 5.1.
Dans le bail à loyer : CR CO I-LACHAT, CO 259g, N 8 ; LACHAT, N 7.4.6 ; TERCIER/FAVRE, N 2173 ; ATF 124 III 201, JdT 1999 I 367, consid. 2d ; ATF 125 III 120, JdT 2000 I 622, consid. 2b.

645 ATF 125 III 120, JdT 2000 I 622, consid. 2b ; TF, 4A_163/2007, consid. 4.2.1 ; Chambre des recours/VD, JdT 2009 III 15, consid. 4.2.

646 *Supra* N 555 ss.

587. Nous avons déjà traité de l'exception d'insolvabilité de l'art. 83 CO, qui permet au créancier de retenir sa prestation, voire de résilier le contrat si des sûretés ne sont pas fournies[647]. Cet article n'a plus d'utilité lorsque le créancier a déjà exécuté sa prestation, mais il montre cependant que le législateur considère favorablement la possibilité de fournir des sûretés.

588. Une fois les garanties apportées par le débiteur – qu'elles soient réelles ou personnelles – la créance est sécurisée. Il convient à notre sens de considérer, sous réserve de l'existence du lien psychologique, que le recouvreur a permis au créancier d'obtenir son dû, même de façon indirecte. Le paiement du salaire est donc justifié.

589. Dans le cas particulier où la créance n'est que partiellement garantie, nous sommes d'avis de conserver le même système que celui développé en rapport avec le paiement partiel de la créance[648], à savoir que la rémunération du recouvreur se calcule au *prorata* du montant couvert.

590. La constitution d'une sureté est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 135 ch. 1 CO, ce qui permet d'interrompre la prescription[649]. En revanche, il ne s'agit pas d'un document écrit reconnaissant la dette, ce qui ne permet pas de l'utiliser comme titre de mainlevée provisoire[650]. Si un gage a été constitué, le créancier pourra toutefois agir par la voie privilégiée de la poursuite en réalisation du gage (art. 151 ss LP)[651].

3) Reconnaissance de dette

591. Nous envisageons ici le cas où le recouvreur n'obtient pas le paiement du débiteur, mais où ce dernier consent à reconnaître sa dette – au sens de l'art. 82 LP – c'est-à-dire dans un document écrit, signé ou passé par acte authentique[652]. Dans la procédure de poursuite, il s'agit d'un titre permettant d'obtenir la mainlevée provisoire[653]. Une fois celle-ci obtenue, ce sera au débiteur d'agir, par la voie de l'action en libération de dette, pour éviter la saisie ou la faillite[654].

592. Il faut distinguer cette reconnaissance de dette de celle prévue à l'art. 17 CO. Les conditions de cette dernière sont bien moins strictes. Il s'agit

---

647 *Supra* N 220 ss.

648 *Supra* N 555 ss.

649 CR CO I-PICHONNAZ, CO 135 N 8.

650 CR LP-SCHMIDT, LP 82, N 18 ss.

651 MARCHAND, Poursuites, p. 213 ; CR LP-FOËX, LP 151 N 1, 10 ss.

652 KRAUSKOPF, p. 25 ; MARCHAND, Poursuites, p. 66 ; CR LP-SCHMIDT, LP 82 N 18 s. ; CR CO I-TEVINI, CO 17 N 5 ; ATF 136 III 624, consid. 4.2.2.

653 MARCHAND, Poursuites, p. 66 ; CR LP-SCHMIDT, LP 82 N 1, 14, 18 ss ; SPÜHLER, N 332 ; CR CO I-TEVINI, CO 17 N 5.

654 MARCHAND, Poursuites, p. 71 ss ; CR LP-SCHMIDT, LP 82 N 15 ; SPÜHLER, N 347 ss.

d'une déclaration unilatérale, qui n'est soumise à aucune forme. Un acte concluant pourrait même suffire[655]. Elle est sujette à réception et à acceptation, et n'est par conséquent pas valable si elle est adressée à un tiers, à moins que celui-ci soit un représentant du destinataire prévu[656].

593. En soi, on ne saurait dire qu'une reconnaissance de dette – même au sens de l'art. 82 LP – équivaut au paiement. En effet, elle n'a pas de valeur pécuniaire en elle-même, mais peut faciliter des démarches ultérieures. Son obtention ne suffira pas au recouvreur pour réclamer son salaire.

594. Le créancier pourrait par la suite utiliser cette reconnaissance de dette dans le cadre d'une procédure de poursuite, qui brise normalement le lien psychologique entre l'action du recouvreur et le paiement, évitant ainsi d'avoir à payer le salaire. Le recouvreur a donc tout intérêt à prévoir spécifiquement cette hypothèse dans le contrat.

4) Transaction

595. Dans le cadre d'une négociation pour parvenir au paiement, il peut être utile de mettre à la disposition du recouvreur la possibilité de passer une transaction avec le débiteur.

596. La transaction est un contrat *sui generis*, qui suppose des concessions réciproques entre les parties en vue de mettre fin à un litige ou une incertitude[657]. Le recouvreur ne peut évidemment transiger pour lui-même dans le contexte qui nous occupe, mais agira comme représentant direct du créancier, aux conditions que nous allons analyser[658].

597. On ne saurait ici appliquer les règles du courtage, le courtier n'ayant pas le pouvoir de conclure lui-même un accord avec le tiers. Ne reste donc que les règles sur le mandat et sur la représentation. L'art. 396 al. 2 CO pose la présomption que le mandataire peut effectuer des actes de représentation directe[659], mais l'alinéa 3 de cette même disposition exclut plusieurs actes de cette présomption, dont la transaction et les donations, y compris les remises de dette[660]. Le recouvreur devra être spécialement autorisé par le créancier s'il veut y procéder.

---

655 MUSTER, p. 77 s. ; CR CO I-TEVINI, CO 17 N 4.

656 MUSTER, p. 90.

657 TERCIER/FAVRE, N 8103 ss, 8114.

658 *Supra* N 333.

659 ENGEL, Contrats, p. 483 ; HUGUENIN, N 3241 ; MÜLLER, Contrats, N 1940 ; TERCIER/FAVRE, N 5078 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 7.

660 HUGUENIN, N 3242 ; MÜLLER, Contrats, N 1947 ; TERCIER/FAVRE, N 5086 ; CR CO I-WERRO, CO 396 N 13. De façon générale, pour tous les « actes spéciaux, réputés importants » : ENGEL, Contrats, p. 483.

598. Le droit au salaire en cas de transaction s'analysera en fonction des pouvoirs conférés par le créancier. Selon nous, si le recouvreur parvient à la transaction souhaitée – ou à tout le moins autorisée – par le créancier, il convient de reconnaître ce droit de façon pleine et entière, et non au *prorata* de la somme recouvrée. L'attribution spéciale de pouvoirs doit prendre le pas sur l'accord général entre les parties.

599. Accorder un délai de paiement ou convenir d'un échéancier est déjà de la transaction[661] si les concessions sont réciproques. À défaut, il s'agira d'une simple remise de dette. Le recouvreur doit donc être autorisé à procéder à de tels actes, sous peine de nullité. Celle-ci a un effet très particulier. Les actes que le débiteur a consentis, par exemple le versement d'un acompte, devraient être frappés de nullité et les montants restitués. Toutefois, ils ont une autre cause – le rapport de base – dont la validité est indépendante.

600. Ainsi, il nous apparaît que le débiteur qui transigerait avec un représentant dépourvu de pouvoirs ne sera pas protégé vis-à-vis du créancier, les hypothèses de protection de la bonne foi restant réservées (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO – celles-ci supposent toutefois une improbable communication desdits pouvoirs par le créancier)[662]. Le débiteur pourrait toutefois se retourner contre le recouvreur, aux conditions de l'art. 39 CO[663].

601. Si la « transaction » consiste uniquement à réduire ou supprimer la créance, sans que l'on y retrouve des concessions de la part du débiteur, il s'agira d'un cas de remise de dette. Nous y reviendrons dans notre Chapitre 7[664].

C) Actes de défaut de biens

602. Nous avons exposé dans notre premier chapitre que le recouvrement peut également porter sur une dette pour laquelle un acte de défaut de biens a été délivré[665]. À notre avis, cela ne change pas le mécanisme à la base du contrat. Le recouvreur doit toujours agir de façon à recouvrer une créance, même si la situation économique du débiteur n'est certainement pas favorable.

603. La seule réserve que nous apportons à ce cas est la marge de manœuvre plus faible du recouvreur, dès lors que le débiteur peut se retrancher derrière

---

661 TERCIER/FAVRE, N 8111.
Certains auteurs parlent à ce propos de « convention de sursis » : TERCIER/PICHONNAZ, N 1470.

662 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 33 N 19 ss, CO 34 N 10 ss.

663 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 39 N 3 ss.

664 *Infra* N 750 ss.

665 *Supra* N 175 ss.

son non-retour à meilleure fortune[666]. Le recouvreur devra donc agir avec circonspection, s'il ne veut pas engager sa responsabilité[667].

D) Quittance

604. Le débiteur qui s'acquitte de sa dette peut, selon l'art. 88 CO, demander une quittance. Celle-ci est un moyen de preuve, mais n'est pas en tant que telle une preuve de l'extinction de la créance[668]. Selon l'art. 89 CO, elle emporte une présomption que les intérêts et les termes antérieurs ont été payés[669]. Dans le cadre de notre étude, il nous faut déterminer si le recouvreur est en mesure de donner quittance du paiement, et quels en sont les effets.

605. Le recouvreur qui a le droit de recevoir le paiement doit à notre avis donner quittance du paiement. Il serait peu pratique que le débiteur doive la réclamer au créancier, avec lequel il ne traite pas directement dans cette hypothèse. La quittance étant un acte juridique[670], le recouvreur agit comme représentant direct du créancier. Il n'y a donc pas d'obstacle particulier à ce qu'elle déploie les mêmes effets que si le créancier l'avait délivrée.

606. Une forme particulière est la quittance pour solde de tout compte, qui reconnaît que le débiteur n'a plus aucune dette envers le créancier. Elle peut avoir un effet de remise de dette[671]. Quoi qu'il en soit, la quittance pour solde de tout compte ne nous paraît pas appropriée dans le cadre du recouvrement de créances, vu que le recouvreur n'est engagé que pour une affaire spécifique. De plus, il n'est pas nécessairement informé de toutes les obligations du débiteur envers le créancier, le devoir d'information de ce dernier étant limité à la créance qui fait l'objet du contrat[672]. Une quittance pour solde de tout compte délivrée par le recouvreur ne concernera donc que les créances dont il est chargé.

607. Cette manière de voir est conforme à notre conception du recouvreur agissant comme représentant direct du créancier[673]. À ce titre, il est en mesure d'effectuer des actes au nom de ce dernier, mais s'il dépasse l'étendue des pouvoirs confiés, le tiers – ici le débiteur – n'est protégé que si le représenté –

666 *Supra* N 178.

667 *Infra* N 1167 ss et 1298 ss.

668 CHAIX, Droit des contrats, p. 5 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 306 s. ; ATF 139 III 160, consid. 2.7 ; TF, 4A_97/2007, SJ 2008 I 237, consid. 3.2.

669 CR CO I-LOERTSCHER, CO 89 N 4 s.

670 CR CO I-LOERTSCHER, CO 88 N 4.

671 CHAIX, Droit des contrats, p. 5 ; CR CO I-LOERTSCHER, CO 88 N 4 ; ATF 127 III 444, consid. 1a ; TF, 4A_97/2007, SJ 2008 I 237, consid. 3.2.

672 *Infra* N 678 ss.

673 *Supra* N 329 ss.

ici, le créancier – lui a communiqué l'étendue des pouvoirs (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO)[674]. Cette hypothèse nous paraît peu probable en pratique.

§ II. Restitution

A) Du montant recouvré

608. La restitution du montant recouvré n'a de sens que si le débiteur paie en mains du recouvreur. Dans ce cas, il s'agit à notre avis d'une véritable obligation – découlant de l'art. 400 al. 1 CO – et non d'une incombance.

609. Le but du contrat est non seulement de faire payer le débiteur, mais aussi de permettre au créancier de récupérer le produit de sa créance. Sans obligation de restituer, le contrat n'aurait pas de sens. Pire, le créancier subirait une perte, dans la mesure où le débiteur est valablement libéré par le paiement au recouvreur[675].

610. Le droit à la restitution ne peut être exercé par le créancier que si le recouvreur l'informe dès qu'il a reçu tout ou partie du montant qu'il était chargé de recouvrer. L'obligation d'information à ce sujet est incluse dans le devoir général de rendre compte de l'art. 400 al. 1 CO[676]. On peut également s'inspirer dans ce contexte de l'art. 418e CO, dans le contrat d'agence[677].

611. La créance en restitution est immédiatement exigible dès la réception des fonds, en application de l'art. 75 CO, et se prescrit par dix ans (art. 127 CO)[678]. À défaut de restitution immédiate, le recouvreur peut tomber en demeure (art. 102 ss CO). Même sans interpellation, les intérêts moratoires au taux de 5 % l'an commencent à courir dès l'exigibilité[679].

612. Sauf convention contraire, rien n'empêche le recouvreur ou le créancier de compenser la créance en paiement du salaire et des impenses avec la créance en restitution du montant reçu. À notre avis, la nature du contrat de recouvrement ne s'y oppose pas. Le recouvreur n'étant pas un travailleur, du moins pas dans le champ de notre étude[680], l'art. 125 ch. 2 CO – protégeant le « salaire absolument nécessaire à l'entretien » – ne s'appliquera pas.

---

674 *Supra* N 520.

675 *Supra* N 518.
Nous nous rapprochons en cela de la conception de WERRO : CR CO I-WERRO, CO 398 N 15.

676 HUGUENIN, N 3276 ; CR CO I-WERRO, CO 400 N 6.

677 *Supra* N 313.

678 CR CO I-WERRO, CO 400 N 17 ss.

679 CR CO I-WERRO, CO 400 N 18.

680 *Supra* N 327.

B) Des documents

613. Nous verrons que le créancier doit fournir au recouvreur les documents pertinents et nécessaires à la bonne exécution du contrat[681]. Vu les principes que nous avons développés, il est logique que le recouvreur doive les rendre une fois le contrat terminé[682]. En règle générale, la question ne se posera pas, le créancier n'ayant qu'à fournir des copies des documents nécessaires[683] – si toutefois les originaux avaient été transmis, le recouvreur pourrait en garder une copie, afin de ne pas être désavantagé dans un litige futur[684].

Section II : Obligations accessoires

614. D'autres obligations à la charge du recouvreur découlent de la nature du contrat de recouvrement. Comme tout contrat de service, il faut tout d'abord examiner si le créancier est en droit d'exiger l'exécution personnelle du contrat (§ I.). Nous examinerons ensuite l'obligation de diligence (§ II.), celle de respecter les instructions (§ III.) et le devoir de discrétion (§ IV.).

§ I. Exécution personnelle

615. En matière d'exécution personnelle, la règle générale se trouve à l'art. 68 CO, qui dispose que :

> « Le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même. »

616. On présume cet intérêt dans le mandat, car le mandataire est le plus souvent un spécialiste engagé pour ses qualités, le rapport de confiance entre les parties entraîne aussi le plus souvent l'obligation d'exécuter personnellement[685]. On retrouve une concrétisation de cette obligation à l'art. 398 al. 3 CO[686] :

> « 3 [Le mandataire] est tenu [d'exécuter] personnellement [le mandat], à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs. »

---

681 *Infra* N 692 ss.

682 HUGUENIN, N 3276 ; CR CO I-WERRO, CO 400 N 13.

683 *Infra* N 695.

684 CR CO I-WERRO, CO 400 N 19.

685 ENGEL, Contrats, p. 485 ; HUGUENIN, N 3251.

686 ENGEL, Contrats, p. 485 ; HONSELL, BT, p. 326 ; MÜLLER, Contrats, N 1948.

617. Dans le courtage, l'exécution personnelle est également la règle. La substitution est possible si elle est autorisée par le contrat ou par l'usage[687]. L'art. 398 al. 3 CO, en tant que règle générale s'appliquant au contrat de mandant, est concerné par le renvoi général de l'art. 412 CO.

618. Tout d'abord, relevons qu'en cas de recours à un auxiliaire[688], le mandataire répond sur la base de l'art. 101 al. 1 CO[689].

619. Il existe une controverse pour les cas de substitution – à savoir quand la tâche est déléguée à un tiers indépendant[690]. Une partie de la doctrine considère que le mandataire engage sa responsabilité personnelle en cas de recours à un tiers sans y être autorisé[691], tandis que l'autre préfère y voir un cas d'application de l'art. 101 al. 1 CO[692].

620. Nous nous rallions à cette seconde opinion, qui nous semble correspondre davantage à la systématique du Code des obligations – en renonçant à créer une nouvelle forme de responsabilité – et élimine la difficulté de la distinction entre auxiliaire et sous-mandataire[693].

621. En revanche, si la substitution est autorisée, le mandataire bénéficie d'une responsabilité allégée (art. 399 al. 2 CO), en cela qu'il répond du choix et de l'instruction de son substitut – *curae in eligendo et instruendo* – mais pas de sa surveillance[694].

622. Nous avons pu constater que nombre de recouvreurs sont organisés sous la forme de sociétés anonymes ou à responsabilité limitée. Les tâches déléguées découlant du contrat sont assumées par des employés – qui sont des auxiliaires – et non des sous-mandataires. Le régime de l'art. 101 al. 1 CO s'appliquera donc dans les rapports contractuels.

623. Nous étudierons plus loin les questions de responsabilité et de recours internes en cas d'acte illicite commis au préjudice du débiteur, car ces points nécessitent d'avoir étudié la protection que la loi confère à ce dernier[695].

687 ENGEL, Contrats, p. 485 ; TERCIER/FAVRE, N 5623.

688 *Supra* N 337 ss pour la définition.

689 MÜLLER, Contrats, N 1950 ; TERCIER/FAVRE, N 5208.

690 TERCIER/FAVRE, N 5094.

691 DROZ, N 812 ; ENGEL, Contrats, p. 485 ; MÜLLER, Contrats, N 1968.

692 HONSELL, BT, p. 327 ; TERCIER/FAVRE, N 5209 s. ; CR CO I-WERRO, CO 399 N 2.

693 Sur la distinction : HUGUENIN, N 3251 ; MÜLLER, Contrats, N 1956 ; TERCIER/FAVRE, N 5101.

694 ENGEL, Contrats, p. 485 ; HONSELL, BT, p. 326 s. ; MÜLLER, Contrats, N 1954 ; TERCIER/FAVRE, N 5210 ; CR CO I-WERRO, CO 399 N 4.

695 *Infra* N 1326 ss.

§ II. Diligence

624. En tant que telle, l'obligation de diligence du recouvreur n'existe pas véritablement – il s'agit en effet d'une incombance. On ne peut donc attendre du recouvreur qu'il mette en œuvre des moyens raisonnables pour amener le débiteur à payer.

625. Toutefois, cette obligation de diligence a d'autres facettes pleinement applicables au contrat de recouvrement. Notamment, l'obligation d'informer le créancier des actions entreprises et celle d'éviter les conflits d'intérêts[696] restent à notre sens pleinement applicables.

§ III. Respect des instructions

626. L'art. 397 CO, relatif au devoir de respecter les instructions données par le mandant, est également applicable de manière générale au courtage, par le renvoi de l'art. 412 CO. Le droit de donner des instructions ne peut pas être supprimé par contrat[697,] le créancier gardera toujours le contrôle sur les actes du recouvreur qu'il a engagé. Cela ne l'empêche toutefois pas de lui laisser une grande liberté d'action[698].

627. Le recouvreur est à notre sens un spécialiste dans son domaine d'expertise. Si les instructions données par le créancier sont « déraisonnables » – en ce sens qu'elles nuisent à la réalisation du but du contrat – le recouvreur n'a pas à les suivre[699]. Il doit toutefois clarifier la situation avec son cocontractant, notamment en l'informant de son désaccord[700].

628. En revanche, des instructions illicites ou contraires aux mœurs seraient nulles[701] – par exemple dans le l'hypothèse où les méthodes de recouvrement souhaitées par le créancier constitueraient une infraction pénale si elles étaient utilisées[702]. Le recouvreur est tenu d'en informer le créancier[703].

629. Le mandataire qui suit les instructions précises du mandant, ou dont les actes ont été approuvés n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis de ce

---

696 La classification change en fonction des auteurs, mais les principes restent les mêmes : TERCIER/FAVRE, N 5145 ss ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 16, 29.

697 MARCHAND, Clauses, p. 16 ; CR CO I-WERRO, CO 397 N 3.

698 MÜLLER, Contrats, N 1996.

699 MÜLLER, Contrats, N 2003 ; CR CO I-WERRO, CO 397 N 10.

700 CR CO I-WERRO, CO 397 N 11.

701 MÜLLER, Contrats, N 2004 ; CR CO I-WERRO, CO 397 N 8.

702 Voir la casuistique que nous avons développée : *infra* N 1202 ss.

703 CR CO I-WERRO, CO 397 N 9.

dernier[704]. Le recouvreur doit être soumis au même régime. Cela ne saurait toutefois pas exclure sa responsabilité pour acte illicite vis-à-vis du débiteur, le cas échéant[705].

630. En cas d'instructions déraisonnables ou illicites, le recouvreur qui refuse de les suivre et en informe dûment son cocontractant n'engage pas sa responsabilité[706]. Toutefois, s'il accepte l'instruction, il répond de sa mauvaise exécution – même si elle est illicite ou immorale[707].

631. Cette jurisprudence est à notre avis critiquable, car le recouvreur acceptant une instruction avant de se raviser est confronté au choix cornélien d'engager sa responsabilité vis-à-vis du créancier – même si le dommage reste difficile à prouver – ou commettre un acte illicite au préjudice du débiteur, dont les conséquences peuvent être graves[708]. Avec d'autres auteurs[709], nous préférons considérer que le recouvreur n'est jamais lié par des instructions illicites ou immorales, même s'il les a dans un premier temps acceptées.

§ IV. Discrétion

632. Le recouvrement de créances est un sujet sensible, tant pour le débiteur en retard que pour le créancier. Ce dernier est légitimement fondé à souhaiter que l'intervention du recouvreur ne s'ébruite pas. D'une part, cela peut être mal perçu de la part des clients, qui sont susceptibles de se retrouver dans la même situation que le débiteur et ne souhaitent pas qu'un recouvreur intervienne. D'autre part, il s'agit d'un signal négatif vis-à-vis des fournisseurs, car des difficultés à se faire payer peuvent à terme fragiliser la trésorerie du créancier.

633. Corollaire de son obligation de fidélité, le devoir de discrétion du recouvreur est le même que celui du mandataire vis-à-vis de son mandant. Il couvre toutes les informations que le recouvreur a reçues ou découvertes durant son activité[710], et l'obligation subsiste après la fin du contrat[711]. En revanche, faute d'une base légale topique, le recouvreur qui révèlerait une information à lui confiée ne commettrait pas une infraction pénale de ce fait[712].

---

704 TF, 4A_637/2012, consid. 2.8, non publié aux ATF 139 III 160.

705 CR CO I-WERRO, CO 397 N 9, 12.

706 CR CO I-WERRO, CO 397 N 8, 12.

707 ATF 124 III 253, JdT 1999 I 389, consid. 3c.

708 Conséquences pénales et civiles : *infra* N 1167 ss et 1298 ss.

709 Dans le même sens : CR CO I-WERRO, CO 397 N 8.

710 MÜLLER, Contrats, N 1995 ; CR CO I-WERRO, CO 398 N 22.

711 MÜLLER, Contrats, N 1996.

712 CORBOZ, CP 321 N 8.
Comparer avec le médecin ou l'avocat : art. 321 CP. MÜLLER, Contrats, N 1997.
Voir également : *infra* N 1238 ss.

Cela vaut également pour un avocat qui serait chargé de recouvrer une créance, cette activité ne relevant pas typiquement de sa profession[713].

634. Cette obligation contractuelle ne protège que le créancier. La discrétion dont doivent faire preuve le recouvreur et le créancier au sujet des difficultés qu'ils rencontrent avec le débiteur n'a pas à être réglée dans le contrat de recouvrement en tant que tel, mais dans les rapports entre celui-ci et ceux-là. Nous y reviendrons dans notre seconde partie[714].

Section III : Exécution et responsabilité

635. Comme nous l'avons vu tout au long de chapitre, le recouvreur est uniquement soumis à une incombance, il n'y a donc pas de place pour une action en exécution – ni pour une action en responsabilité. L'obligation de restitution, basée sur l'art. 400 al. 1 CO, est en revanche sujette à une action en exécution, au sens des articles 1 et 19 CO.

636. Ainsi, seule la violation d'un devoir accessoire, par exemple la discrétion, pourrait être à même de causer un préjudice au créancier et fonder une obligation d'indemnisation. Il faudra alors démontrer que ce dernier a subi un dommage, causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution fautive par le recouvreur de l'une de ses obligations. La preuve du dommage nous apparaît toutefois difficile – le créancier pouvant toujours demander l'exécution au débiteur, sa situation patrimoniale ne nous semble pas se modifier.

637. On peut également concevoir que les parties aient prévu une obligation de service – par exemple de conseil[715] – qui entraînera une responsabilité si le recouvreur ne satisfait pas à son obligation de moyens.

638. Que l'on analyse le contrat de recouvrement sous l'angle du mandat ou du courtage, les règles de responsabilité seront les mêmes, à savoir celles de l'art. 398 al. 1 CO, revoyant à l'art. 321e CO, sur la responsabilité du travailleur. Les conditions de responsabilité sont les mêmes qu'à l'art. 97 al. 1 CO[716].

---

713 CORBOZ, CP 321 N 31 ; ATF 120 Ib 119, JdT 1996 IV 92, consid. 3c.
Voir également : *supra* N 262.

714 *Infra* N 1198 ss, 1305 ss.

715 Elle ne nous semble toutefois pas constituer la règle en la matière : *supra* N 85.

716 HUGUENIN, N 3266 ss ; TERCIER/FAVRE, N 5195.
Contra : CR CO I-WERRO, CO 398 N 38, pour qui l'application des conditions de l'art. 41 CO serait préférable.

639. Concernant la responsabilité pour les auxiliaires et sous-mandataires, nous avons vu que les règles de l'art. 101 al. 1 CO trouvaient application, sauf en cas de substitution autorisée, où nous appliquerons le régime de l'art. 399 al. 2 CO[717].

640. La violation de certaines obligations accessoires peut également entraîner la perte de la rémunération et des impenses[718] du recouvreur, sur la base de l'art. 415 CO. Les hypothèses envisagées par cet article sont l'action du courtier dans l'intérêt du tiers, et la promesse d'une rémunération par le tiers contraire aux règles de la bonne foi[719].

641. On peine à voir les cas où le débiteur aurait intérêt à rémunérer le recouvreur. De même, il nous semble absurde que ce dernier puisse favoriser le débiteur au détriment du créancier. La situation est différente de celle – traditionnelle – du courtier négociateur qui serait en proie à un conflit d'intérêt lorsqu'il discute du prix de vente d'un bien. En effet, tant que le débiteur ne paie pas, le droit au salaire n'existe pas, ce qui rend inutile l'application de l'art. 415 CO.

642. Les clauses d'exclusion de responsabilité sont soumises à deux régimes, selon que le l'activité exercée relève d'une concession de droit administratif ou non[720]. Le régime de responsabilité est plus strict pour les activités concédées, qui prévoit notamment que le juge peut considérer comme nulle une clause restreignant la responsabilité en cas de faute légère propre, et nie de plein droit la validité d'une clause libérant le débiteur pour sa faute grave ou celle d'un de ses auxiliaires[721]. Les cas sont rares en pratique, à la notable exception du secteur bancaire[722].

643. Le recouvreur, en se plaçant volontairement hors des moyens habituels de procédure prévus en cas d'absence de paiement, se démarque du système légal[723]. On ne saurait dire que son activité relève d'une concession de l'État. Il sera donc soumis au régime ordinaire de l'art. 100 al. 1 CO pour sa faute propre, et de l'art. 101 al. 2 CO pour la faute de ses auxiliaires.

644. Quoi qu'il en soit, ces clauses seront généralement superflues concernant l'« obligation » typique du recouvreur, et n'auront un impact qu'en cas de violation d'un devoir accessoire – à supposer encore qu'un dommage

---

717 *Supra* N 618 ss.

718 DREYER, p. 89 ; CR CO I-RAYROUX, CO 415 N 3.

719 DREYER, p. 88 s. ; ANTOGNAZZA, p. 3 ; HONSELL, BT, p. 343 ; CR CO I-RAYROUX, CO 415 N 2 ; TERCIER/FAVRE, N 5647.

720 CR CO I-THÉVENOZ, CO 101 N 26.

721 CR CO I-THÉVENOZ, CO 100 N 24, CO 101 N 37.

722 TERCIER/PICHONNAZ, N 1271 s. ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 101 N 27 ; ATF 112 II 450, consid. 6a ; ATF 132 III 449, consid. 2.

723 *Supra* N 200 ss.

puisse être chiffré. Ce risque minime rend à notre sens inutile l'instauration d'une assurance responsabilité civile obligatoire, telle qu'on la rencontre dans d'autres mandats spéciaux, tel celui des avocats (art. 12 let. f LLCA).

Synthèse

645. L'obtention du paiement par le débiteur n'est qu'une incombance du recouvreur. Celui-ci ne sera donc pas responsable s'il ne l'obtient pas. Elle est cependant une condition de l'obtention du salaire. Les aménagements et stipulations contraires restent évidemment réservés.

646. Au contraire du tiers dans le contrat de courtage, le débiteur n'est pas libre de refuser de payer, vu que son obligation existe juridiquement. Aussi, tout paiement fait par le débiteur ne suffit pas à créer le droit au salaire du recouvreur. Il faut que ce dernier démontre l'existence d'un lien psychologique entre son action et le paiement.

647. Le lien est donné si le paiement est fait en mains du recouvreur. Ce n'est toutefois pas la seule hypothèse. Il convient à notre avis de présumer l'existence de ce lien, s'il s'est écoulé moins d'un mois entre la dernière action du recouvreur et le paiement, car le débiteur aura alors modifié ses habitudes de paiement.

648. Un paiement partiel ou un substitut tel que la consignation peut également ouvrir le droit au salaire, en tout ou partie.

649. Une fois le paiement obtenu, le recouvreur a l'obligation de rétrocéder immédiatement le montant au créancier, quitte à compenser le montant du salaire et des impenses, le cas échéant.

650. Enfin, le recouvreur est soumis aux obligations accessoires générales du contrat de mandat quant à l'exécution personnelle de son obligation, sa diligence, le respect des instructions et son devoir de discrétion. Une violation de l'une de ses obligations peut entraîner sa responsabilité – mais le créancier devra alors prouver qu'il a subi un dommage.

« […] je n'ai pas d'argent !
— Comment ! le sac d'écus ?
— Pension paternelle, en un jour, tu vécus !
— Pour vivre tout un mois, alors ?
— Rien ne me reste.
— Jeter ce sac, quelle sottise !
— Mais quel geste ! »

Edmond ROSTAND, Cyrano de Bergerac, Acte I, Scène IV.

Chapitre 6 : Obligations du créancier

651. Il nous faut maintenant nous pencher sur les obligations du créancier à l'égard du recouvreur, en particulier le paiement de la rémunération convenue (Section I). Rappelons déjà à ce stade que le contrat de recouvrement est un contrat bilatéral imparfait[724].

652. Le créancier ne s'est cependant pas uniquement obligé à rémunérer son partenaire lorsqu'il a conclu le contrat. Il a également à sa charge diverses obligations accessoires, qui visent toutes à assurer que le recouvreur puisse correctement exécuter ses engagements (Section II). Le créancier risque d'engager sa responsabilité s'il manque à ses devoirs, point dont il nous faudra aussi traiter (Section III).

Section I : Obligations principales

§ I. Paiement du salaire

A) Détermination

653. Le salaire du recouvreur est en général défini comme un pourcentage de la créance à recouvrer. À la suite de notre recherche, il s'avère que ledit salaire oscille entre 5 et 25 % de la créance à recouvrer, soit bien plus que dans l'affacturage (0.5 à 3 %)[725] ou que dans le courtage (2 % environ)[726]. Le taux est inversement proportionnel au montant de la créance faisant l'objet du contrat.

---

724 *Supra* N 399.

725 HONSELL, BT, p. 433 ; MÜLLER-CHEN, p. 182.

726 ATF 111 II 336, JdT 1986 I 499, consid. 3b, 3c.

Il n'existe pas de tarif au sens de l'art. 414 CO, et nous serions bien en peine de dégager un quelconque usage généralisé[727].

654. En l'absence d'un montant convenu par les parties, il n'est pas possible de recourir à une détermination du salaire par le biais d'un tarif ou d'usages. Il appartiendra donc au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de fixer un salaire approprié[728].

655. Ce mode de rémunération et cette incertitude s'expliquent toutefois largement par les circonstances qui mènent au choix de recourir aux services d'un recouvreur.

656. Du point de vue du créancier, les petits montants en jeu font qu'une rémunération au temps consacré ou aux actes effectués – que l'on retrouve généralement pour les avocats et les médecins – pourrait aboutir à ce que le salaire dépasse la somme en jeu. Une telle solution serait bien trop risquée.

657. Du point de vue du recouvreur, la fixation à l'avance de sa rémunération a indéniablement un caractère publicitaire. Cela ne doit toutefois pas faire oublier la raison économique de ce modèle. Le savoir-faire développé par les recouvreurs ne nécessite généralement pas une grande personnalisation d'un cas à l'autre – une créance soulevant une question juridique de principe quant à son existence sera vraisemblablement traitée par les tribunaux. Ainsi, une part importante des coûts engendrés par son activité ne peut être clairement rattachée à l'une ou l'autre créance traitée. Une tarification à l'heure n'est donc guère adéquate.

658. Il convient également de prendre en compte le caractère très variable des créances pouvant faire l'objet d'un recouvrement. Cela peut aller du débiteur ayant simplement oublié ou égaré une facture à l'insolvable habitué des procédures de poursuites – tout en sachant que certaines créances ne sont simplement pas dues. Même si les méthodes seront similaires d'un cas à l'autre, les chances de réussite varient drastiquement. Le risque nous apparaît être un facteur important, qui justifie une rémunération plus importante que dans d'autres contrats.

B) Moment

659. La nature du contrat de recouvrement fait que le salaire est dépendant du respect de l'incombance, comme en matière de courtage. Il convient selon nous de considérer que le salaire est exigible dès que le débiteur s'est effectivement acquitté de la dette.

---

727 Sur les tarifs et usages en matière de courtage, voir : MARQUIS, p. 263 ss ; CR CO I-RAYROUX, CO 414 N 3 ss.

728 MARQUIS, p. 271 ; CR CO I-RAYROUX, CO 414 N 7.

660. En cas de paiement en mains du recouvreur, celui-ci peut en principe immédiatement déduire son salaire du montant reçu, sauf si la compensation a été exclue par contrat[729]. La compensation ayant un effet rétroactif[730], le moment exact de la déclaration de volonté de l'une ou l'autre partie n'est guère important.

661. En revanche, si le débiteur s'est acquitté directement auprès du créancier, la compensation est exclue. Le recouvreur devra donc demander le paiement de son salaire, et pourra le faire dès que le débiteur a presté.

C) Salaire excessif

662. Il nous faut encore déterminer si un salaire convenu par les parties, mais qui est excessif par rapport au montant de la créance, serait réductible par le juge. En matière de courtage, une disposition existe en ce sens pour le courtier s'occupant de contrats de travail ou de vente immobilière (art. 417 CO).

663. La réduction du salaire est de droit impératif, vu qu'elle a pour but de protéger la partie faible du contrat[731]. Comme toute limitation de la liberté contractuelle, elle est d'application restrictive[732]. Nous avons vu que le contrat de recouvrement était un contrat innommé, mais que cela n'empêchait pas l'application d'une norme impérative applicable à un contrat nommé, si un besoin de protection était établi[733]. Il nous faut donc déterminer si l'art. 417 CO pourrait servir à protéger le créancier.

664. À notre sens, le champ d'application de l'art. 417 CO est strictement délimité, et ne peut pas être étendu indéfiniment. Même si le rapport de base était l'un des contrats visés par cet article, il ne se justifierait pas à nos yeux d'étendre la protection conférée par cet article. En effet, il existe des moyens légaux pour contraindre un débiteur à s'exécuter, alors que la recherche d'un logement ou d'un travail est soumise à l'aléa de la liberté contractuelle. Le créancier qui choisit volontairement de s'écarter du régime légal doit attentivement peser les avantages et les inconvénients de sa décision. À défaut, il doit assumer les risques qu'il a pris.

665. Le créancier qui souhaiterait se plaindre du salaire excessif du recouvreur pourrait recourir aux règles la lésion (art. 21 CO), mais il devra alors prouver que la conclusion du contrat était due à un facteur tel que la gêne, la

729 *Supra* N 612.

730 *Infra* N 790.

731 DREYER, p. 87 ; ENGEL, Contrats, p. 525 ; HONSELL, BT, p. 342 ; TERCIER/FAVRE, N 5653 ; ATF 88 II 511, consid. 3b ; ATF 111 II 336, JdT 1986 I 499, consid. 3a.

732 CR CO I-RAYROUX, CO 417 N 1 ; TERCIER/FAVRE, N 5651 ; ATF 88 II 511, consid. 3b ; ATF 138 III 669, consid. 3.1.

733 *Supra* N 243.

légèreté ou l'inexpérience[734]. Si, comme dans la majorité des cas, le créancier est un professionnel en litige avec un particulier, la preuve de la lésion sera des plus difficiles à apporter.

666. Un salaire plus élevé que la moyenne peut se justifier dans certains cas, typiquement si la créance n'avait que peu de chances d'être récupérée – inexigible, prescrite, *etc.* ou si le débiteur est insolvable. Le créancier rémunère ainsi le risque pris par le recouvreur, dont les démarches seront peut-être vaines. Toutefois, il n'est pas possible de considérer que la survenance en cours de contrat d'un de ces cas justifie une majoration automatique de salaire, vu que celui-ci est avant tout convenu par les parties.

667. Une créance en retard génère des intérêts moratoires (art. 104 CO)[735]. Le montant à récupérer par le recouvreur est donc susceptible d'augmenter avec le temps. Il se justifie toutefois de considérer que le montant déterminant pour le calcul du salaire – s'il s'agit d'un pourcentage ou d'un barème – est celui dû par le débiteur au moment de la conclusion du contrat. En effet, retenir une autre solution pourrait inciter le recouvreur à retarder son action, pour obtenir une rémunération plus haute. Cela irait à l'encontre du but des parties. Ces dernières sont toutefois libres d'en convenir autrement.

D) Paiement partiel

668. Nous avons déjà examiné le cas du paiement partiel sous l'angle de l'exécution de la prestation promise par le recouvreur. L'obligation de payer se lit donc en miroir de l'incombance, et la part du salaire que le recouvreur pourra demander suivra les règles que nous avons établies[736].

§ II. Remboursement des impenses

669. Nous avons déterminé que le contrat de recouvrement présente des similitudes avec le contrat de courtage en ce qui concerne la rémunération du recouvreur. Or, le salaire ne suffit pas toujours à ce dernier pour couvrir ses charges, ce pourquoi le créancier peut être amené à rembourser également les impenses engagées par le recouvreur.

734 HUGUENIN, N 457 ss ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 21 N 6 ss ; ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586, consid. 5.

735 Pour les modalités de l'intérêt moratoire, voir : *infra* N 1039.

736 *Supra* N 555 ss.

A) En général

670. En principe, les sommes engagées par le courtier dans l'exercice de son activité ne lui seront pas remboursées (art. 413 al. 3 CO)[737]. En revanche, le contrat de mandat prévoit le principe d'une indemnisation totale (art. 402 al. 1 CO)[738]. Ces deux régimes entrent donc en conflit dans notre cas.

671. Il convient à notre sens d'appliquer les règles du courtage plutôt que celles du mandat. La rémunération principale, nous l'avons vu, se rattache au régime du contrat de courtage, et non à celui du mandat. Par simple cohérence, le sort des impenses doit suivre le même régime.

672. Cela permet aussi de rester dans l'esprit du contrat de recouvrement, qui veut que le créancier débourse un montant fixe et convenu d'avance, si le recouvreur parvient à ses fins. Nous avons vu que cet élément est déterminant pour assurer la « compétitivité » du recouvrement privé de créances par rapport à la poursuite pour dettes ou à l'engagement d'un avocat[739].

673. Nous en concluons que le régime du courtage est seul applicable, et que le recouvreur ne peut pas demander au créancier le remboursement de ses impenses, sauf convention contraire.

B) Modulations contractuelles

674. Conformément au principe de la liberté contractuelle, une clause contraire aux principes que nous avons énoncés est possible. En présence de pareil accord, l'art. 413 al. 3 CO – qui doit selon nous trouver application, toujours par souci de cohérence – présume que le remboursement est dû même si le courtier n'est pas parvenu à ses fins. Cette règle est toutefois de droit dispositif[740].

675. Par conséquent, la modulation contractuelle du remboursement des impenses se fait principalement à deux niveaux. Premièrement, les parties sont libres de décider du principe du remboursement. Deuxièmement, elles peuvent le lier au paiement du salaire, en prévoyant que seul l'accomplissement du but visé ouvre ce droit.

676. Au cours de notre recherche, nous avons pu constater que les contrats de recouvrement prévoyaient fréquemment le remboursement des impenses engagées, et ne les conditionnaient que rarement au succès obtenu.

---

737 CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 2.

738 CR CO I-WERRO, CO 402 N 5 ss.

739 *Supra* N 205 ss.

740 ANTOGNAZZA, p. 4 ; CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 2.

677. Si le droit au salaire est indépendant du résultat obtenu par le recouvreur, ou si le recouvreur agit gratuitement, nous avons vu que le contrat devait être qualifié de mandat simple[741]. Dans ce cas, la règle de l'art. 402 CO sera la seule à trouver application, et les impenses seront en principe remboursées. Toutefois, rien n'empêche les parties de prévoir un régime différent par contrat : soit une exclusion totale, soit un remboursement conditionné à la réussite – dont on peine toutefois à voir l'utilité pratique.

Section II : Obligations accessoires

§ I. Renseignements

678. L'obligation de fournir certains renseignements au recouvreur découle de la nature même du contrat. D'une part, l'objet du contrat – la créance – doit être déterminé, ce qui signifie que le créancier doit donner suffisamment d'informations pour permettre la spécification de la créance en souffrance. D'autre part, le recouvreur est obligé de disposer de certaines informations pour pouvoir exécuter sa prestation.

A) Créance

679. Nous avons vu que le contrat de recouvrement ne pouvait porter que sur une créance déterminée ou déterminable[742]. Le créancier qui s'adresse à un recouvreur doit donc suffisamment spécifier de quelle créance il s'agit. Parmi les éléments d'identification, nous comptons au moins la cause de la créance, le montant de celle-ci et l'identité du débiteur.

680. La nécessité d'indiquer la cause et le montant de la créance découle de la nature même des obligations. Premièrement, le recouvreur doit savoir combien il réclamera au débiteur et quand il pourra cesser ses démarches en estimant que le débiteur s'est correctement exécuté. Deuxièmement, la rémunération promise est généralement corrélée au montant de la dette de base.

681. L'obligation d'identifier le débiteur découle logiquement de l'obligation d'identifier la créance. Parmi les éléments à mentionner, on trouve en premier lieu le nom, puis les moyens à disposition pour le localiser et le distinguer d'éventuels homonymes : adresse, date de naissance, coordonnées téléphoniques ou informatiques, *etc*.

741 *Supra* N 295.

742 *Supra* N 120.

682. Si le débiteur est identifié, mais que le créancier ignore où il se trouve, les parties peuvent s'entendre sur les recherches à mener afin de le retrouver. Il est parfaitement envisageable que le recouvreur s'en charge, si le contrat ou un accord subséquent le prévoit. Sauf convention spéciale, les règles relatives aux impenses[743] s'appliqueront également dans ce cas de figure.

683. Le recouvreur et le créancier doivent être attentifs aux risques découlant de la conclusion d'un contrat portant sur une obligation qui incorpore un élément de secret, qu'il soit conventionnel (clause de confidentialité) ou protégé par le droit pénal (par exemple, le secret du médecin ou de l'avocat – art. 321 CP). Nous y reviendrons[744].

B) Solvabilité

684. Au contraire de la validité de la créance, la solvabilité du débiteur ne constitue pas un élément nécessaire au contrat de recouvrement. En revanche, son éventuelle insolvabilité peut être un risque pour le recouvreur, dont la rémunération dépend directement du paiement de la créance de base. Le créancier doit donc à notre avis fournir toutes les informations pertinentes au recouvreur, pour que celui-ci évalue le risque qu'il a de conclure le contrat.

685. En principe, le créancier devrait au préalable se renseigner sur la solvabilité de son débiteur. L'expérience montre qu'il n'en est généralement rien. Il se peut que le créancier ne dispose d'aucune ou de trop peu d'informations sur l'état financier de son débiteur. Comme en matière de recherche et d'identification, les parties peuvent s'accorder sur d'éventuelles recherches préalables, qui seront également réglées comme des impenses.

686. À défaut d'informations, les deux parties prennent le risque que le contrat ne puisse pas être correctement exécuté. Le risque pèsera sur l'une ou l'autre partie en fonction du paiement des impenses en cas d'échec. Sachant que les deux parties ont consciemment et volontairement pris ce risque, il ne convient à notre sens pas de modifier la répartition du risque ou d'invoquer les règles de l'erreur.

687. Autre est la situation dans laquelle une partie – en principe le créancier – sait que le contrat ne pourra pas être exécuté, à cause de graves difficultés financières du débiteur. Cette situation ne doit être admise que dans les cas extrêmes, par exemple si le débiteur est une personne morale et que sa faillite entraînera sa dissolution. Le cas d'une personne physique disposant d'un acte de défaut de biens définitif ne suffira en revanche pas, celle-ci ayant toujours la possibilité de rembourser ses dettes. Dans ce cas, il convient selon nous

743 *Supra* N 669 ss.

744 *Infra* N 1238.

d'appliquer les règles du dol, l'invalidation du contrat menant à des dommages-intérêts négatifs et à une éventuelle responsabilité basée sur la *culpa in contrahendo*.

688. Le contrat peut également mettre à la charge du recouvreur l'obligation de vérifier la solvabilité du débiteur avant de continuer les démarches de recouvrement. En fonction de la configuration des obligations, il pourrait s'agir d'un contrat indépendant, ou d'une condition incluse dans le contrat principal, vraisemblablement avec un effet résolutoire en cas d'insolvabilité du débiteur.

C) Démarches

689. Le recouvreur qui conclut le contrat doit avoir en main les éléments permettant de jauger ses chances de succès. Parmi ceux-ci, on peut penser aux démarches déjà effectuées par le créancier, qu'elles soient informelles comme un envoi de rappel ou formelles comme une poursuite ou une action en justice. L'engagement, passé ou présent, d'un autre recouvreur est également une information qui doit à notre sens être transmise. Le risque est ici de voir le lien psychologique rompu par un élément extérieur.

690. Enfin, toute information sur le comportement du débiteur, dans la relation en cause ou dans une relation précédente devrait être transmise. Ces divers éléments permettront au recouvreur d'apprécier la détermination du débiteur et de mieux calibrer son action. En particulier, les arguments éventuels invoqués par le débiteur pour justifier son absence ou son refus de paiement sont déterminants. Si la créance est contestée en tout ou partie, les chances de succès et de rémunération sont diminuées d'autant.

691. Le créancier qui ne satisferait pas à cette obligation pourrait se voir opposer l'erreur du recouvreur, et donc l'invalidation du contrat. L'utilité de l'invalidation est toutefois diminuée au vu de la possibilité de résilier en tout temps garantie par l'art. 404 al. 1 CO[745]. Si les éléments ont été sciemment dissimulés, les circonstances conduiront potentiellement à reconnaître un cas de dol au sens de l'art. 28 CO, et à mener à des dommages-intérêts sur la base de la *culpa in contrahendo*[746].

D) Documentation

692. Les documents sont la concrétisation des affirmations développées précédemment, ils permettent de juger littéralement « sur pièces » de la situation factuelle.

---

[745] *Infra* N 836 ss.

[746] Sur le régime de la *culpa in contrahendo* : *infra* N 720 ss.

693. Parmi les documents envisageables, on peut penser au contrat signé par les parties au rapport de base s'il existe, mais également une facture ou les courriers échangés. Les documents ayant servi au cours d'une procédure officielle ou au cours d'un recouvrement précédent sont également inclus dans notre définition. En plus de la nécessaire détermination de la créance à recouvrer, qui est un élément de la validité du contrat, cela permet au recouvreur de déterminer quels sont les arguments les plus susceptibles de fonctionner.

694. Des éléments non-écrits en tant que tels, mais permettant de conserver une trace des interactions entre le créancier et le débiteur – notamment les courriers électroniques – doivent à notre sens faire l'objet du même traitement.

695. À notre avis, le recouvreur n'a pas d'intérêt particulier à recevoir le document original. Une copie est suffisante pour les besoins du recouvreur, et le créancier ne prend ainsi pas le risque de se défaire de l'original – dont il pourrait avoir besoin dans une procédure subséquente.

§ II. Abstention

696. Les obligations étudiées jusqu'à présent étaient des actions qui devaient être entreprises par le créancier, mais celui-ci ne doit pas non plus mettre en péril la bonne exécution du contrat.

A) Causes de nullité

697. Le créancier peut, par certains actes indépendants de l'action du recouvreur, mettre à néant la créance et par conséquent le contrat de recouvrement. Nous examinerons ce point dans notre prochain chapitre[747]. Pour l'instant, nous nous contenterons de relever que le créancier doit s'abstenir de pareils agissements, qui peuvent engager sa responsabilité.

B) Démarches judiciaires

698. Le créancier lassé d'attendre le paiement peut agir contre le débiteur par la voie de la poursuite ou de la procédure civile pour récupérer son dû, ce qui peut briser le lien psychologique[748]. Le recouvreur a donc tout intérêt à s'en prémunir par une clause *ad hoc* interdisant au créancier de procéder à ces démarches.

699. À notre sens, cette clause doit être clairement stipulée par les parties. On ne saurait considérer qu'elle fasse partie de l'accord général entre créancier

747 *Infra* N 732 ss.

748 *Infra* N 812 ss.

et recouvreur. En effet, le propre du contrat de recouvrement est de se placer hors du champ de la procédure civile habituelle, pas de la remplacer comme le ferait une clause d'arbitrage. Même si elle était stipulée, un tribunal saisi de l'affaire ne devrait pas décliner sa compétence[749].

700. Il est donc utile de prévoir une clause pénale pour parer au non-respect de ses obligations par le créancier. L'adéquation avec le dommage est toutefois problématique, et le risque d'une réduction par le juge en vertu de l'art. 163 al. 3 CO ne peut être écarté avec certitude. Mais quand bien même cette clause serait stipulée, elle ne survivrait pas à la résiliation du contrat, possible en tout temps[750].

701. Les parties auraient également tout intérêt à réserver dans cette hypothèse les démarches entreprises par le créancier dans le but de sauvegarder ses intérêts, par exemple en interrompant la prescription de la créance à l'aide d'un commandement de payer.

Section III : Exécution et responsabilité

§ I. Action en exécution

702. La première voie qui permet au recouvreur de réclamer son dû n'est pas une responsabilité à proprement parler, mais une action en exécution. Si les conditions que nous avons exposées dans ce chapitre sont remplies, le recouvreur dispose d'un droit au paiement de son salaire et au remboursement de ses impenses (art. 413 CO, combiné avec les articles 1 et 19 CO).

703. C'est à cette occasion que le recouvreur devra prouver l'existence du contrat et du lien psychologique, en s'aidant au besoin des présomptions que nous avons établies dans notre précédent chapitre[751].

704. Nous avons déjà relevé que le recouvreur qui avait obtenu le paiement directement de la part du débiteur pouvait compenser son salaire et ses impenses avec le montant qu'il devait restituer, sauf convention contraire[752]. Dans cette hypothèse, la question de l'action en exécution ne se posera que sous l'angle de l'existence de la créance en paiement du recouvreur.

749 Situation différente en arbitrage : KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 79 ss.

750 *Infra* N 836 ss.

751 *Supra* N 511 ss

752 *Supra* N 612.

§ II. Inexécution ou mauvaise exécution

705. Un cas de responsabilité basé sur l'art. 97 al. 1 CO – ou sur l'art. 101 al. 1 CO, le cas échéant – est envisageable si le créancier viole un des devoirs accessoires que nous avons analysés dans cette partie.

706. Les conditions de la responsabilité contractuelle pour fait propre ou fait d'autrui sont connues, et nous avons déjà eu l'occasion de les rappeler sous l'angle de la responsabilité du recouvreur[753]. Celles-ci n'appellent donc pas de développements particuliers, mais nous rappelons encore que la preuve d'un dommage subi dans le contexte du recouvrement peut être difficile à apporter.

707. Nous verrons sous l'angle de l'impossibilité que certains manquements de la part du créancier peuvent engager sa responsabilité en vertu des règles relatives à la *culpa in contrahendo*[754]. En effet, le contrat ayant été mis à néant par la faute du créancier, il ne reste plus que cette voie au recouvreur pour bénéficier de dommages-intérêts, les autres voies étant fermées par la disparition du contrat de recouvrement.

753 *Supra* N 638 ss.

754 *Infra* N 720 ss.

Synthèse

708. L'obligation du créancier se lit en miroir de l'incombance du recouvreur. Dès que ce dernier sera parvenu à ses fins, le salaire sera dû par le créancier. Le montant est laissé à la libre appréciation des parties, mais le juge pourra intervenir et le fixer si l'accord des parties ne le prévoit pas.

709. Le recouvreur n'aura généralement pas le droit au remboursement de ses impenses, sauf convention contraire – qui fixera, le cas échéant, si leur paiement est conditionné à la réussite du recouvrement.

710. Enfin, le créancier doit respecter plusieurs devoirs accessoires, notamment en matière d'information. Il risque d'engager sa responsabilité s'il met en péril par ses actions la bonne exécution du contrat. Cela ne l'empêchera toutefois pas d'agir contre le débiteur par la voie de la poursuite ou de la procédure civile si le résultat escompté n'est pas obtenu.

« Vous voyez qu'en ce fait la plus forte apparence
Peut jeter dans l'esprit une fausse créance :
De cet exemple-ci, ressouvenez-vous bien,
Et quand vous verriez tout, ne croyez jamais rien. »

Jean-Baptiste POQUELIN, dit MOLIÈRE, Sganarelle ou Le Cocu imagniaire, Scène dernière

Chapitre 7 : Impossibilité

711. L'impossibilité est une cause majeure de remise en cause d'un contrat conclu. Celle-ci peut être préexistante à la conclusion du contrat, auquel cas le contrat est nul dès sa conclusion (art. 20 CO), ou subséquente, elle libère alors les parties de leurs obligations si l'impossibilité n'est pas fautive (art. 119 CO). Dans ces deux cas, il n'est généralement pas possible de faire valoir une prétention basée sur le contrat, mais d'autres mécanismes juridiques peuvent faire en sorte que le recouvreur ne soit pas complètement démuni (Section I). Nous resterons fidèles dans ce chapitre à la conception de l'impossibilité juridique du recouvrement d'une créance inexistante, que nous avons précédemment développée[755].

712. La principale cause d'impossibilité du contrat de recouvrement est l'inexistence de la créance à recouvrer. Cependant, les causes d'extinction d'une créance sont variées, et certaines peuvent avoir un effet rétroactif. Il se justifie donc d'examiner séparément chaque mode d'extinction des créances et d'en analyser les conséquences (Section II).

713. Si le contrat prévoit d'autres obligations principales, telles qu'une obligation de conseil, une nullité partielle serait envisageable – dans les limites des règles applicables en la matière (art. 20 al. 2 CO), notamment en tenant compte de la volonté hypothétique des parties afin de sauvegarder le contrat[756]. Seule la rémunération basée sur le résultat, ainsi que les impenses qui y sont liées, serait affectées.

714. Nous avons déjà démontré que le caractère « contesté » de la créance n'avait pas de véritable assise juridique – une prétention basée sur un rapport d'obligation est fondée, ou ne l'est pas[757].

---

755 *Supra* N 89 ss.

756 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 103 ; HUGUENIN, N 434 ss.

757 *Supra* N 166.

715. Dans l'hypothèse où les parties au rapport de base ne font pas trancher leur litige et restent dans l'incertitude, le recouvreur n'a pas à en pâtir : si le débiteur s'est exécuté – et si les autres conditions sont remplies – le recouvreur pourra bénéficier de son salaire. Toutefois, si une action postérieure du débiteur, typiquement en enrichissement illégitime, venait à aboutir, le recouvreur devra rendre ce qu'il a perçu – sur cette même base[758].

Section I : Typologie

716. La systématique du Code des obligations nous conduit à distinguer deux régimes en matière d'impossibilité, selon que celle-ci est initiale (§ I.) ou subséquente (§ II.). Nous verrons que si les conséquences sont en apparence proches, elles ne sont pas identiques, et les moyens à disposition des parties pour se prémunir d'effets indésirables ne sont pas les mêmes.

§ I. Impossibilité initiale

717. L'impossibilité initiale est régie par l'art. 20 CO, que nous avons déjà abordé[759]. L'effet est radical : la prestation promise ne pouvant pas être effectuée, le contrat sera nul de plein droit – et sera supposé n'avoir jamais existé.

718. Ainsi, le recouvreur ne pourra pas prétendre à sa rémunération – il serait d'ailleurs bien en peine de parvenir au résultat qui lui ouvrirait ce droit – ni obtenir le remboursement des impenses. Toutes les stipulations convenues par les parties sont affectées par la nullité du contrat, ce qui empêche les parties de se prémunir contre ce risque.

719. De même, la nullité d'un contrat pour impossibilité empêche de fonder une demande de dommages-intérêts. Les parties resteront toutefois tenues de restituer les prestations déjà effectuées en vertu du contrat nul – et par conséquent sans cause – suivant les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)[760]. Seuls restent envisageables la responsabilité pour acte illicite ou la *culpa in contrahendo*, qui ne nécessitent pas qu'un contrat soit valablement conclu pour déployer leurs effets.

---

758 On retrouve une idée similaire dans la réglementation du contrat de courtage, où la résolution, l'invalidation ou la nullité du contrat visé par les parties entraîne une obligation de restitution : CR CO I-RAYROUX, CO 413, N 9, 13.

759 *Supra* N 155.

760 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 62 N 17.

720. La *culpa in contrahendo* est une forme particulière de responsabilité, qui se trouve entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle[761]. Ce chef de responsabilité est basé sur la violation d'un devoir précontractuel[762], qui peut prendre plusieurs formes. Par exemple, le fait de négocier sans avoir l'intention de conclure le contrat, la dissimulation de faits importants pour l'autre partie, *etc.*[763].

721. Cette violation doit être en lien de causalité avec un dommage, selon les conditions habituelles de responsabilité[764]. La faute de l'auteur est présumée, comme en matière contractuelle[765]. La responsabilité pour fait d'un auxiliaire est régie par l'art. 101 al. 1 CO[766], tandis que la prescription relève de la responsabilité délictuelle (art. 60 CO)[767].

722. Si les conditions sont remplies, la victime pourra alors bénéficier de dommages-intérêts négatifs, l'indemnisant pour les démarches qu'elle a entreprises en vue de la conclusion du contrat[768]. Dans notre cas, le recouvreur pourra par exemple demander le remboursement pour les démarches entreprises – par exemple d'éventuels frais de vérification de la solvabilité du débiteur – si l'impossibilité du contrat résulte d'un fait qui lui a été dissimulé. Cela correspond fonctionnellement aux impenses.

---

761 CR CO I-MORIN, CO 1 N 145 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 646 ; CR CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N 22b ; ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207, consid. 2.1 ; ATF 134 III 390, JdT 2010 I 143, consid. 4.3.2.

Tenant d'un régime purement délictuel : KUONEN, N 1215 ss.

Considérant qu'il s'agit d'un cas de responsabilité « quasi-contractuelle » : HUGUENIN, N 1533.

762 CR CO I-MORIN, CO 1 N 136 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 645 ; ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207, consid. 2.1.

763 HUGUENIN, N 1539 ss ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 137 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 631 ss.

Pour une analyse détaillée : KUONEN, N 1480 ss.

764 HUGUENIN, N 1553 ss ; KUONEN, N 1572 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 140 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 646 ; ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207, consid. 2.1.

765 HUGUENIN, N 1532 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 145.

766 HUGUENIN, N 1532 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 145 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 646 ; CR CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N 22b ;

Contra : KUONEN, N 1663 ss.

767 HUGUENIN, N 1532 ; KUONEN, N 1710 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 646 ; CR CO I-THÉVENOZ, Intro. art. 97-109 N 22b ; ATF 134 III 390, JdT 2010 I 143, consid. 4.3.2.

768 HUGUENIN, N 1554 ; CR CO I-MORIN, CO 1 N 139 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 645.

§ II. Impossibilité subséquente

723. L'impossibilité subséquente non-fautive de l'art. 119 CO est celle qui survient postérieurement à la conclusion du contrat[769] – ce qui la distingue de l'impossibilité initiale dont nous venons de traiter. Dans le contexte qui est le nôtre, une créance dont le recouvrement devient impossible après que le contrat est conclu est le cas typique.

724. La règle de l'art. 119 al. 1 CO est que l'obligation frappée d'impossibilité, au sens où l'entend cet article, s'éteint[770]. En général toutefois, le recouvreur ne sera soumis qu'à une simple incombance, et non à une véritable obligation. L'intérêt de l'art. 119 al. 1 CO s'en trouve donc fortement diminué. Il reprend toute son importance si les parties ont choisi une autre configuration pour leur contrat, qui inclurait par hypothèse une obligation de moyens, voire de résultat.

725. Nous avons vu que le contrat de recouvrement était un contrat bilatéral imparfait[771]. En tant que tel, l'art. 119 al. 2 CO, relatif à l'extinction de l'obligation de contre-prestation, ne pourra pas s'appliquer[772]. L'obligation de rémunération à la charge du créancier demeurera. Toutefois, vu que l'incombance de réussite du recouvreur ne pourra par définition jamais être satisfaite, le créancier n'aura pas à fournir la contre-prestation.

726. L'art. 119 al. 3 CO permet de réserver les clauses contractuelles contraires, qui mettent le risque d'impossibilité à la charge d'une des parties[773]. La liberté contractuelle nous apparaît à cet égard vaste : les parties peuvent prévoir les cas dans lesquels l'obligation sera préservée, que tout ou partie du salaire sera dû dans cette hypothèse, ou encore prévoir des clauses spécifiques relatives aux impenses.

727. Enfin, il peut arriver que l'impossibilité d'exécuter le contrat de recouvrement soit due à un élément comparable à une exécution correcte du contrat – hors des cas que nous avons évoqués dans notre Chapitre 5, qui correspondaient à une exécution de la créance par d'autres moyens qu'une remise en cause de celle-ci[774]. Le créancier ayant récupéré le produit de sa créance – certes par un moyen autre que l'exécution proprement dite – il est logique que ses obligations vis-à-vis du recouvreur demeurent. Fonctionnellement, cette prétention en paiement du salaire se confond avec une

769 CR CO I-Thévenoz, CO 119 N 1 ; CR CO I-Winiger, CO 18 N 193 ss ; ATF 122 III 97, consid. 3a.

770 Huguenin, N 836 ; CR CO I-Thévenoz, CO 119 N 3.

771 *Supra* N 399.

772 Huguenin, N 836 ; CR CO I-Thévenoz, CO 119 N 10.

773 Huguenin, N 838 ; CR CO I-Thévenoz, CO 119 N 13, 16.

774 *Supra* N 577.

prétention en dommages-intérêts (positifs), il ne se justifie donc pas de faire la différence entre les deux.

728. Cette hypothèse ne conduit pas à l'admission automatique de la prétention en paiement du recouvreur. Sauf convention contraire, la condition du lien psychologique devra être prouvée par celui-ci. *Mutatis mutandis*, la causalité doit être prouvée non plus entre l'action et le paiement, mais entre l'action et l'acte équivalent du débiteur.

729. Par exemple, nous verrons qu'à certaines conditions, la compensation valablement invoquée par le débiteur vaut exécution[775]. Le recouvreur devra alors prouver que son action a conduit le débiteur à s'en prévaloir.

730. Si le créancier empêche de mauvaise foi le recouvreur de mener à bien sa mission, il se justifie également de reconnaître à ce dernier un droit à des dommages-intérêts – mais la problématique de la preuve rend cette prétention pratiquement illusoire.

731. Afin de gérer les risques d'impossibilité subséquente, les parties peuvent spécifiquement prévoir les cas entraînant la responsabilité du créancier, si celui-ci cause par ses actes l'impossibilité d'exécution. On se trouverait alors dans un cas d'application de l'art. 119 al. 3 CO. Elles peuvent également négocier une clause pénale[776], qui sanctionnerait pareil comportement du créancier.

Section II : Causes d'impossibilité

732. Nous étudierons successivement les créances n'ayant jamais existé (§ I.), puis celle ayant cessé d'existé avec effet *ex nunc* (§ II.), avant de passer aux créances résolues avec effet *ex tunc* (§ III.). Nous mentionnerons également le cas particulier des exceptions dilatoires (§ IV.). Enfin, nous terminerons par les actes judiciaires auxquels le créancier peut toujours procéder, et qui ont un impact potentiel fort sur le contrat de recouvrement (§ V.).

§ I. Inexistence

733. L'inexistence, au sens où nous l'entendons dans cette partie, ne signifie pas uniquement que la créance n'a jamais existé (A). Nous traiterons également des cas où celle-ci a déjà été acquittée au moment de la conclusion du contrat (B).

775 *Infra* N 793.

776 *Supra* N 700.

Enfin, nous verrons deux cas d'erreur – improprement dite – l'une sur le montant (C), l'autre sur l'identité du débiteur (D).

A) Créance inexistante

734. Si la créance à recouvrer n'existe pas, le contrat sera nul pour impossibilité – juridique – initiale, en application de l'art. 20 CO. La conclusion est la même si la créance à recouvrer n'existe pas car elle est illicite[777].

735. La situation est plus complexe si le débiteur, suite à l'action du recouvreur, s'est exécuté avant de se raviser et de demander la répétition ce qu'il a payé. S'il est constaté que la créance de base est effectivement nulle, le contrat de recouvrement sera également frappé de nullité. Les parties devront donc en toute logique restituer les prestations échangées. Dans les faits, cela signifie que le recouvreur devra rendre au créancier le salaire perçu, alors même que le contrat avait été exécuté à la satisfaction des deux parties[778].

736. Dans l'hypothèse où le contrat de recouvrement a déjà été partiellement exécuté – c'est-à-dire que le débiteur s'est acquitté d'une partie de sa dette, par exemple dans le cadre d'un plan de remboursement, avant de se raviser – la situation est la même. Le recouvreur devra restituer ce qu'il a déjà obtenu de la part du créancier.

737. Paradoxalement, la seule manière de savoir avec certitude que la créance est effectivement nulle serait de passer par un jugement, mais c'est précisément ce que les parties au contrat de recouvrement souhaitent éviter. Dans ce cas, alors même que le jugement ne s'applique qu'entre débiteur et créancier, il aura un effet sur le contrat de recouvrement, ce qui est conceptuellement aberrant, vu le principe de relativité des contrats.

738. Le contrat étant nul, les éventuelles clauses réglant le sort des impenses[779] sont par définition inopérantes. Les parties devant être remises dans la situation qui était la leur avant le début du contrat.

739. Si le créancier savait que la créance qu'il détenait contre le débiteur risquait d'être entachée de nullité, et qu'il n'en a pas informé le recouvreur, il s'agit à notre sens d'un cas de *culpa in contrahendo*. Il est contraire à la bonne foi de taire un soupçon de nullité dans les pourparlers contractuels[780].

---

777 *Supra* N 86 ss.

778 *Supra* N 715.

779 *Supra* N 669 ss.

780 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 78.

B) Créance déjà acquittée

740. Il se peut que le débiteur se soit déjà acquitté du montant dû avant même que le contrat de recouvrement ne soit conclu. La dette étant éteinte par le paiement, on se trouve également dans un cas d'impossibilité. En effet, il n'est pas possible que le recouvreur puisse obtenir une seconde fois l'exécution par le débiteur.

741. Bien que le créancier ait obtenu satisfaction, il n'est pas envisageable que le recouvreur puisse prétendre recevoir son salaire. Il ne peut – par définition – pas exercer d'influence sur le débiteur pour obtenir le paiement. Dès lors qu'il était impossible, dès la conclusion, pour le recouvreur d'exécuter son contrat, il faut considérer le contrat de recouvrement comme nul. Aucune prétention en paiement du salaire, en dommages-intérêts ou en paiement d'une peine conventionnelle ne peut en être déduite.

742. Le créancier sait – ou à tout le moins doit savoir – lorsqu'il reçoit un paiement. S'il se trouve alors encore en négociation avec le recouvreur, il doit le lui signaler, ce qui conduira logiquement à la fin des pourparlers contractuels. S'il ne le fait pas, il se justifie à nos yeux de reconnaître qu'il commet une *culpa in contrahendo* – pour les motifs exposés précédemment[781] – ce qui conduit à allouer des dommages-intérêts négatifs au recouvreur.

C) Erreur sur le montant

743. *A priori*, une erreur sur le montant de la créance devrait être soumise aux dispositions sur l'erreur (art. 23 ss CO). Cette vision nous semble toutefois erronée. En effet, il sera impossible pour le recouvreur d'exécuter complètement le contrat, sachant qu'il ne peut récupérer plus que ce qui est dû. Le contrat tel que voulu parti les parties est donc nul au sens de l'art. 20 CO. Cela rend inutile le recours aux règles sur les vices du consentement.

744. Le simple fait que le recouvreur, par exemple dans ses conditions générales, ait établi un barème de calcul de son salaire ne suffit pas à transformer le contrat. Le juge saisi de la question ne peut se défaire de l'interprétation de la volonté hypothétique des deux parties. Ledit barème n'est qu'une indication du montant auquel le recouvreur aurait *a priori* été d'accord de conclure. Rien ne peut cependant en être déduit concernant la volonté du créancier. À défaut de volonté hypothétique des parties, le contrat sera nul dans son intégralité.

781 *Supra* N 739.

D) Erreur sur le débiteur

745. Si les parties concluent un contrat de recouvrement portant sur une créance déterminée, mais que le débiteur auquel elles rattachent l'obligation n'est pas le bon, le contrat est également nul. La personne du débiteur a un caractère essentiel dans la définition de la créance, car celle-ci n'existe que vis-à-vis d'un personne déterminée[782]. Il n'est donc pas possible de remédier à ce défaut.

746. Il nous faut distinguer ce cas de celui où le recouvreur a toutes les informations nécessaires pour commencer son action, mais où il se trompe de débiteur – par exemple en s'adressant à un homonyme. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de remettre en cause la validité du contrat.

§ II. Extinction

747. L'extinction de la créance a lieu en cours de contrat. Elle a un effet *ex nunc*, et non *ex tunc* comme en cas d'inexistence de la créance.

748. Le premier mode d'extinction de la créance est le paiement[783]. Nous avons déjà examiné la problématique d'un paiement précédant la conclusion du contrat, pour aboutir à la nullité du contrat et une éventuelle responsabilité précontractuelle du créancier[784]. Si le paiement intervient postérieurement à la conclusion, la seule question restante est celle du lien psychologique avec l'activité du recouvreur[785].

749. En ce qui concerne les autres modes de d'extinction, il nous faut déterminer si leur effet est comparable à un paiement par le débiteur. Nous traiterons les différentes hypothèses dans l'ordre envisagé par le législateur[786] – remise de dette et novation (A), confusion (B), impossibilité subséquente non-fautive (C) et prescription (D). La compensation fera l'objet d'une analyse séparée, vu son effet rétroactif[787].

782 *Supra* N 86.

783 On peut rattacher ce mode d'extinction à l'art. 68 CO : HUGUENIN, N 643.

784 *Supra* N 740 ss.

785 Pour l'analyse de cette condition : *supra* N 511 ss.

786 Code des obligations, Titre troisième : De l'extinction des obligations.
Voir aussi : TERCIER/PICHONNAZ, N 1422, 1426.

787 *Infra* N 789.

A) Remise de dette et novation

750. La remise conventionnelle de dette est régie par l'art. 115 CO, mais cette base légale traite plus de sa forme que de son contenu. Le mécanisme n'appelle cependant pas de longs développements, il s'agit simplement de libérer le débiteur de son obligation[788]. La remise de dette n'est pas unilatérale, mais nécessite bien le consentement du débiteur[789]. S'agissant d'un acte qui lui est uniquement bénéfique, la remise déploie ses effets dès que le débiteur ne refuse pas expressément l'offre de son créancier, comme en cas de donation[790].

751. Le débiteur n'ayant plus la possibilité de s'acquitter de sa dette – qui n'existe plus – il n'y a plus de place pour le lien psychologique. Le recouvreur ne devrait donc pas obtenir son droit au salaire.

752. Cette situation nécessite selon nous un correctif. Le créancier qui s'en remet à un recouvreur démontre par là une volonté de poursuivre l'exécution de la dette. Renoncer dans un court délai au paiement de celle-ci est pour nous incompatible avec les règles de la bonne foi, qui interdisent un comportement contradictoire[791]. Le créancier aurait dû résilier le contrat, puis attendre l'échéance du délai d'un mois durant lequel le recouvreur est au bénéfice de la présomption de causalité que nous avons établie[792].

753. Certes, la réglementation en matière de courtage permet au mandant de changer d'avis et de refuser de conclure un contrat avec le tiers trouvé par le courtier, mais la situation est différente – la liberté contractuelle inclut également le refus de conclure[793]. La remise de dette est toutefois un acte actif et volontaire de la part du créancier, et non une simple abstention.

754. Il convient à notre avis de reconnaître au recouvreur le droit à des dommages-intérêts positifs, correspondant au montant du salaire qu'il aurait perçu si le débiteur s'était exécuté, mais le recouvreur devrait alors apporter la preuve – pratiquement diabolique – que son action aurait mené au paiement par le débiteur. Cette hypothèse n'est donc que peu probable.

755. Une interdiction de remettre la dette du débiteur, qui serait prévue dans le contrat de recouvrement ne saurait avoir pour effet de rendre celle-ci nulle sans violer le principe de la relativité des contrats[794]. Cependant, la

---

788 ENGEL, Obligations, p. 761 ; HUGUENIN, N 725 ; CR CO I-PIOTET, CO 115 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1473.

789 ENGEL, Obligations, p. 761 ; HUGUENIN, N 725 ; CR CO I-PIOTET, CO 115 N 2.

790 ENGEL, Obligations, p. 762 ; CR CO I-PIOTET, CO 115 N 20.
Voir également, pour l'acceptation tacite au sens de l'art. 6 CO : *supra* N 461.

791 *Venire contra factum proprium*. Voir : ATF 137 III 208, consid. 2.5 ; ATF 140 III 481, consid. 2.3.2.

792 *Supra* N 540.

793 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 34.

794 *Supra* N 46.

violation de cette clause peut être assortie d'une clause pénale, qui ne serait pas remise en cause par l'extinction de la créance.

756. La novation au sens de l'art. 116 CO éteint une dette ancienne et crée une dette nouvelle, indépendante de la première[795]. Le contrat de recouvrement, qui fonde son existence sur une créance particulière, ne saurait passer de l'une à l'autre, d'autant plus qu'il n'est pas un accessoire. La première étape est équivalente à une remise de dette et est soumise aux mêmes conditions, notamment en termes d'accord de volonté des parties[796]. Il se justifie selon nous de la traiter exactement de la même manière que la remise de dette, que nous venons de traiter.

B) Confusion

757. La confusion est définie à l'art. 118 CO. Si la même personne vient à être simultanément créancière et débitrice de la même obligation, celle-ci est automatiquement éteinte, vu qu'on ne saurait être son propre débiteur ou créancier[797]. Elle conduit également à l'extinction des accessoires[798].

758. Les possibilités amenant à la confusion sont rares, mais on peut envisager une succession, un mariage en communauté de biens, une reprise de dette ou une cession de créances – ces deux dernières pouvant être intégrées dans une fusion ou un transfert de patrimoine[799].

759. En principe, la confusion ne touche pas les droits des tiers sur la créance, tel qu'un usufruit[800]. Mais le recouvreur n'a pas véritablement de droit sur la créance. Il n'est pas non plus pertinent de l'analyser sous l'angle de l'extinction des accessoires, vu que ce n'est pas un[801]. Force est donc de conclure que l'on se trouve dans un cas d'impossibilité d'exécution.

760. Si l'une des hypothèses de confusion venait à concerner une créance pour laquelle un contrat de recouvrement a été conclu, il nous faudra examiner la situation en rapport avec le lien psychologique. Si la cause est une succession ou un mariage, il faut nier l'existence de ce lien, la première ne saurait être une cause d'extinction volontaire, le second est certainement dû à d'autres motifs.

---

795 ENGEL, Obligations, p. 768 ; HUGUENIN, N 739 ; CR CO I-PIOTET, CO 116 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1444.

796 HUGUENIN, N 742 ; CR CO I-PIOTET, CO 116 N 1, 14.

797 ENGEL, Obligations, p. 778 ; HUGUENIN, N 750 ; BSK OR I-GONZENBACH, CO 118 N 3 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1451.

798 ENGEL, Obligations, p. 779 ; HUGUENIN, N 753 ; BSK OR I-GONZENBACH, CO 118 N 6 ; CR CO I-PIOTET, CO 118 N 1.

799 Les exemples varient selon les auteurs : ENGEL, Obligations, p. 778 ; HUGUENIN, N 751 ; BSK OR I-GONZENBACH, CO 118 N 3 s. ; CR CO I-PIOTET, CO 118 N 6 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1450.

800 ENGEL, Obligations, p. 780 ; BSK OR I-GONZENBACH, CO 118 N 7.

801 *Supra* N 359.

761. La reprise de la dette par le créancier et la cession de créances au débiteur nécessitent une analyse plus fine, il s'agit à chaque fois d'actes volontaires – des contrats – impliquant le débiteur comme le créancier, sans que l'on soit dans le cadre d'une relation plus large comme un mariage ou une fusion.

762. La cession de la créance au débiteur à titre gratuit doit être vue à notre avis comme un cas de remise conventionnelle de dette, qu'il faudra traiter de la même manière[802]. Si la cession à lieu à titre onéreux, la contre-prestation correspond économiquement à la créance en cause. Il faut alors admettre que le débiteur s'est acquitté de sa dette et que le recouvreur a droit à son salaire – si les autres conditions sont remplies.

763. La reprise de la dette de son propre débiteur nous semble être une figure étrange, car elle n'impliquerait que deux personnes au lieu des trois habituellement requises – débiteur, créancier et repreneur. Quand bien même cela sera possible, il conviendrait de la traiter *mutatis mutandis* comme la cession de sa créance au débiteur, en fonction du caractère onéreux ou gratuit.

764. L'art. 118 al. 2 CO traite de la renaissance de la créance, avec ses accessoires, dès que la confusion a cessé[803]. Le contrat de recouvrement n'étant pas un accessoire[804], il ne peut être concerné par cet alinéa. De plus, certaines hypothèses de confusion sont traitées comme une exécution correcte de l'obligation du recouvreur, il serait donc absurde de faire renaître un contrat déjà exécuté. Dans les autres cas, il ne nous paraît pas non plus judicieux de faire peser sur les parties le risque d'une renaissance du contrat, parfois plusieurs années après son extinction. Force est de constater que la confusion de la créance de base met irrémédiablement fin au contrat de recouvrement.

C) Impossibilité subséquente non-fautive

765. Nous avons déjà traité de l'impossibilité subséquente non-fautive (art. 119 CO) au début de ce chapitre[805], sous l'angle de du contrat de recouvrement. Mais ce mode d'extinction peut également atteindre la créance de base.

766. Le débiteur d'une dette d'argent, qui nous intéresse plus particulièrement dans le cadre de cet ouvrage, ne peut voir sa prestation frappée d'impossibilité[806]. Toutefois, la règle de l'art. 119 al. 2 CO prévoit l'extinction de

802 *Supra* N 750 ss.

803 ENGEL, Obligations, p. 778 ; HUGUENIN, N 754 ; BSK OR I-GONZENBACH, CO 118 N 8 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1452.

804 *Supra* N 359.

805 *Supra* N 723 ss.

806 TERCIER/PICHONNAZ, N 1095 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 119 N 6.

l'obligation de fournir la contre-prestation dans les contrats synallagmatiques, sauf convention contraire. Il est donc possible que le débiteur soit libéré d'une dette d'argent.

767. Nous parvenons à une conclusion qui peut apparaître étrange sous l'angle du principe *res inter alios acta* : si la créance vient à s'éteindre par des circonstances non-imputables à une partie au contrat de base, son recouvrement n'est plus possible. Le contrat de recouvrement se trouve alors frappé « par ricochet » d'impossibilité.

D) Prescription et péremption

768. La prescription ne met pas en tant que telle fin à l'existence de la créance, mais donne au débiteur une exception en cas de procès. La poursuite du recouvrement est possible, même s'il est certainement plus difficile de contraindre le débiteur à payer dans ce cas[807]. Il ne se justifie donc pas de mettre à la charge d'une des parties une obligation d'indemniser l'autre, d'autant plus que le recouvreur ne peut interrompre la prescription par ses actions[808], et que le créancier briserait le lien psychologique s'il agissait[809].

769. La péremption met en revanche à néant l'obligation[810]. Le recouvreur ne pourra plus obtenir du débiteur qu'il s'en acquitte, et n'aura donc plus de possibilité d'obtenir son salaire. Vu que la péremption ne peut être ni interrompue, ni suspendue, et qu'elle découle de la nature de la créance (par exemple une prétention basée sur la responsabilité du fait des produits)[811], on ne peut à notre sens pas imputer à l'une des parties une quelconque faute. La péremption de la créance ne donnera pas lieu à une prétention en dommages-intérêts.

§ III. Disparition

770. « Disparition » n'est pas un terme juridique, mais il reflète bien la situation à laquelle le recouvreur peut être confronté. Bon nombre de causes d'extinction des créances ont un effet rétroactif (effet *ex tunc*). Il y a alors la fiction que la créance en question n'a jamais existé (invalidation, résolution, révocation, *etc.*), ou a cessé d'exister bien avant la manifestation de volonté d'un des cocontractants (compensation).

807 *Supra* N 147 ss.
808 *Supra* N 231.
809 *Infra* N 544 ss.
810 *Supra* N 152.
811 *Supra* N 152.

771. Cette fiction est satisfaisante au plan théorique, et permet d'assurer la cohérence du système, notamment pour la coordination avec l'absence de cause de l'enrichissement illégitime ou avec la liquidation des rapports contractuels. En revanche, il nous faudra analyser le sort du contrat de recouvrement dans ces différents cas, pour éviter que le recouvreur ne se retrouve complètement démuni face à la nullité du contrat. En effet, l'impossibilité, même si elle est postérieure à la conclusion, déploie rétroactivement ses effets, et correspondra généralement à une impossibilité initiale.

772. Il ne s'agit pas à notre avis d'un cas de *clausula rebus sic stantibus*, car celle-ci présuppose un changement imprévisible[812]. Or, il ne nous paraît pas si rare et imprévisible qu'une créance puisse disparaître, vu les nombreux modes d'extinction des créances. De plus, le débiteur confronté à un recouvreur cherchera sans doute à se départir du contrat de base ou à prouver qu'aucune obligation n'est à sa charge. Enfin, la *clausula rebus sic stantibus* ne saurait s'appliquer lorsque le contrat est nul, ce qui sera généralement le cas.

A) Vices du consentement

773. Figure que l'on retrouve aux articles 23 et suivants CO, les « vices du consentement » comprennent trois situations de fait, l'erreur d'une partie, le dol et la crainte fondée. Contrairement à la nullité, qui peut être relevée par tout intéressé en tout temps, les vices du consentement doivent être invoqués par leur victime, dans le respect des règles de l'art. 31 CO[813]. La déclaration d'invalidation met fin avec effet rétroactif au contrat, qui serait resté valable en son absence[814]. Il se justifie de les traiter dans le cadre de notre analyse sur la « disparition » du rapport de base.

774. Nous n'entrerons pas dans le détail des conditions d'invocation de chacun de ces vices, ni sur les autres prérequis des articles 23 et suivants CO. Ce sont des éléments complètement extérieurs au recouvrement. Seul le résultat – à savoir l'invalidation du contrat de base – nous intéresse.

775. Le contrat ne déployant plus d'effets[815], le recouvreur ne peut parvenir à ses fins. L'effet rétroactif conduit à considérer que la prestation promise par le recouvreur n'a jamais été possible, et que le contrat devait être considéré comme impossible – et donc nul – *ab initio*. Une fois encore, seule la responsabilité précontractuelle pourrait être invoquée.

776. Dans l'hypothèse où l'invalidation du contrat de base déploie ses effets *ex nunc*, par exemple car il s'agit d'un contrat de durée, la créance que le

812 TERCIER/PICHONNAZ, N 964 ; CR CO I-WINIGER, CO 18 N 198 ss.

813 CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 12 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 773a.

814 CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 5 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 773.

815 CR CO I-SCHMIDLIN, CO 31 N 21 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 773a.

recouvreur est chargé de récupérer n'est pas affectée, et il peut poursuivre son activité.

B) Révocation

777. Les articles 40a et suivants CO prévoient qu'un consommateur peut à certaines conditions révoquer un contrat pourtant valablement conclu, en dérogation au principe général *pacta sunt servanda*[816]. On retrouve pareille réglementation à l'art. 406e CO, dans le contexte des mandats visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat[817].

778. *A priori*, l'engagement d'un recouvreur durant les quatorze[818] jours suivant la conclusion d'un contrat soumis au régime de la révocation n'aura jamais lieu. Cependant, le délai de quatorze jours peut être indéfiniment prolongé, tant que le fournisseur n'a pas fourni les informations requises pour permettre au consommateur d'exercer valablement son droit de révocation (art. 40e al. 2 let. b CO)[819]. Il n'est donc pas impossible qu'un recouvreur soit engagé bien plus tard, mais que le débiteur soit toujours fondé à révoquer.

779. La révocation ayant un effet *ex tunc*, il nous faut conclure à la nullité d'un contrat de recouvrement conclu postérieurement. De même, un contrat de recouvrement postérieur à la déclaration de révocation – par hypothèse valablement faite – doit être traité comme un cas d'inexistence de la créance.

780. Le contrat de recouvrement ne peut pas être transformé pour couvrir une prétention résiduelle du créancier – par exemple un loyer approprié pour l'usage de la chose (art. 40f al. 1 CO)[820]. Ces deux obligations sont à notre avis trop différentes.

781. Aucune clause contractuelle ne peut permettre de se prévaloir contre le risque de nullité du contrat de recouvrement dans ce contexte, vu que la révocation a un effet *ex tunc*. Reste donc uniquement la *culpa in contrahendo*, si le créancier ne pouvait ignorer le risque de révocation et qu'il n'en a pas informé le recouvreur – ce qui sera généralement le cas.

816 MARCHAND, Consommation, p. 166 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, Intro. art. 40a-40f, N 4.

817 CR CO I-WERRO, CO 406a-406h, N 22.

818 Ce nouveau délai est entré en vigueur au 1er janvier 2016, il était jusque-là de sept jours : RO 2015 4017, p. 4019.

819 MARCHAND, Consommation, p. 171 ; CR CO I-STAUDER/STAUDER, CO 40e N 7.

820 MARCHAND, Consommation, p. 172 ss.

C) Demeure qualifiée

782. En cas de retard du débiteur, le créancier peut aller jusqu'à se départir du contrat, en application des règles de la demeure qualifiée (art. 107-109 CO). Il nous faut donc examiner les trois choix à disposition du créancier, après qu'il a fixé un délai de grâce au débiteur pour s'exécuter.

1) Demande d'exécution

783. La première option offerte au créancier ne nécessite pas de déclaration particulière. La situation juridique n'est pas modifiée par l'échéance du délai de grâce, et le recouvreur peut poursuivre son activité. S'il parvient par son action à obtenir le paiement, il aura droit à son salaire aux conditions que nous avons explicitées.

2) Renonciation à l'exécution

784. La renonciation à l'exécution (art. 107 al. 2, 2e hyp. CO), transforme la prétention initiale en une prétention en dommages-intérêts positifs[821]. Dans le cas qui nous occupe, le recouvrement concerne généralement une somme d'argent, ce qui rend cette hypothèse inutile. La somme étant toutefois la même, le contrat de recouvrement devrait selon nous être maintenu – moyennant le risque de compensation que nous verrons bientôt.

785. Si le contrat de recouvrement portait – cas exceptionnel – sur une prestation autre que le paiement d'une somme d'argent, la renonciation à l'exécution la transforme en dommages-intérêts. La prestation étant différente, le recouvrement devient impossible.

786. Comme en matière de remise de dette, le créancier a fait preuve d'un comportement contradictoire. S'il souhaitait obtenir la prestation promise au point d'engager un recouvreur, il n'a pas à changer d'avis sans devoir en supporter les conséquences. La problématique de la preuve reste cependant la même, et pourrait faire obstacle à l'indemnisation.

3) Résolution

787. La résolution du contrat (art. 107 al. 2, 3e hyp. CO) conduit certes à la disparition du contrat, mais ne le met pas intégralement à néant. On assiste alors à sa transformation en un rapport de liquidation contractuel[822].

821 CR CO I-THÉVENOZ, CO 107 N 29.

822 CR CO I-THÉVENOZ, CO 107 N 36, CO 109 N 6.

788. La prétention initialement prévue disparaît cependant, rendant la continuation du recouvrement impossible et entraînant les mêmes conséquences qu'en cas de remise de dette – pour les mêmes raisons[823].

D) Compensation

789. La compensation permet de réduire, voire supprimer deux dettes de même nature – généralement deux dettes d'argent – si le débiteur de l'une est simultanément créancier de l'autre, hors exception contractuelle ou légale[824]. Lorsqu'un cas de compensation est possible, chacune des deux parties peut en principe faire une déclaration de compensation, vu le caractère réciproque des créances.

790. La compensation a un effet rétroactif, en vertu de l'art. 124 al. 2 CO, qui dispose que « [l] es deux dettes sont alors réputées éteintes, jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, depuis le moment où elles pouvaient être compensées. ». Cet effet *ex tunc* conduit à des aménagements d'autres institutions de la partie générale du Code des obligations, les plus marquants étant l'art. 120 al. 3 CO[825], relatif à la prescription, et l'art. 169 al. 2 CO[826], dans un contexte de cession de créances.

791. On voit immédiatement que la combinaison de l'extinction de la dette avec l'effet rétroactif peut mettre en péril le contrat de recouvrement, en fonction du moment à partir duquel la compensation devenait possible.

792. Nous avons vu qu'il était possible de convenir qu'une dette particulière ne serait pas compensable, mais cette stipulation doit être faite dans le rapport de base. Il n'est pas possible de prévoir pareille clause dans le contrat de recouvrement, elle n'aurait alors aucun effet. En revanche, il est possible de prévoir que le créancier s'engage à ne pas exercer lui-même la compensation, accord qui devrait être renforcé par une clause pénale.

1) Effet postérieur au recouvrement

793. Lorsque le moment de la compensation est situé après la conclusion du contrat, nous considérons que la compensation correspond à l'exécution. Le créancier a obtenu son dû, dès lors que l'effet patrimonial de l'effacement de sa dette équivaut à un paiement. Le contrat de recouvrement pouvant avoir eu comme effet l'invocation de la compensation, il faudra analyser le lien psychologique entre l'action du recouvreur et la déclaration compensation.

---

823 *Supra* N 754.

824 ATF 132 III 342, JdT 2007 I 51, consid. 4.3.

825 BOUVERAT/WESSNER, N 8 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 120 N 21.

826 CR CO I-PROBST, CO 169 N 21.

2) Effet antérieur au recouvrement

794. L'effet *ex tunc* de la compensation peut amener à une situation où la créance est éteinte avant même que le contrat de recouvrement ne soit conclu. Le contrat est dans ce cas initialement impossible, et le recouvreur ne peut en déduire des droits.

795. Si le débiteur déclare exercer la compensation, le créancier n'est pas fautif. Tout au plus pourrait-on lui imputer une responsabilité précontractuelle s'il n'a pas informé le recouvreur du risque de compensation.

796. Le créancier est également en mesure de déclarer qu'il exerce la compensation. Il met donc à néant l'obligation qui lui est due, en acquittant simultanément un de ses dettes. Il nous apparaît contraire aux règles de la bonne foi d'engager un recouvreur pour tenter de récupérer la créance, puis d'éteindre celle-ci.

797. L'effet rétroactif fait toutefois que le contrat de recouvrement n'existe plus. La question du paiement du salaire ou de dommages-intérêts positifs n'a pas à se poser. Ne restent alors que des dommages-intérêts, basés sur la *culpa in contrahendo*. Certes, la déclaration de volonté est postérieure à la conclusion du contrat de recouvrement, mais ses effets interviennent lors de la phase précontractuelle.

E) Condition résolutoire

1) En règle générale

798. La condition résolutoire fait cesser les effets du contrat dès la survenance de l'événement prévu par les parties[827]. Le cas de l'art. 156 CO – traitant de l'avènement contraire à la bonne foi – ne nous concerne pas ici, car s'il devait trouver application, le contrat ne serait pas modifié.

799. En principe, une condition résolutoire ne déploie ses effets que pour l'avenir (présomption de l'art. 154 al. 2 CO)[828]. Dans ce cas, le contrat contentant la clause résolutoire s'éteint. Les obligations de durée déjà échues restent toutefois valables, alors que les obligations instantanées impliquent un devoir de restituer les prestations[829]. La clause peut également avoir un effet *ex tunc*, si cela correspond à la volonté des parties[830].

800. Il nous faut donc distinguer ces trois cas. Le premier n'a pas d'effet sur le contrat de recouvrement, tandis que les deux derniers se traitent comme une

827 HUGUENIN, N 1289 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 2 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 905.

828 HUGUENIN, N 1315 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 4 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 906.

829 HUGUENIN, N 1311, 1315 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 8, 14 s.

830 HUGUENIN, N 1315 ; CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 9, 15.

résolution du contrat, vu que les obligations sont transformées en un rapport de liquidation contractuel[831]. Nous renvoyons à nos précédents développements sur le sujet[832].

2) Condition résolutoire spécifique au recouvrement

801. Il peut exister dans le rapport de base une condition résolutoire spécifiquement liée au cas du recouvrement, si une partie ne souhaite pas qu'un recouvreur puisse s'immiscer dans le contrat – par exemple pour des raisons de confidentialité.

802. Nous l'avons vu, les conditions résolutoires ont en principe un effet *ex nunc*. Cela peut être utile, par exemple dans un contrat de durée, si l'on considère que le recours à un recouvreur est suffisant pour compromettre le rapport de confiance entre les parties.

803. Si les parties ont convenu d'un effet résolutoire *ex tunc*, et qu'il ne s'agit pas d'un contrat de durée empêchant une telle clause, l'effet sera bien plus radical. La mise à néant initiale du contrat entraînera une configuration analogue à un cas d'inexistence – le contrat de base n'existant pas (ou plus) au moment de la conclusion du contrat de recouvrement. Aucune prétention ne peut donc en être déduite.

804. Comme en matière de nullité, le créancier – qui connaît nécessairement l'existence de cette clause – est tenu d'en informer le recouvreur lors des pourparlers, faute de quoi il s'expose à une responsabilité basée sur la *culpa in contrahendo*.

§ IV. Exceptions dans les contrats bilatéraux

805. Enfin, deux exceptions peuvent permettre au débiteur de refuser de s'acquitter de son obligation en cours de contrat, soit que le créancier n'a pas exécuté ses propres obligations (A), soit qu'il est insolvable (B).

806. Ces deux cas nous paraissent toutefois peu probables – sans être impossibles. La situation générale entraînant un cas de recouvrement est celle où le créancier a déjà presté, et attend que le débiteur lui paie la contre-prestation due.

831 CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 20 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 903.

832 *Supra* N 787.

A) Exception d'inexécution

807. L'art. 82 CO offre une exception d'inexécution – *exceptio non adimpleti contractus* – qui fait obstacle à la prétention en exécution de l'autre partie au contrat[833]. Elle n'est invocable que par les parties d'un contrat synallagmatique[834]. Chacune des parties étant simultanément créancière et débitrice dans ce type de contrat, elle peut être invoquée par toute partie à qui son partenaire réclame l'exécution, à condition que l'autre n'ait pas encore exécuté sa prestation, et qu'il ne soit pas obligé de prester le premier[835].

808. Le problème ne se pose à notre avis que si le débiteur cherche à se prévaloir de cette exception pour faire obstacle à l'action du recouvreur. Le créancier qui serait par hypothèse au bénéfice de cette exception disposerait d'un moyen de pression bien plus efficace que l'engagement d'un recouvreur.

809. S'agissant d'une exception dilatoire[836], qui ne met pas fin au contrat, il ne se justifie pas de déclarer le contrat de recouvrement nul ou impossible sur cette base. L'action du recouvreur est cependant suspendue durant l'invocation de l'exception. Lorsque l'exception est levée, la question du lien psychologique se posera pour le paiement, suivant les règles habituelles. En revanche, si le contrat est résolu – via les règles de la demeure, on se trouve alors dans un cas de « disparition », que nous avons déjà traité[837].

B) Exception d'insolvabilité

810. Nous avons déjà traité de l'exception d'insolvabilité de l'art. 83 CO[838], pour aboutir à la conclusion que la recouvrabilité de la créance n'était pas nécessairement atteinte. La situation est ici inversée, en ce sens que le débiteur refuse de payer le créancier pour éviter de prester en vain.

811. Notre raisonnement sera le même que pour l'exception d'inexécution : l'action du recouvreur est suspendue tant que l'exception est effective, et la situation par la suite sera traitée comme un cas d'exécution ou de disparition.

---

833 CR CO I-HOHL, CO 82 N 3 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1070.
834 CR CO I-HOHL, CO 82 N 5 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1070.
835 CR CO I-HOHL, CO 82 N 7 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1070.
836 CR CO I-HOHL, CO 82 N 3.
837 *Supra* N 782 ss.
838 *Supra* N 220 ss.

§ V. Actes judiciaires

812. Le fait pour le créancier de chercher à récupérer le produit de sa créance par les voies classiques de l'exécution forcée n'est pas à proprement parler un cas d'impossibilité. Les effets sur le lien psychologique sont toutefois suffisamment proches pour qu'il se justifie de les traiter ici.

A) Poursuite

813. Nous avons vu que le contrat de recouvrement se place en dehors du champ de la poursuite pour dettes, et ne la remplace pas. Le créancier peut donc à tout moment requérir un commandement de payer, sans que l'on puisse invoquer une quelconque nullité des actes de poursuite.

814. Une fois le commandement de payer notifié, la possibilité d'admettre le lien psychologique disparaît, du moins tant que le délai de paiement qui est accordé au débiteur par le droit des poursuites – vingt jours[839] – n'est pas échu.

815. Durant cette période, le contrat ne devient pas en soi impossible. Si le contrat n'est pas résilié dans l'intervalle, le recouvreur pourrait poursuivre son action, ce qui dispenserait le créancier de requérir la continuation de la poursuite.

816. Si le contrat est toujours en vigueur au moment de la saisie, qui permettra de désintéresser le créancier, l'action du recouvreur devient inutile. Il ne se justifie cependant pas de lui accorder des dommages-intérêts comme en cas de remise de dette. En effet, si le créancier a dû recourir à des moyens aussi forts pour contraindre son débiteur à payer, c'est que l'action du recouvreur était vouée à l'échec.

817. Sans y être obligé, le recouvreur aurait donc tout intérêt à résilier le contrat si le créancier décide d'agir par les voies ordinaires de l'exécution forcée sans avoir au préalable résilié lui-même.

818. Il convient de bien distinguer la poursuite par voie de saisie à l'encontre du débiteur de sa faillite, qui nécessite d'autres développements[840].

B) Procès

819. Un procès n'a pas tout à fait le même but que le recouvrement. Le juge sera appelé à trancher de la validité de l'obligation, mais la condamnation éventuelle au paiement n'est pas le paiement lui-même. Il se peut également que le recouvreur parvienne à convaincre le débiteur de payer en cours de procès,

839 *Supra* N 544.

840 *Infra* N 879.

rendant celui-ci sans objet. On peut toutefois douter de l'existence du lien psychologique, sauf circonstances particulières. La charge que représente la conduite d'un procès est bien supérieure en termes d'effets que l'action d'un recouvreur.

820. Si le débiteur est condamné à payer, le créancier sera au bénéfice d'un titre de mainlevée définitive. En toute logique, il mettra le débiteur aux poursuites si celui-ci ne s'exécute pas. Comme en matière de poursuites, le recouvreur aurait dans ces situations tout intérêt à résilier lui-même le contrat.

821. Dans l'hypothèse où le créancier n'obtient pas – ou n'obtient que partiellement – gain de cause dans son procès contre le débiteur, il s'agira d'un cas d'impossibilité totale ou partielle d'exécution, vu que le débiteur ne devait pas s'acquitter de la dette faisant l'objet du contrat de recouvrement. Les mêmes règles s'appliqueront donc[841].

[841] *Supra* N 711 ss.

Synthèse

822. La créance étant un pur objet de droit, son existence est soumise à des aléas que ne connaissent pas les choses matérielles. Sa disparition peut intervenir de multiples manières, qui nécessitent une règlementation spécifique. Nous pouvons affirmer, sur la base de nos développements, que :

823. N'entraînent pas de responsabilité :

- L'inexistence ou la disparition de la créance, si les deux parties connaissaient ou devaient connaître le risque.
- L'impossibilité subséquente non-fautive frappant la créance.
- La prescription ou la péremption de la créance à recouvrer.
- L'invocation d'une exception dilatoire par le débiteur, tant que ce celui-ci ne s'est pas départi du contrat.

824. Peuvent entraîner une responsabilité précontractuelle (si les autres conditions sont remplies) :

- L'inexistence de la créance, lorsque le créancier a dissimulé ce fait au recouvreur ou l'a provoquée.
- La disparition de la créance, lorsque le créancier en a dissimulé le risque ou l'a provoquée.

825. Correspondent à l'exécution du contrat ou justifient le versement de dommages-intérêts positifs (voire une clause pénale), sous réserve de la preuve d'un lien psychologique hypothétique :

- L'extinction ou la disparition de la créance par un acte du créancier, si les conséquences interviennent après la conclusion du contrat.

826. L'invalidation d'un contrat avec effet *ex nunc* ou la compensation déployant ses effets postérieurement à la conclusion du contrat n'auraient en revanche pas d'effet sur le recouvrement de la créance.

« Je vous attendrai, Monsieur, dit Morrel, et vous serez payé ou je serai mort. »

Alexandre DUMAS PÈRE, Le Comte de Monte-Cristo, Tome 2, Chapitre VIII.

Chapitre 8 : Fin du contrat

827. Il existe plusieurs possibilités de mettre fin au contrat, qui peuvent résulter de sa nature même ou de la volonté des parties (Section I). Le contrat peut également prendre fin suite à une décision unilatérale d'une des parties ou suite à des circonstances extérieures au contrat (Section II).

Section I : Fins conventionnelles

§ I. Par exécution

828. Le premier mode d'extinction est également le plus naturel. Si le débiteur s'exécute en mains du recouvreur ou du créancier, le contrat prend fin car il a été accompli. On retrouve le même mécanisme dans le courtage lorsque le contrat visé est conclu[842].

829. L'exécution par le débiteur de son obligation est le cas le plus simple, le plus évident et – on l'espère – le plus fréquent. Dans ce cas, le recouvreur a lui aussi correctement satisfait à son incombance – ou obtenu un substitut équivalent[843]. Il a donc droit à son salaire. Le contrat prend alors fin une fois que les parties se sont toutes deux exécutées.

§ II. Par accord

830. Les parties peuvent convenir de la fin du contrat, soit en négociant à l'avance une clause prévoyant une condition ou un terme (A), soit par un accord subséquent (B).

---

842 CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 19 ; THÉVENOZ/PEYROT, p. 138.

843 *Supra* N 577 ss.

A) Clause de fin de contrat

831. Le but du contrat de recouvrement étant de parvenir rapidement à une solution, ou en tout cas de façon plus rapide que par les voies procédurales habituelles. Une clause mettant fin au contrat à une certaine date – ou faisant dépendre le salaire de l'exécution par le débiteur avant cette date – est donc utile.

832. Ce point nous semble faire partie intégrante de la liberté contractuelle des parties, et être parfaitement valable. Une clause ne saurait cependant lier absolument les parties durant toute la période convenue, vu le caractère impératif de l'art. 404 al. 1 CO dans le contrat de recouvrement[844].

B) Accord subséquent

833. La liberté contractuelle permet tant de conclure des contrats que de s'en défaire si tel est le souhait des parties[845]. Cela nécessite un nouvel accord de volonté des parties. Toutefois, ce cas nous semble peu fréquent, dès lors que chacune peut librement résilier en application de l'art. 404 al. 1 CO, que nous allons immédiatement aborder.

Section II : Fins non-conventionnelles

834. Cette section doit être distinguée de notre chapitre sur l'impossibilité[846]. Elle se concentre uniquement sur le sort du contrat, et non sur les conséquences en termes de prétentions des parties.

§ I. Résiliation

835. La résiliation est l'acte formateur par lequel une des parties met fin au contrat pour l'avenir[847]. Le contrat de mandat et les contrats qui en dérivent sont soumis à l'art. 404 al. 1 CO, qui permet la résiliation du contrat en tout temps. Cependant, l'application de cette norme doit être examinée de cas en cas pour les contrats innommés[848], ce par quoi nous commencerons (A). De manière plus générale, les contrats de durée, et par conséquent le contrat de recouvrement[849],

844 *Infra* N 836.

845 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 56.

846 *Supra* N 711 ss.

847 CR CO I-WERRO, CO 404 N 4.

848 *Supra* N 272.

849 *Supra* N 400.

offrent toujours une possibilité de s'en départir pour de justes motifs, ce que nous examinerons également dans notre cas (B).

A) Article 404 al. 1 CO

836. Nous avons déjà mentionné que la jurisprudence constante du Tribunal fédéral reconnaît la nature impérative de l'art. 404 al. 1 CO, en raison du rapport de confiance à la base de tout contrat de mandat[850]. Il s'applique également au contrat de courtage, par le renvoi de l'art. 412 al. 2 CO. D'éventuelles stipulations relatives au paiement du salaire tomberont toutefois avec la résiliation, mais le salaire reste dû même après la résiliation si le lien psychologique est donné[851].

837. On se souviendra que l'application de l'art. 404 al. 1 CO aux contrats innommés n'est pas automatique[852] – les parties au contrat d'affacturage ne peuvent par exemple pas s'en prévaloir[853]. Mais il nous paraît nécessaire de conserver la faculté pour les parties de se défaire en tout temps d'un contrat de recouvrement, car il touche à la gestion des débiteurs, un élément fondamental de la politique commerciale du créancier.

838. Le caractère impératif de cette résiliation est remis en cause par une partie croissante de la doctrine[854]. Ces critiques ne nous semblent pas affecter le contrat de recouvrement. En effet, le créancier devra toujours le salaire du recouvreur si l'activité de celui-ci a mené au paiement fait par le débiteur, y compris si le contrat a été résilié entretemps.

839. La cession de créances aux fins de recouvrement doit à notre avis être soumise au même régime. La rétrocession ne sera toutefois pas automatique, car il s'agit d'un acte disposition et qu'elle nécessite également la forme écrite (art. 165 al. 1 CO)[855].

850 *Supra* N 272.
851 *Supra* N 303, 552.
852 *Supra* N 272.
853 *Supra* N 385.
854 *Supra* N 272.
855 CR CO I-PROBST, CO 164 N 3, CO 165 N 9.

B) Pour justes motifs

840. Tant la jurisprudence que la doctrine admettent qu'il est possible de résilier en tout temps un contrat de durée pour de justes motifs[856]. Le contrat de recouvrement étant un contrat analogue à un contrat de durée[857], le même régime devrait s'y appliquer.

841. L'utilité de la résiliation pour justes motifs est nettement amoindrie par l'applicabilité de l'art. 404 al. 1 CO que nous venons de démontrer. La résiliation en tout temps sans motifs étant bien plus favorable à la partie qui souhaite mettre fin au contrat. Tout au plus, une résiliation pour justes motifs permettrait de se défaire de l'obligation de payer le salaire, mais la violation des règles de la bonne foi par le recouvreur nous semble déjà réprimée par l'art. 415 CO, que nous avons déjà traité[858].

§ II. Résolution

842. Comme nous l'avons précédemment vu, le contrat de recouvrement est un contrat bilatéral imparfait. Par conséquent, la résolution pour demeure qualifiée aux sens des articles 107 al. 2 et 109 CO ne peut être invoquée par l'une ou l'autre des parties[859].

843. La résolution peut, comme la résiliation, faire l'objet d'une clause particulière dans le contrat, lors de la réalisation d'une condition déterminée. L'art. 154 al. 2 CO précise que les conditions « résolutoires » sont présumées n'avoir qu'un effet de résiliation, mais sans que cela n'empêche les parties de convenir du contraire[860].

844. Dans ces cas, le recouvreur ne peut plus se prévaloir du contrat, qui n'existe précisément plus. Un paiement subséquent par le débiteur ne générera donc plus de droit au salaire – sauf si le paiement est intervenu avant la manifestation de volonté mettant fin au contrat.

---

856 VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 2 ; ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284, consid. 3 ; ATF 133 III 360, SJ 2007 I 462, consid. 8.1.
On retrouve ce principe dans plusieurs autres contrats : ATF 125 III 14, JdT 1999 I 359, consid. 2.

857 *Supra* N 400.

858 *Supra* N 640.

859 *Supra* N 399.

860 CR CO I-PICHONNAZ, CO 154 N 9 ; MARCHAND, Clauses, p. 175.

§ III. Prescription

845. Le recouvreur étant soumis à une simple incombance, et non une obligation, la question de la prescription n'est pertinente que pour les créances en paiement du salaire ou d'éventuels dommages-intérêts.

846. Nous avons vu que le recouvrement se place hors du cadre juridique traditionnel de la poursuite pour dettes[861]. Aussi, le délai de prescription sera selon nous de dix ans, en application du régime général de l'art. 127 CO, et non de cinq ans, comme le prévoit l'art. 128 CO pour les « agent de droit »[862]. Le *dies a quo* du délai de prescription dans le contrat de courtage est à la conclusion du contrat visé[863]. Par analogie, le délai commencera à courir lors du paiement par le débiteur.

847. En cas de créance en dommages-intérêts, il convient selon nous de conserver le régime général et d'appliquer la prescription décennale de l'art. 127 CO. On voit mal quel régime de prescription pourrait s'y substituer. Le point de départ du délai est la violation du contrat[864].

§ IV. Article 405 CO

848. L'art. 405 CO, traitant de la fin du contrat, est applicable aux contrats de mandat ou de courtage – par renvoi de l'art. 412 al. 2 CO dans ce dernier cas[865]. En substance, il prévoit que « la perte de l'exercice des droits civils, [la] faillite, [la] mort ou [la] déclaration d'absence » de l'une des parties entraîne la fin du contrat, sauf convention contraire, préservation des intérêts du mandant, ou si la nature de l'affaire s'y oppose.

849. Le décès (A) ou la faillite (B) d'une des parties sont les deux hypothèses qu'il nous faudra analyser plus en détail. La première ne peut jamais être exclue pour les personnes physiques, tandis que la seconde menace les personnes morales – et parfois physiques – insolvables. Nous assimilerons la déclaration d'absence au décès[866]. Une clause contractuelle réglant spécifiquement ces situations reste évidemment possible, selon le texte même de la loi.

---

861 *Supra* N 200 ss.

862 D'un avis contraire : CR CO I-PICHONNAZ, CO 128 N 27.

863 CR CO I-RAYROUX, CO 413 N 7.

864 ATF 137 III 16, consid. 2.3.
Critique : CR CO I-PICHONNAZ, CO 130 N 5j.

865 MARQUIS, p. 247 ss ; CR CO I-RAYROUX, CO 412 N 19.

866 Dans le même sens : CR CO I-WERRO, CO 405 N 5.

850. Nous en profiterons pour examiner l'effet sur le contrat du décès ou de la faillite du débiteur, même si celui-ci n'est pas partie au contrat.

851. La perte de l'exercice des droits civils d'une partie ne nous paraît pas nécessiter de développements aussi importants. À notre avis, elle mettra fin au contrat si le recouvreur est concerné, tandis que la perte par le créancier de l'exercice des droits civils ne devrait pas influer sur le contrat – le recouvreur étant toujours en mesure d'exécuter le contrat en faveur de son partenaire, qui reste un sujet de droit.

A) Décès

1) Du recouvreur

852. En application de l'art. 405 al. 1 CO, le contrat de recouvrement prendra fin au décès du recouvreur. La nature ne l'affaire ne s'y oppose pas, car ses héritiers ne seront pas nécessairement en mesure de poursuivre l'action entreprise contre le débiteur. Pour les mêmes raisons, une convention contraire nous paraît absurde. L'art. 405 al. 2 ne prévoit que la préservation de l'intérêt du mandant, non celui du mandataire. Il ne se justifie pas de considérer que le contrat de recouvrement puisse se poursuivre.

853. La créance en paiement du salaire passe aux héritiers du recouvreur, comme tout actif dans une succession, le créancier demeurera donc tenu de la payer si les conditions sont remplies. À notre avis, le lien psychologique peut être donné, suivant les principes habituels d'analyse, même si le recouvreur décède entre la dernière action envers le débiteur et le paiement par ce dernier.

2) Du créancier

854. Le décès du créancier ne fait pas disparaître la créance qu'il détenait envers le débiteur, et le contrat vise à améliorer sa situation financière en lui permettant de récupérer son dû. Il serait donc logique le que le recouvreur puisse poursuivre son action.

855. Le contrat sera alors continué par les héritiers du créancier initial, qui exerceront en commun les droits qui découlent du contrat. Ils pourront – unanimement – mettre fin au contrat s'ils le souhaitent, et seront solidairement responsables du paiement du salaire, le cas échéant[867]. La rétrocession d'un éventuel paiement devra se faire à l'hoirie et non à un héritier déterminé, du moins jusqu'au partage.

856. Après le partage, à supposer que le débiteur ne se soit pas exécuté entretemps, la créance devra être attribuée à l'un des héritiers. Même si le

[867] STEINAUER, Successions, N 1210 ss.

contrat de recouvrement n'est pas un accessoire[868], il convient de considérer selon nous qu'il se trouve dans un rapport de proximité tel avec la créance qu'il devra la suivre[869].

857. Dans l'intervalle entre le décès et la connaissance de ce fait par le recouvreur, ce dernier sera protégé par l'art. 406 CO, qui prévoit que les règles du mandat continuent à s'appliquer dans l'intervalle[870]. On retrouve le pendant de cette règle à l'art. 37 CO, concernant le pouvoir de représentation[871].

3) Du débiteur

858. En cas de décès du débiteur, la créance s'en trouvera modifiée, en cela que la titularité de la dette passera aux héritiers, de plein droit et dès le moment du décès (art. 560 al. 2 CC)[872].

859. Cependant, vu la situation humaine en cas de décès, les possibilités de répudiation et les risques d'incertitudes quant à la véritable qualité d'héritier, le législateur a instauré deux suspensions des poursuites. La première, à l'art. 58 LP, dure deux semaines et concerne les proches du *de cujus*. La seconde, instaurée par l'art. 59 LP concerne les héritiers, tant que ceux-ci sont encore dans les délais pour accepter ou répudier la succession[873].

860. En tant que telles, ces règles ne s'appliquent pas au recouvreur, qui n'est pas un acteur de droit des poursuites. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il poursuive son action. Le recouvreur s'expose néanmoins au risque de se voir plus facilement reprocher une violation des limites civiles ou pénales imposées par l'ordre juridique[874].

861. Le principe de l'hoirie est que les héritiers doivent agir en commun – à l'unanimité – pour toutes les décisions[875]. Ils sont toutefois personnellement et solidairement responsables des dettes (art. 603 al. 1 CC)[876]. La situation est évidemment plus simple en cas d'héritier unique, qui répondra seul des dettes.

862. Le fait qu'un héritier potentiel puisse payer le créancier avant de se faire évincer de la succession[877] n'a pas d'impact sur la validité de la créance ou du paiement, mais uniquement sur les rapports de droit successoral.

---

868 *Supra* N 359.

869 De façon générale : STEINAUER, Successions, N 1279.

870 HUGUENIN, N 3314 ; MÜLLER, Contrats, N 2100 ; CR CO I-WERRO, CO 406 N 1.

871 CR CO I-CHAPPUIS C., CO 37 N 1, 3 ; CR CO I-WERRO, CO 406 N 3.

872 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 446, 450 ; PIOTET D., Responsabilité, p. 3.

873 CR LP-FOËX/JEANDIN, LP 59 N 2 ; MARCHAND, Poursuites, p. 27 s. ; PIOTET D., Responsabilité, p. 3, 5 ; SPÜHLER, N 226.

874 *Infra* N 1167 ss et 1298 ss.

875 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 427.

876 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 430.

877 PIOTET D., Responsabilité, p. 3.

Cette problématique ne touche pas le recouvrement et n'a pas d'impact sur l'exécution des obligations.

863. Si le bénéfice d'inventaire est demandé par un héritier, les dettes seront « gelées » pendant la durée de la procédure, aucun acte dépassant la simple administration ne pouvant être fait (art. 585 al. 1 CC)[878]. L'action du recouvreur est inutile durant cette période.

864. Sous peine de perdre ses droits, le créancier du *de cujus* doit répondre à la sommation publique faite par l'autorité (art. 582 CC)[879]. Cela appelle selon nous deux remarques. Premièrement, le créancier ne peut se reposer intégralement sur le recouvreur en la matière, il devra réagir lui-même – cela nous semble sortir du cadre typique d'un contrat de recouvrement. Deuxièmement, si le créancier omet de le faire, il pourra répondre de la perte de la créance, suivant les principes que nous avons posés lors de notre précédent chapitre[880].

865. Si la succession est insolvable (art. 594 CC)[881] ou répudiée par tous les héritiers (art. 573 CC)[882], la créance sera traitée de la même manière que dans une faillite, cas que nous examinerons dans notre prochaine sous-partie. Réservons enfin le cas de l'art. 579 CC, qui prévoit la possibilité de se retourner contre un héritier ayant bénéficié de libéralités sujette à rapport avant de répudier[883]. La créance nous paraît toutefois trop différente pour que nous puissions retenir une quelconque équivalence économique qui permettrait la continuation du contrat.

866. Après le partage, les héritiers demeurent solidairement responsables des dettes pendant cinq ans, sauf accord des créanciers (art. 639 CC), le recouvreur est donc libre d'agir contre le codébiteur de son choix, les rapports internes de l'art. 640 CC ne le concernant pas.

B) Faillite ou acte de défaut de biens

867. Les personnes physiques sont en principe poursuivies par voie de saisie, à moins qu'elles ne soient inscrites au registre du commerce (art. 39 LP)[884]. Elles peuvent également demander à être mises en faillite en cas d'insolvabilité (art. 191 LP)[885]. Un acte de défaut de biens définitif entraînera cependant

878 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 481.

879 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 482.

880 *Supra* N 727 ss.

881 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 489 ; PIOTET D., Responsabilité, p. 14.

882 GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 470.

883 PIOTET D., Responsabilité, p. 14.

884 SPÜHLER, N 46 ; ATF 120 III 5, JdT 1996 II 126, consid. 5.

885 CR LP-COMETTA, LP 191 N 2, 5 ss ; MARCHAND, Poursuites, p. 133 ; SPÜHLER, N 49.

certaines conséquences sur le rapport contractuel. Les personnes morales, étant en principe inscrites au registre du commerce, se poursuivent par voie de faillite (art. 39 LP) [886].

868. Comme le décès, la faillite de l'une des parties met généralement fin aux contrats de mandat et de courtage, en vertu de l'art. 405 CO.

1) Du recouvreur

869. La poursuite par voie de faillite s'appliquera généralement pour les professionnels du recouvrement, que ce ceux-ci exercent sous la forme d'une raison individuelle, d'une société de personnes, d'une société de capitaux ou d'une association inscrite au registre du commerce, dès lors que l'art. 39 LP s'applique indifféremment à tous ces cas[887].

870. La faillite d'une personne morale entraîne sa liquidation. Celle-ci s'effectue généralement suivant les règles applicables à la société anonyme – art. 739 ss CO. En effet, tant les règles de la société à responsabilité limitée (art. 821a al. 1 CO) que celles de la société coopérative (art. 913 al. 1 CO) renvoient à cette réglementation. Les associations sont également soumises à ce régime, l'art. 58 CC renvoyant au régime de la société coopérative, qui renvoie lui-même au droit de la société anonyme[888].

871. Le recouvreur en faillite ne peut plus poursuivre son activité. Il est donc logique que le contrat prenne fin par application de l'art. 405 CO dans ce cas.

872. Le créancier ne disposant pas d'un privilège particulier, il sera colloqué en principe en troisième classe (art. 219 al. 4 LP)[889]. Cependant, le montant que le recouvreur aurait par hypothèse récupéré devra lui être rétrocédé sans que les autres créanciers ne puissent s'en servir pour être désintéressés, car ce sont des valeurs acquises pour le mandant, au sens de l'art. 401 al. 2 CO. Toutefois, la jurisprudence semble exiger une individualisation stricte de la somme en question[890], ce qui complique la tâche du créancier dans notre cas. Le fait que l'argent, une fois placé sur un compte, soit considéré comme une créance nous fait considérer le droit de distraction du mandant devrait pleinement s'appliquer dans ce cas[891].

---

886 MARCHAND, Poursuites, p. 131 ; SPÜHLER, N 44.

887 CR LP-RIGOT, LP 32 N 1, 12, 16, 18 ; SPÜHLER, N 44.
Pour les quasi-personnes morales : ATF 134 III 643, consid. 5.2.1.
Pour les associations : MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 20 N 17.

888 GEISSBÜHLER, Association, p. 314 ; PERRIN/CHAPPUIS, p. 224 ; RIEMER, Verein, CC 58 N 2 ; CR CC I-XOUDIS, CC 57/58 N 6.

889 CR LP-JEANNERET, LP 219 N 28 ; SPÜHLER, N 614.

890 ATF 127 III 273, JdT 2001 II 8, consid. 3b.

891 Du même avis, pour tous les mandats : CR CO I-WERRO, CO 401 N 10 ss.

873. La créance qui fait l'objet d'une cession de créances aux fins de recouvrement est à notre avis également couverte par le droit de du mandant d'en récupérer la titularité au sens de l'art. 401 al. 2 CO. En effet, le but de cette disposition est d'assurer une cohérence entre les régimes de la représentation directe et indirecte[892].

874. Toutefois, le Tribunal fédéral semble considérer que l'art. 401 al. 2 CO ne saurait s'appliquer aux créances cédées à titre fiduciaire par le mandant lui-même[893]. Avec d'autres auteurs[894], nous considérons que cette distinction absente de la loi n'a pas lieu d'être. Dans le contexte qui nous occupe, le créancier ne devrait pas être défavorisé par un choix qui relève de la pure liberté contractuelle : celui de céder ou non la créance.

875. On le voit, l'art. 401 al. 2 CO semble pouvoir protéger le créancier en cas de faillite du recouvreur, mais les cautèles fixées par la jurisprudence restreignent drastiquement les possibilités de le faire valoir. Ces limitations nous apparaissent peu judicieuses, car le paiement au recouvreur de la créance ou la cession de celle-ci dépendent de la liberté des parties en présence – il ne se justifie pas de les traiter différemment.

2) Du créancier

876. À la lecture de l'art. 405 CO, la faillite du créancier peut également conduire à la fin du contrat, mais – dans notre conception – l'effet ne doit pas être automatique comme pour le recouvreur.

877. Selon l'art. 211 LP, l'administration de la masse devra choisir si elle souhaite poursuivre l'exécution du contrat passé avec le recouvreur[895]. *A priori*, celle-là a tout intérêt à maintenir ce contrat, vu que le recouvreur n'est payé qu'en cas de réussite. Dès lors, le risque de prétériter les autres créanciers est faible. La doctrine reconnaît d'ailleurs que l'administration de la faillite peut recourir aux services d'un recouvreur[896]

878. Si le recouvreur est un travailleur, cas qui sort du cadre de notre étude[897], il pourrait bénéficier d'une collocation en première classe et se faire payer de manière préférentielle. En revanche, dans tous les autres cas, il ne bénéficiera d'aucun régime plus favorable.

---

892 HUGUENIN, N 3291 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 1.

893 ATF 117 II 429, JdT 1994 II 4, consid. 3b. Cette décision ne semble pas toutefois pas véritablement confirmée dans l'ATF 130 III 312, JdT 2005 I 260, consid. 5.1.

894 HUGUENIN, N 3293 ; CR CO I-WERRO, CO 401 N 9.

895 CR LP-JEANNERET, LP 211 N 25 ss ; MARCHAND, Poursuites, p. 185.

896 CR LP-JEANDIN/FISCHER, LP 243 N 5.

897 *Supra* N 327.

3) Du débiteur

879. La faillite du débiteur ou la délivrance d'un acte de défaut de biens ne permet pas de mettre fin de plein droit au contrat de recouvrement, auquel le débiteur n'est pas partie. L'art. 405 CO ne trouvera donc pas à s'appliquer. Cependant, cela affecte sa capacité de remboursement, et peut avoir un impact de fait sur le contrat.

880. Si le débiteur est une personne physique, un retour à meilleure fortune est toujours envisageable. L'action du recouvreur n'en devient pas inutile. De plus, le débiteur se verra laisser au moins son minimum vital (art. 93 LP), qui lui permet de s'acquitter de ses obligations courantes – nourriture, loyer, vêtements – et qui pourraient lui servir à régler certaines dettes en suspens[898].

881. Sachant que le régime du minimum vital est fait pour protéger le débiteur, la situation est complexe pour le recouvreur, qui risquera plus rapidement de violer les droits de la personnalité du débiteur, d'autant plus que la menace d'une mise aux poursuites ou d'un procès est vaine dans ce cas. Il ne faut pas en conclure que le contrat prend immédiatement fin pour impossibilité subséquente, mais les chances de le mener à bien sont minimes. Le recouvreur n'est cependant pas pris au piège : il pourra toujours se départir du contrat par le biais de l'art. 404 al. 1 CO[899].

882. À notre avis, le recouvreur ne peut pas recourir à la *clausula rebus sic stantibus*[900] pour tenter d'adapter le contrat, par exemple pour demander le remboursement de ses impenses si cela n'a pas été initialement convenu. En effet, il n'est pas extraordinaire et imprévisible qu'un débiteur qui ne satisfait pas à ses obligations se voie délivrer un acte de défaut de biens.

883. Si le débiteur est une personne morale, il perdra sa personnalité et disparaîtra après la liquidation. Durant la procédure de faillite, le recouvreur ne nous semble pas avoir de rôle à jouer, car la répartition du produit entre les créanciers est strictement encadrée. Faute de pouvoir prouver un lien psychologique, le recouvreur ne parviendra pas à obtenir son salaire. Il aurait donc tout intérêt à mettre fin au contrat sur la base de l'art. 404 al. 1 CO.

884. La faillite d'une personne morale peut entraîner la responsabilité de ses organes – par exemple sur la base de l'art. 754 CO pour les sociétés anonymes[901]. À notre avis, il n'est pas possible de convertir automatiquement le contrat de recouvrement pour s'adapter à cet état de fait. La créance initiale, généralement fondée sur un contrat, disparaît – et n'est pas remplacée par la créance en dommages-intérêts contre les organes, qui repose sur un fondement juridique

898 CR LP-OCHSNER, LP 93 N 69 ss ; SPÜHLER, N 471.

899 *Supra* N 837.

900 *Supra* N 772.

901 CR CO II-CORBOZ, Introduction aux articles 752-761 N 6, CO 754 N 1.

différent. Il se justifie donc de conclure que le contrat de recouvrement est frappé d'impossibilité subséquente (art. 119 CO)[902]. Rien n'empêche cependant le recouvreur et le créancier de conclure un nouveau contrat portant sur cette nouvelle créance, et bénéficier ainsi de la connaissance de l'affaire acquise par le recouvreur.

[902] Pour les conséquences : *supra* N 723.

Synthèse

885. Comme pour tout contrat, le premier mode d'extinction est l'exécution. Une fois que les parties ont satisfait à leurs obligations réciproques, le contrat prend fin. Les parties sont également libres d'y mettre fin en tout temps par un accord de volontés, ou de prévoir à l'avance une échéance pour le contrat.

886. S'agissant d'un contrat inspiré du mandat, et touchant à un élément sensible – l'attitude vis-à-vis des débiteurs – le contrat de recouvrement doit à notre sens être impérativement soumis à l'art. 404 al. 1 CO, sans qu'un résiliation n'affecte la prétention en paiement du salaire, si le lien psychologique est donné. Vu cette possibilité de résilier en tout temps, les autres modes d'extinction du contrat perdent de leur importance.

887. Le recouvreur n'ayant pas vocation à agir en justice, il convient selon nous de le distinguer des « agents de droit » que reconnaît le Code des obligations, et d'appliquer la prescription décennale aux prétentions qui découlent du contrat, même en matière de salaire.

888. Enfin, le décès ou la faillite du recouvreur met fin au contrat en application de l'art. 405 CO. En revanche, si le créancier est concerné, il se justifie selon nous de poursuivre le contrat, du moins tant que l'hoirie ou l'administration de la faillite n'en choisit pas autrement. La résiliation, impérative, permettra toujours au recouvreur de se départir d'une situation qui ne lui conviendrait plus.

889. Le décès du débiteur ne met pas fin à son obligation, le recouvreur pourra donc poursuivre son activité, non plus contre le débiteur décédé, mais contre sa succession. La faillite de celui-là prive en revanche le recouvreur de ses moyens d'action, la résiliation est alors la meilleure solution. Lorsque la faillite entraîne la dissolution d'une personne morale, il s'agit en revanche d'un cas d'impossibilité subséquente, vu que le débiteur disparaît.

« Ses créanciers étaient plus impitoyables que jamais. Le fripier, qui avait repris presque tous les meubles, lui disait sans cesse : Quand me payeras-tu, coquine ? Que voulait-on d'elle, bon Dieu ! Elle se sentait traquée et il se développait en elle quelque chose de la bête farouche. »

Victor HUGO, Les Misérables – Tome I : Fantine.

Deuxième partie : La protection du débiteur

890. Nous avons consacré notre première partie à l'analyse des relations entre le créancier et le recouvreur, qui s'intègrent dans un contrat. Notre thèse ne serait cependant pas complète si elle ne prenait pas en compte les relations entre le débiteur et le recouvreur.

891. Notre choix d'intituler cette seconde partie « La protection du débiteur » n'est pas anodin. Au contraire d'une relation contractuelle, équilibrée par le consentement mutuel des parties, le débiteur se trouvera généralement démuni face à un recouvreur qu'il ne connaît pas, qu'il n'a pas choisi, et dont le seul but est de faire pression en vue d'obtenir le paiement.

892. Considérer que tous les moyens sont bons pour parvenir au but fixé n'est pas une approche valable en droit. L'ordre juridique impose des limites à tous, et un contrat ne saurait y déroger. L'action du recouvreur doit donc se déployer dans un cadre strict, qui ne découle pas du contrat, mais d'autres règles – que nous analyserons en détail.

893. Les règles que nous développerons ne s'appliquent pas uniquement au recouvrement privé de créances au sens où nous l'entendons dans cette thèse. Un créancier qui souhaiterait obtenir de lui-même le paiement par son débiteur en faisant pression sur lui serait également soumis à ces limites.

894. La première étape consiste à définir et qualifier la relation entre recouvreur et débiteur, sans oublier de revenir rapidement sur la relation de base (Chapitre 9). Ce n'est qu'une fois cet élément posé que nous pourrons analyser le for et le droit applicable (Chapitre 10). Ensuite, nous traiterons d'un

point intéressant particulièrement la société civile, à savoir les frais de recouvrement (Chapitre 11). Nous enchaînerons avec les limites fixées par le droit pénal (Chapitre 12) et le droit civil (Chapitre 13), avant de conclure avec l'interaction entre ces limites et le contrat de recouvrement (Chapitre 14).

« — […] je veux que vous arrêtiez prisonniers la ville et les faubourgs.
— Il faut, si vous m'en croyez, n'effaroucher personne et tâcher doucement d'attraper quelques preuves afin de procéder après, par la rigueur, au recouvrement des deniers qui vous ont été pris. »

Jean-Baptiste POQUELIN, dit MOLIÈRE, L'Avare, Acte V, Scène I.

Chapitre 9 : Relations extracontractuelles

895. Au contraire de notre première partie, où la nature contractuelle de la relation entre créancier et recouvreur ne faisait aucun doute, les relations que le recouvreur entretient avec le débiteur ne peuvent s'y réduire. Dès lors que le consentement mutuel des parties à être en contact fait défaut, une analyse plus fine est nécessaire pour tracer les contours de leur relation, en définissant sa nature et en examinant les contacts qu'ils peuvent avoir (Section I).

896. La relation entre le débiteur et son créancier nécessite également que l'on s'y arrête un instant, même si la nature de leur relation ne pose pas les mêmes problèmes de définition (Section II).

897. Nous verrons enfin que la nature du contrat – mandat de recouvrement ou cession de créances aux fins de recouvrement – a un impact clair sur la nature des relations entre les parties, même si la suite de notre analyse n'en sera guère affectée. Les principes de protection du débiteur valent quelle que soit la relation que celui-ci entretien avec l'individu lui réclamant de s'exécuter.

Section I : Relation entre le recouvreur et le débiteur

§ I. Nature de la relation

898. Nous avons distingué dans notre Chapitre 2 les deux types de contrats pouvant être rencontrés dans une situation de recouvrement privé de créances. La nature de la relation avec le débiteur dépend de la qualification retenue, ce qui justifie de les examiner séparément.

A) Mandat de recouvrement

899. Au contraire du rapport entre le créancier et le recouvreur, on ne trouve aucune trace de contrat entre ce dernier et le débiteur. On ne peut non plus déduire un quelconque lien de droit public entre eux. Il nous faut conclure qu'il s'agit d'une simple relation de fait. Les actes entrepris par le recouvreur doivent cependant respecter l'ensemble des normes imposées par l'ordre juridique, ses actions pouvant sinon être considérées comme illicites[903].

900. Cette qualification n'empêche pas le recouvreur d' agir comme représentant du créancier – essentiellement de manière directe[904]. La situation est en effet analogue à celle d'un représentant ou un courtier négociant un contrat avec un tiers, à ceci près que l'on vise l'exécution du contrat et non sa conclusion.

901. Nous verrons dans la suite de ce chapitre que les actes du recouvreur vis-à-vis du débiteur relèvent essentiellement des actes de fait. L'absence d'un lien contractuel entre les deux n'est donc généralement pas problématique. Par la suite, nous examinerons les actes illicites – au plan pénal et civil[905] – qui peuvent être commis dans une situation de recouvrement, et les conséquences juridiques qui en découlent.

B) Cession de créances aux fins de recouvrement

902. La cession de créances entraîne par définition une modification du rapport d'obligations, en cela qu'une des parties se voit substituer une autre[906]. Toutefois, la nature du rapport d'obligations n'est aucunement modifiée. Le débiteur doit toujours sa prestation, seule la personne du titulaire change.

903. Comme nous l'avions vu sous l'angle de la nature du contrat, le recouvreur agit alors en son propre nom, et sur la base d'une créance dont il est titulaire, mais pour le compte du créancier auquel il devra par la suite restituer la somme recouvrée. Il s'agit alors d'un cas de représentation indirecte[907].

904. Les actes illicites éventuellement commis par le recouvreur ne peuvent cependant être absorbés par le contrat, et resteront soumis à leur propre corps de règles, ce pourquoi nous traiterons ces problématiques sans distinguer entre les formes que peut prendre le contrat.

---

903 Sur l'acte de fait et l'acte illicite, voir : BUCHER, N 96 ss.

904 *Supra* N 329.

905 *Infra* N 1167 ss et 1298 ss.

906 *Supra* N 101.

907 *Supra* N 388.

§ II. Contacts avec le débiteur

A) Annonce au débiteur

905. La prise de contact entre le recouvreur et le débiteur est la première étape du recouvrement. Le recouvreur n'étant pas partie à la relation de base, il nous semble justifié de mettre à sa charge la preuve de son engagement par le créancier, si le débiteur en fait la demande. Nous avons vu que le mandat de recouvrement ne nécessite aucune forme pour être conclu[908], mais une procuration écrite serait toutefois judicieuse.

906. Parmi les éléments qui nous paraissent utiles dans cette première communication, le nom du créancier, ainsi que la cause et le montant de la créance à recouvrer nous paraissent être les indications habituelles – il s'agit des caractéristiques de la créance, comme nous les avons définies[909]. Sans ceux-ci, le débiteur ne sera pas nécessairement en mesure de se déterminer quant à l'obligation dont on lui demande l'exécution. L'absence de l'une ou l'autre de ces informations ne porte cependant pas à conséquence – le recouvreur n'est pas lié dans ce cadre par une quelconque obligation légale – mais elle peut générer des démarches supplémentaires qui allongeront d'autant son intervention.

907. Il serait également souhaitable que le recouvreur indique s'il agit comme représentant du créancier ou comme cessionnaire. Les deux régimes juridiques étant différents, le débiteur ne doit pas être laissé dans l'incertitude. Ajoutons encore qu'en cas de cession, la notification de celle-ci est nécessaire pour que le débiteur ne puisse plus s'exécuter en mains du créancier-cédant (art. 167 CO)[910].

908. L'activité du recouvreur étant un prérequis pour le droit au salaire, c'est au plus tôt lors de l'annonce au débiteur que le salaire pourra être dû en cas de paiement. De plus, le débiteur n'est pas informé de l'engagement d'un recouvreur avant la première prise de contact, celui-ci ne peut donc pas avoir le moindre impact sur la décision de celui-là. Le critère du lien psychologique ferait alors défaut.

909. Dans l'hypothèse où le créancier n'a pas encore mis en demeure son débiteur, la prise de contact du recouvreur avec le débiteur vaut, à notre avis, interpellation. En effet, la conclusion d'un contrat de recouvrement et les actions engagées dans le cadre de ce dernier sont un signe clair que le créancier souhaite obtenir son dû et demande au débiteur de s'exécuter, ce qui correspond

908 *Supra* N 472.

909 *Supra* N 86 ss.

910 *Supra* N 383.

à l'interpellation – par un représentant – au sens de l'art. 102 al. 1 CO[911]. La demeure du débiteur débutera donc au plus tard à ce moment, si les autres conditions sont remplies.

910. Suivant la règle générale, cette communication est une manifestation de volonté soumise à réception. Elle ne déploiera donc ses effets que si elle est effectivement parvenue dans la sphère de maîtrise du débiteur. Le recouvreur ne pouvant bénéficier du régime de notification du droit des poursuites, il devra donc recourir à d'autres moyens de preuve si nécessaire, par exemple une lettre recommandée.

911. La nécessité d'une interpellation suppose toutefois qu'aucun terme n'ait été stipulé par les parties (art. 102 al. 2 CO). Or, il est très fréquent qu'un délai de paiement fasse partie intégrante du contrat ou des conditions générales. Dans cette hypothèse, et selon le texte clair de la loi, la simple échéance du terme suffit à ce que le débiteur tombe en demeure.

912. Si le débiteur n'a pas d'adresse connue, on peut envisager que le recouvreur effectue des recherches pour le retrouver, en s'adressant par exemple aux offices compétents des cantons. L'adresse faisant partie des éléments que le créancier doit communiquer, une lacune sur ce point entraînera nécessairement une négociation entre les parties afin de trouver une solution.

913. L'action du recouvreur devient cependant inutile si le débiteur est sans résidence connue ou en fuite au sens de l'art. 190 LP – c'est-à-dire que le créancier, malgré des recherches adéquates, est incapable de localiser le débiteur[912] – le créancier disposant alors de l'arme redoutable de la faillite sans poursuite préalable.

B) Méthodes

914. Les méthodes utilisées pour parvenir au recouvrement peuvent être très variées. Il serait donc illusoire de prétendre les lister toutes. Leur but commun est de récupérer l'argent, parfois de manière créative. Nous dresserons toutefois ici une brève liste des méthodes qui pourraient être utilisées par le recouvreur. Il est difficile de séparer *a priori* les pratiques acceptables de celles à prohiber, les circonstances variant d'un cas à l'autre.

915. Il n'existe fondamentalement aucune règle régissant les méthodes dont un recouvreur peut user. Celles-ci peuvent être déterminées d'un commun accord avec le créancier, mais cela ne préjuge pas de leur validité. Il peut paraître souhaitable de laisser au recouvreur, plus spécialisé, le choix de ses méthodes.

---

911 Sur l'interpellation en général : *supra* N 134.

912 CR LP-COMETTA, LP 190 N 6 s. ; SPÜHLER, N 49.

916. Cette absence de réglementation ne signifie pas que toutes les méthodes sont permises. Le droit pose des limites générales à l'action de toute personne, et le recouvrement y reste soumis. Les méthodes acceptables se définissent donc en négatif, par rapport aux interdictions qui découlent de l'ordre juridique. Aussi, nous verrons quelles méthodes sont à proscrire lorsque nous traiterons des limites que le droit met au contrat de recouvrement[913].

917. Il nous paraît toutefois utile à ce stade de catégoriser les pratiques des recouvreurs. Notre démarche se fera en deux temps. Nous listerons d'abord les moyens utilisés par les recouvreurs pour entrer en contact avec le débiteur, avant de nous attacher au contenu de ces communications.

1) Moyens de contact

918. Les moyens utilisés par le débiteur peuvent être de toute nature. Il peut s'agir de contact par courrier, par des moyens électroniques, par téléphone, ou encore en personne.

919. La lettre simple semble être le moyen le plus courant, mais aussi celui qui pose le moins de problèmes. Lorsque la lettre parvient dans la sphère de maîtrise de son destinataire, la manifestation de volonté qu'elle contient devient effective, le cas échéant[914]. Cependant, hormis le cas de l'interpellation[915], l'action du recouvreur est rarement un acte juridique. Il s'agit la plupart d'un temps d'un simple acte de fait. Cette lettre ne crée pas de droits supplémentaires pour le recouvreur ou le créancier. En particulier, elle ne peut engendrer de frais supplémentaires à la charge du débiteur, sauf cas particuliers[916].

920. La lettre recommandée n'est pas différente d'une simple lettre. Tout au plus a-t-elle un impact plus important sur le débiteur, montrant le sérieux de la démarche. Mais l'avantage de la lettre recommandée est sa valeur de preuve. D'une part, elle permet de prouver que le destinataire – ici le débiteur – a bien reçu l'envoi[917], d'autre part, elle sert de preuve de l'activité du recouvreur vis-à-vis du créancier en cas de litige sur ce point. Rappelons que la preuve de l'activité est à la charge du recouvreur[918].

921. L'envoi de lettres – recommandées ou non – à intervalles réguliers ne posera en général pas de problème. Comme nous l'exposions, un délai d'un mois entre chaque lettre nous semble être le seuil inférieur. À l'inverse, des contacts fréquents au point de devenir du harcèlement tomberaient sous le coup

913 *Infra* N 1167 ss et 1298 ss.

914 TERCIER/PICHONNAZ, N 184 ; ATF 137 III 208, consid. 3.1.2.

915 *Supra* N 134, 333.

916 *Infra* N 1008 ss.

917 TERCIER/PICHONNAZ, N 184a ; ATF 137 III 208, consid. 3.1.2.

918 *Supra* N 511.

des dispositions pénales réprimant la contrainte[919]. Il est toutefois difficile de fixer une limite absolue en la matière, les circonstances de l'espèce étant déterminantes.

922. Le XXI^e^ siècle est celui des moyens électroniques. Une vaste palette s'offre au recouvreur, qui peut envoyer des courriers électroniques, des messages par téléphone (SMS ou applications analogues), voire contacter le débiteur via les réseaux sociaux.

923. Le courrier électronique doit en principe être traité comme une lettre. Le débiteur qui la reçoit pourra y lire l'argumentaire du recouvreur comme s'il s'agissait d'une lettre classique. Le développement des moyens techniques – smartphones et tablettes en tête – font également qu'il est potentiellement joignable à toute heure et en tout lieu, du moment qu'il prend la peine de les consulter. L'obstacle principal ici est le caractère indésirable de ces messages, qui fait qu'ils pourront être rejetés par le débiteur, ou par le système de messagerie lui-même. En effet, on ne saurait blâmer un individu qui se contente de détruire sans le lire attentivement un courrier électronique lui réclamant de l'argent et provenant d'une source inconnue.

924. Une signature électronique officielle[920], au sens de l'article 14 al. 2^bis^ CO et de la Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (Loi sur la signature électronique, SECE)[921], pourrait y remédier, bien que partiellement. Le débiteur pourrait toujours ignorer ou bloquer ces messages.

925. Les SMS présentent le même problème. On peut partir du principe que le débiteur qui reçoit un SMS l'invitant à payer une certaine somme d'argent n'y accordera que peu de foi, le risque d'une banale escroquerie étant trop grand.

926. Le contact sur les réseaux sociaux présente également ce problème. Si le numéro de téléphone ou l'adresse e-mail font partie des renseignements couramment demandés à la conclusion d'un contrat, la liste des profils sur les réseaux sociaux est une information peu divulguée. Le recouvreur aurait donc bien du mal à retrouver quelqu'un qui préfèrerait utiliser un pseudonyme, ou qui aurait plusieurs homonymes sur un même site.

927. Il ne serait pas non plus souhaitable que la conversation entre le recouvreur et le débiteur se tienne sur une partie du site accessible à d'autres personnes, même à un cercle restreint. Le risque d'atteinte à la personnalité[922]

---

919 *Infra* N 1175 ss.

920 Sur ce point, voir CR CO I-Xoudis, CO 14 N 11 ss.

921 RS 943.03.

922 *Infra* N 1174 ss, 1300 ss.

et à l'honneur[923] est alors trop grand. On ne peut donc que conseiller au recouvreur peu familier de ces nouveaux réseaux d'agir avec prudence.

928. Le contact par téléphone permet une discussion directe avec le débiteur, qui ne peut pas ignorer le contenu de la communication. En même temps, le recouvreur a plus de liberté pour développer son argumentation et pour s'adapter à celle du débiteur. On voit donc que le téléphone est plus percutant et certainement mieux en adéquation avec le but poursuivi par le recouvreur.

929. Cependant, des problèmes pratiques peuvent surgir. En effet, un appel téléphonique prend plus de temps qu'un courrier-type. De plus, le débiteur n'est pas toujours atteignable durant les « heures habituellement consacrées aux affaires », selon la formulation de l'art. 79 CO. Il ne serait pas défendable que le recouvreur puisse appeler à toute heure le débiteur, sauf à porter atteinte à sa personnalité.

930. Enfin, comme pour les moyens électroniques, la technologie actuelle permet de reconnaître et de refuser de répondre à un appel, voire de bloquer complètement un numéro.

931. D'autres méthodes sont encore possibles, mais seront plus facilement sujettes à répression. Les visites, non-sollicitées, au domicile ou sur le lieu de travail du débiteur, par exemple. L'intensité de l'intrusion dans la sphère privée du débiteur est ici plus marquée, avec le risque que des tiers – proches, collègues, *etc.* – soient impliqués ou à tout le moins renseignés sur les difficultés de paiement.

932. Dans un arrêt cantonal zurichois datant de 1980, il a été jugé que la menace de faire part du non-paiement de la dette aux connaissances du débiteur, ou celle de se rendre sur le lieu de travail de celui-ci afin de l'amener à s'acquitter de sa dette, est constitutive de contrainte au sens de l'art. 181 CP[924]. Nous reviendrons sur ces différents points[925].

2) Contenu

933. Le contenu du contact avec le débiteur est simple à comprendre : le recouvreur lui signifie qu'il doit s'acquitter de sa dette. Le recouvreur se placera normalement dans une logique d'argumentation pour convaincre le débiteur. Les arguments juridiques ont logiquement leur place, mais les recouvreurs ne sont généralement pas formés à la science juridique. Les arguments resteront donc relativement simples – essentiellement un rappel

---

923 *Infra* N 1198 ss, 1305 ss.

924 Arrêt de l'OG/ZH du 09.12.1980, RSJ 1982, p. 166 s. Cité par : MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 7, 13.

925 *Infra* N 1175 ss.

du principe *pacta sunt servanda* – et se confondront généralement avec la morale, au point parfois d'ériger la « morale de paiement » comme une notion autonome[926].

934. Nous avons vu que, sauf stipulation contraire, le recouvreur ne dispose pas de marge de négociation, par exemple pour accorder une remise partielle de la dette, ce moyen – pourtant utile – n'est donc généralement pas à disposition du recouvreur.

935. Le débiteur confronté à l'argumentation du recouvreur dispose fondamentalement de trois choix : accepter, ignorer ou contre-argumenter. La première est évidemment la plus simple pour le recouvreur, mais cela ne signifie pas nécessairement qu'il obtiendra le résultat escompté. Le débiteur insolvable peut parfaitement savoir quelle est son obligation, mais ne simplement pas avoir les moyens de la régler.

936. Le fait d'ignorer l'activité du recouvreur doit être distingué de la preuve effective de son action. En effet, hormis les lettres recommandées, il n'est généralement pas possible de prouver que la manifestation est bien arrivée dans la sphère de maîtrise du débiteur. Il faut également la distinguer du refus explicite du débiteur de traiter avec un autre que son créancier, sur lequel nous reviendrons[927]. En soi, cette stratégie du débiteur n'est pas répréhensible, le recouvreur ne disposant d'aucun moyen de contrainte légal et ne pouvant forcer un tiers à répondre à ses mises en demeure. La position du débiteur ne sera donc nullement aggravée, même s'il perd sans doute la possibilité d'arriver à une solution extra-judiciaire.

937. Enfin, le débiteur peut faire valoir qu'il ne doit rien au créancier et que l'action du recouvreur est vouée à l'échec. En fonction des circonstances, les arguments peuvent être plus ou moins sophistiqués, mais également plus ou moins conformes à la bonne foi. À nouveau, cela n'entraînera aucune conséquence néfaste, et la voie judiciaire permettra de trancher quant à la validité des arguments de chacun, pouvoir dont ne dispose pas le recouvreur.

938. Lorsque le recouvreur n'obtient pas gain de cause, la logique voudrait qu'il s'arrête. N'étant soumis qu'à une simple incombance, il n'en subira pas un désavantage particulier, mais il perdra simplement son droit au salaire. Cependant, et c'est là le fondement de la deuxième partie de notre thèse, le désir ou la nécessité de récupérer la somme due par le débiteur afin de pouvoir bénéficier du droit au salaire peut prendre le dessus. Le recouvreur risque alors de basculer dans l'illégalité, en augmentant l'intensité de ses menaces, en recourant à des méthodes de contact trop incisives ou en contactant trop

926 Nous restons particulièrement critique quant à cette notion : *infra* N 1338.

927 *Infra* N 939 ss.

fréquemment le débiteur. Se pose donc la question des limites à l'action du recouvreur[928].

C) Refus du débiteur

939. Une question nécessaire à l'étude du contrat de recouvrement est celle du refus du débiteur d'être contacté par le recouvreur, et la volonté de celui-là de traiter sans intermédiaire avec le créancier.

940. Dans certains cas, on peut même envisager que le débiteur ne souhaite être contacté ni par le créancier, ni par le recouvreur. Cela peut être un comportement dilatoire, visant à ne pas s'acquitter de son dû, mais peut aussi être le fait d'une personne qui n'est pas débitrice de l'obligation concernée ou qui croit de bonne foi ne pas l'être.

941. Le refus du débiteur peut se manifester de plusieurs manières. Il peut bien entendu être exprès, mais peut également résulter de son comportement vis-à-vis du contact du créancier ou du recouvreur : absence de réponse, refus et réexpédition du courrier, raccrochage intempestif, refus de répondre à un appel ou d'ouvrir la porte de son domicile, *etc*.

942. En l'absence de norme spécifique en droit suisse, il nous faut une fois encore revenir aux principes généraux du droit des obligations. La volonté de traiter directement avec le représenté plutôt qu'avec le représentant est peu analysée, vu que la réglementation est basée sur l'hypothèse de la conclusion d'un contrat[929]. Celui qui ne souhaite pas conclure de contrat ne négociera ni avec le représentant, ni avec le représenté.

943. Le contrat de courtage n'est pas non plus utile pour répondre à cette question, car il se place à nouveau dans l'optique de la conclusion d'un contrat. De plus, le courtier ne conclut pas le contrat lui-même, au contraire du représentant, il se contente d'indiquer des partenaires contractuels potentiels ou de négocier le contrat[930].

944. La situation est différente en matière de recouvrement, car le créancier est alors au bénéfice d'un droit à l'égard du débiteur. Le refus de tout contact par ce dernier ne peut pas faire obstacle à l'exécution forcée de la prétention. La notification particulière prévue pour les actes de poursuites est prévue pour y remédier.

945. Au contraire du créancier, le recouvreur ne dispose d'aucun droit propre dans l'hypothèse d'un contrat de recouvrement – la cession de créances aux fins de recouvrement étant réservée. Ses possibilités de contacter le débiteur

928 *Infra* N 1167 ss et 1298 ss.

929 *Supra* N 329.

930 *Supra* N 329 ss.

ne sont que dérivées du rapport de base. En cas de refus du débiteur de rentrer en contact, le choix s'offre au recouvreur de renoncer à son action, ou de passer outre ce refus.

946. Le recouvreur peut choisir de respecter la décision du débiteur et renoncer à poursuivre son intervention, mais il risque alors de perdre son salaire, le lien psychologique avec l'éventuel paiement du débiteur devenant de plus en plus ténu si l'activité cesse. Le créancier pourra alors se tourner vers un concurrent moins scrupuleux, ce qui revient à avantager les pratiques les plus dures en la matière.

947. Les contacts entretenus par les parties découlent donc uniquement de la liberté personnelle de chacun. Toutefois, le fait pour le recouvreur de continuer son action n'est pas sans risques, comme nous allons maintenant le voir.

D) Limites

948. Comme toute activité, le recouvrement ne se conçoit pas sans limites. Celles-ci peuvent émaner de règles propres à la profession – autorégulation ou normes étatiques – ou relever des principes généraux de l'ordre juridique.

949. Toute personne se doit de respecter les principes fixés par l'ordre juridique, même s'il est amené à faire valoir ses droits ou ceux d'autrui. Par exemple, un avocat – lié par les règles professionnelles et déontologiques de sa profession[931] – ne peut pas user de menace ou d'autres moyens de pression, à moins que ceux-ci aient un lien direct avec la demande. La menace de plainte pénale, en particulier n'est admissible que si les faits le justifient[932]. De même, si une poursuite sans avertissement est possible, un comportement abusif ne sera pas admissible[933].

950. La réglementation est bien moins détaillée en matière de recouvrement, qui n'est pas encadré par une quelconque norme. Les règles déontologiques, que l'on peut trouver sur le site de VSI ne sont guère détaillées et ne font que reprendre les principes légaux applicables[934]. Certaines, comme les tables de frais sont mêmes contraires au droit[935]. Elles ne sont, en tout état de cause, pas juridiquement contraignantes[936].

---

931 ATF 136 III 296, consid. 2.1 ; ATF 140 III 6, consid. 3.1.
Voir également : *supra* N 258 ss.

932 BOHNET/MARTENET, N 1291.

933 BOHNET/MARTENET, N 1293 ; ATF 130 II 270, RDAF 2005 I 526, consid. 3.3.

934 http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verband-fr/standesregeln-fr.html.

935 *Infra* N 1008 ss.

936 *Supra* N 366 ss.
Comparer avec les us et coutumes du barreau : ATF 136 III 296, consid. 2.1.

951. À notre sens, vu le contexte extrajudiciaire dans lequel s'inscrit le recouvrement privé de créances, les limites à l'activité se conçoivent en termes de comportement réprimés par la loi – au plan civil ou pénal. De façon générale, nous pouvons affirmer que certains actes – par exemple le recours à une plainte pénale injustifiée – tomberont immédiatement hors des limites fixées par l'ordre juridique. D'autres, en revanche, nécessitent une analyse plus fine, prenant notamment en compte la fréquence des contacts. On conçoit en effet mal qu'un recouvreur puisse appeler dix fois par jour au domicile du débiteur sans violer les droits de la personnalité de ce dernier.

952. Ces éléments nécessitent de poser les principes généraux en matière de typicité pénale et de protection de la personnalité, qui feront l'objet de nos Chapitres 12 et 13.

Section II : Relation entre le créancier et le débiteur

953. Comme nous l'avons vu dans notre premier chapitre[937], le rapport de base qui donne naissance à la créance n'a pas d'impact sur le contrat de recouvrement en lui-même, du moment qu'il existe et est suffisamment déterminé. Il s'agit généralement d'un contrat, mais rien ne s'oppose à ce qu'un rapport d'obligations découlant de la responsabilité délictuelle, de l'enrichissement illégitime ou de la gestion d'affaires sans mandat soit confié à un recouvreur.

954. La position du créancier vis-à-vis du débiteur change selon que l'on se trouve dans la situation d'un mandat de recouvrement (§ I.) ou d'une cession de créances aux fins de recouvrement (§ II.). Il se justifie donc d'analyser séparément les deux cas de figure.

§ I. Mandat de recouvrement

955. Le mandat de recouvrement ne saurait avoir d'effets sur l'obligation de base. Il s'agit de deux relations complètement indépendantes. Nous avons déjà vu que l'engagement d'un recouvreur n'avait aucun impact au plan des poursuites ou de la procédure civile, et qu'il n'interrompait pas la prescription[938]. Il nous semble judicieux de rappeler quelques considérations pratiques à ce sujet.

956. La position du débiteur n'est pas aggravée par l'engagement d'un recouvreur. Les exceptions et objections dont celui-là disposait restent pleinement valables et invocables. De même, une exception qui surviendrait

937 *Supra* N 86 ss.

938 *Supra* N 231.

postérieurement à la conclusion du contrat de recouvrement – typiquement la prescription – ne serait pas remise en cause.

957. Le débiteur pourra toujours se libérer valablement en mains du créancier. L'engagement du recouvreur ne modifie pas cette situation, elle offre tout au plus une solution alternative au débiteur, comme le ferait l'indication d'un compte bancaire ou postal[939].

958. Un raisonnement contraire reviendrait à mettre en péril le principe fondamental de la relativité des contrats[940]. Nous verrons que cette réflexion se concrétise notamment dans l'impossibilité pour le recouvreur de réclamer des « frais », que ce soit pour son compte ou pour celui du créancier, à moins qu'ils ne découlent de la créance de base[941].

959. Si le rapport de base incluait une contre-prestation, celle-ci reste évidemment due – pour les mêmes raisons – qu'un recouvreur soit engagé ou non. Le créancier ne peut donc pas refuser de s'acquitter de sa propre dette ou demander la répétition de ce qu'il a payé, sauf s'il recourt à bon droit aux moyens que lui offrent le Code des obligations, typiquement ceux découlant de l'exception d'inexécution ou de la demeure qualifiée.

§ II. Cession de créances aux fins de recouvrement

960. Dans le cas d'une cession de créances aux fins de recouvrement, le lien entre le débiteur et le créancier initial – le cédant – disparaît. Le recouvreur prend alors sa place. En revanche, si le débiteur dispose encore d'une prétention contre le créancier, par exemple dans un contrat synallagmatique, celle-ci ne sera pas affectée. De même, un contrat de durée – bail, téléphonie, *etc.* – ne sera pas remis en cause par la simple intervention du recouvreur.

961. La relation initiale conserve tout de même son importance, car les exceptions et objections que le débiteur pouvait faire valoir contre le créancier sont toujours opposables au recouvreur, en vertu de l'art. 169 al. 2 CO[942].Dès lors que les conditions de notification de l'art. 167 CO sont remplies, le débiteur ne peut plus se libérer en mains du créancier-cédant. Seul le recouvreur-cessionnaire peut recevoir valablement le paiement.

962. La cession de créances ne crée cependant pas de droits supplémentaires dont le recouvreur pourrait se prévaloir. En particulier, le recours à une

939 *Supra* N 523.

940 *Supra* N 46.

941 *Infra* N 1008 ss.

942 CR CO I-PROBST, CO 169 N 11.

méthode prohibée – par exemple la contrainte – ne deviendra pas admissible du simple fait que le recouvreur est maintenant titulaire de la créance.

963. Si la créance était incessible, ces questions n'ont pas à se poser. Suivant l'approche causale que nous avons adoptée, la créance n'a simplement pas changé de titulaire[943].

943 *Supra* N 390.

Synthèse

964. La relation entre le débiteur et le recouvreur, second versant du recouvrement privé de créances tel que nous le concevons, n'est aucunement définie dans la loi.

965. Cette absence de définition légale ne signifie pas que le recouvreur dispose d'une liberté d'action totale. Le catalogue de méthodes à sa disposition est certes large, mais il reste limité par le risque de basculement dans l'illicéité. La liberté personnelle et économique du recouvreur est restreinte par la protection de la personnalité du débiteur.

966. La relation entre le débiteur et le créancier est moins intéressante au plan théorique. Elle n'est pas modifiée par l'engagement d'un recouvreur, sauf la substitution de parties dans le cadre d'une cession de créances. Son importance revient surtout à poser le cadre de l'intervention du recouvreur et les arguments à disposition des parties.

967. Nous avons vu que le recouvrement privé de créances n'était soumis à aucune règle particulière en droit suisse, et qu'il nous fallait donc revenir aux principes généraux applicables. Cet élément est loin d'être anodin. S'il rend notre analyse plus complexe – vu que nous devons recréer par la voie du syllogisme la règlementation en la matière – il permet également de l'appliquer tant au recouvreur qu'au créancier de base, et de l'étendre ainsi à toute tentative privée de récupération d'une créance, qu'un recouvreur soit engagé ou non.

968. La nature de la relation entre les parties perd donc de son importance pratique suite à cette constatation, et les éléments dégagés par notre analyse s'appliqueront quelle que soit la configuration particulière de la relation.

« Pour l'enfant, amoureux de cartes et d'estampes,
L'univers est égal à son vaste appétit.
Ah ! que le monde est grand à la clarté des lampes !
Aux yeux du souvenir, que le monde est petit ! »

Charles BAUDELAIRE, Les Fleurs du Mal – Le Voyage.

Chapitre 10 : For et droit applicable

969. La relation entre le recouvreur et le débiteur être soumise aux règles habituelles de droit international privé en ce qui concerne le for ou le droit applicable. Il ne saurait être question d'appliquer les règles particulières du droit des poursuites, vu que le recouvrement s'en détache. La relation de base, que la créance ait été cédée ou non, n'est pas affectée.

970. Relevons immédiatement que vu la nature de la relation entre le recouvreur et le débiteur, qui relève essentiellement du fait, ces questions de droit international privé ne se poseront que si une prétention particulière prend naissance entre les parties – il s'agira généralement d'un acte illicite commis par le recouvreur au préjudice du débiteur, dont nous poserons les contours dans les prochains chapitres.

Section I : For

971. Il convient de rappeler ici qu'il est toujours possible d'intenter une action au for du défendeur, sauf élection de for exclusive[944].

§ I. Détermination contractuelle

A) Avant l'intervention

972. Toute détermination contractuelle du for ou du droit applicable à la relation entre les parties suppose un accord de volonté entre les parties. Or, avant que le recouvreur n'entre en relation avec le débiteur, aucun des deux ne peut

[944] *Supra* N 416.

manifester sa volonté à l'autre. Un accord préalable à tout contact entre recouvreur et débiteur n'est donc pas possible.

B) Suite à l'intervention

973. Ni la Loi sur le droit international privé, ni la Convention de Lugano, ni le Code de procédure civile ne contiennent une indication quant à l'élection de for en cas d'acte illicite. Il faut en conclure qu'un accord des parties sur ce point n'est pas permis en droit suisse ou communautaire.

§ II. Détermination légale

974. Un accord sur le droit applicable n'étant pas possible, se pose la question de la détermination légale du for et du droit applicable à leur relation. La Loi fédérale sur le droit international privé a une approche très casuistique. Elle traite successivement du contrat (art. 112 ss LDIP), de l'enrichissement illégitime (art. 127 s. LDIP) et des actes illicites (art. 129 ss LDIP), ainsi que de diverses institutions et sous-catégories juridiques (par exemple : la forme du contrat à l'art. 124 LDIP ou la responsabilité du fait des produits à l'art. 135 LDIP).

975. Cependant, l'action du recouvreur n'entre dans aucune de ces catégories. En effet, le recouvreur n'a aucun contrat avec le débiteur et s'il reçoit un paiement, c'est pour le rétrocéder au créancier, et le paiement est donc justifié par une cause. S'il ne l'est pas, il s'agit d'un problème entre le créancier et le débiteur, qui se règlera selon le droit applicable à leur relation propre. Enfin, l'action du recouvreur n'étant pas systématiquement illicite, un rattachement direct à ces règles semble a *priori* impossible.

976. En vérité, la question ne se pose pas tant que le recouvreur agit de manière conforme au droit. S'il commet un acte illicite, ce seront alors les règles de détermination du for des articles 129 et 130 LDIP qui trouveront application. Bien entendu, tant le débiteur que le recouvreur peuvent commettre un acte illicite au détriment de l'autre, mais le contrat de recouvrement et les méthodes utilisées par le recouvreur peuvent rapidement glisser vers l'illégalité[945]. L'hypothèse d'un recouvreur commettant un acte illicite au préjudice du débiteur est donc plus fréquente que l'inverse.

977. En vertu de l'art. 129 LDIP, plusieurs tribunaux peuvent être compétents en cas d'acte illicite. Il s'agit des tribunaux du lieu de domicile du défendeur[946] – suivant en cela le principe général – mais aussi ceux du lieu de

945 *Supra* N 948 ss.

946 CR LDIP-BONOMI, LDIP 129, N 8 ; BUCHER/BONOMI, N 1124.

l'acte, le lieu de l'expédition pour un écrit[947], ou du résultat de l'acte illicite, c'est-à-dire là où le bien à protéger se trouve[948]. La compétence de ces tribunaux n'est donnée que si l'acte, respectivement le résultat, a eu lieu en Suisse. Le demandeur peut choisir devant quel tribunal il agit[949].

978. Les règles sur les actes illicites s'appliquent peu importe la nature de l'atteinte – y compris les atteintes à la personnalité au sens des articles 28 et suivants CC[950]. Une atteinte à la personnalité aura son résultat au domicile du lésé, car il s'agit du lieu de situation du bien juridique lésé – on ne se trouve pas ici dans l'un des cas spéciaux de l'art. 139 LDIP[951]. Le lésé pourra donc toujours choisir d'agir devant les tribunaux de son lieu de domicile.

979. Le débiteur qui serait victime d'une atteinte à sa personnalité par l'action du recouvreur, comme nous le verrons dans le Chapitre 13[952], pourra donc choisir devant quel tribunal attraire le recouvreur indélicat. Il est fort probable qu'il choisisse celui de son domicile, pour des raisons évidentes de simplicité.

980. En vertu de l'art. 5 al. 3 CL : « [u]ne personne […] peut être attraite […] en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. ». La notion de fait dommageable est interprétée de façon large, incluant à la fois le lieu de commission et le lieu de résultat[953]. Il y a donc deux fors, un au lieu du dommage, l'autre au lieu où l'événement qui a causé le dommage s'est produit[954].

981. Ces deux fors sont alternatifs lorsque l'acte et le résultat se sont produits dans deux pays différents. Si le dommage peut être scindé en plusieurs dommages localisables – par exemple en cas d'atteinte à la personnalité dans plusieurs pays – un for sera ouvert dans chaque pays pour la part du dommage qui s'y est produit[955]. Ces fors sont ouverts en plus du for général de l'art. 2 al. 1 CL[956].

982. Le résultat est donc le même que si l'on appliquait la Loi sur le droit international privé, à savoir que le débiteur pourra agir à son domicile.

---

947 CR LDIP-Bonomi, LDIP 129, N 17, 28.

948 CR LDIP-Bonomi, LDIP 129, N 17, 31 ; Bucher/Bonomi, N 1131.

949 CR LDIP-Bonomi, LDIP 129, N 19 ss ; Bucher/Bonomi, N 1132 ; Kren Kostkiewicz, N 2341 ss.

950 CR LDIP-Bonomi, LDIP 129 N 3 ; Kren Kostkiewicz, N 2423.

951 *Infra* N 999.

952 *Infra* N 1298 ss.

953 CR LDIP-Bonomi, CL 5 N 107, 124 ; Bucher/Bonomi, N 1135.

954 CR LDIP-Bonomi, CL 5 N 109 ; Bucher/Bonomi, N 1135 ; Kren Kostkiewicz, N 2466.

955 Bucher/Bonomi, N 1137.

956 Bucher/Bonomi, N 1134 ; Kren Kostkiewicz, N 2465.

983. Selon l'art. 36 CPC, « [l]e tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite. ».

984. Le Code de procédure civile prévoit donc quatre fors alternatifs[957] : les domiciles des deux parties, le lieu de l'acte ou celui du résultat, ces deux derniers correspondant aux notions de l'art. 5 al. 3 CL[958]. Le débiteur lésé dispose donc encore une fois d'un large choix en la matière.

Section II : Droit applicable

§ I. Détermination contractuelle

985. Pour les mêmes raisons que celles développées en matière de d'élection de for, il n'est pas envisageable d'avoir une élection de droit qui précéderait la prise de contact du recouvreur avec le débiteur.

986. Suite au contact, et en cas d'acte illicite, les parties peuvent s'entendre sur l'application du droit du for – dans notre cas, du droit suisse si le débiteur réside en Suisse – en vertu de l'art. 132 LDIP[959]. Comme à l'art. 116 LDIP, la volonté des parties doit être claire, même si aucune forme n'est requise[960]. Cette élection de droit n'est toutefois possible que postérieurement à la commission d'un acte illicite, afin de protéger la partie faible – en l'occurrence, le lésé[961]. Il n'est donc pas possible de convenir du droit applicable dès l'intervention du recouvreur.

987. Il n'est donc pas possible d'élire un droit préalablement à tout acte illicite. Cependant, en vertu de l'art. 133 al. 3 LDIP : « […] lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique. »

988. Ce rapport juridique préexistant doit avoir un lien avec l'acte illicite, ce qui est par exemple le cas si l'auteur viole à la fois un droit absolu et une obligation contractuelle[962]. Mais la relation entre débiteur et recouvreur se caractérise précisément par l'absence de toute relation préalable – le cas de la cession de créances aux fins de recouvrement étant réservé.

---

957 CPC-HALDY, CPC 36 N 7 ; KZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, CPC 36 N 6, 21.

958 CPC-HALDY, CPC 36 N 8, 11.

959 CR LDIP-BONOMI, LDIP 132 N 7 ss ; BUCHER/BONOMI, N 1148 ss ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 539.

960 CR LDIP-BONOMI, LDIP 132 N 13 ; BUCHER/BONOMI, N 1151 ; ATF 132 III 661, consid. 2.

961 CR LDIP-BONOMI, LDIP 132 N 7 ss ; BUCHER/BONOMI, N 1149.

962 CR LDIP-BONOMI, LDIP 133 N 23 ; BUCHER/BONOMI, N 1120 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 17 ss.

989. Le recouvreur est un représentant du créancier[963]. Toutefois, il ne nous semble pas qu'il puisse se prévaloir du rapport préexistant comme pourrait le faire le créancier. Il n'y a en effet pas de lien direct entre le recouvreur et le tiers. L'art. 126 al. 2 et 4 LDIP règlent certes les rapports entre représentant et tiers[964], que celui-là bénéficie d'un pouvoir de représentation ou non, mais ils ne prennent en compte que le rôle traditionnel du représentant, qui est de conclure un contrat[965]. La possibilité de procéder à des actes de fait ou de commettre des actes illicites ne nous semble pas prise en compte dans cet article.

990. Il se peut que le recouvreur et le débiteur négocient un accord ou transigent quant à certains points du litige[966]. Dans ce cas, il faudra revenir aux règles de détermination du droit applicable en matière de contrat, déjà examinées dans notre première partie[967].

991. Cela ne soumettrait toutefois pas l'intégralité des rapports entre débiteur et recouvreur au droit applicable au contrat qu'ils ont conclu, mais seulement en cas d'acte illicite commis en rapport avec cet accord. Le rattachement d'un acte illicite à la créance principale ou à l'accord subséquent peut toutefois être difficile.

§ II. Détermination légale

992. Comme en matière de for, la question du droit applicable ne se pose que si le recouvreur agit de manière illicite, il se justifie donc d'analyser les rapports entre les parties sous l'angle du droit qui serait applicable en cas de commission d'un acte illicite[968].

993. Dans l'hypothèse où tant le recouvreur que le débiteur résident dans le même État, ce sera le droit de cet État qui sera applicable (art. 133 al. 1 LDIP)[969].

994. Si le recouvreur et le débiteur ont leur résidence habituelle – respectivement leur établissement – dans des États différents, le droit applicable sera celui du lieu de l'acte illicite[970], ou le lieu de résultat de l'acte – c'est-à-dire le lieu de la lésion du bien juridique – si ledit résultat était prévisible pour

963 *Supra* N 329 ss, 388 ss.

964 BUCHER/BONOMI, N 1109 ss ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 8 N 65.

965 *Supra* N 329.

966 Ce pouvoir doit cependant être spécifiquement conféré : *supra* N 595 ss.

967 *Supra* N 438 ss.

968 *Supra* N 976.

969 CR LDIP-BONOMI, LDIP 133 N 17 ; BUCHER/BONOMI, N 1160 s. ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 22 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 539.

970 BUCHER/BONOMI, N 1153 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 24 ; ATF 133 III 323, consid. 2.3.

l'auteur (art. 133 al. 2 LDIP)[971]. Il n'est pas possible pour le lésé de choisir entre lieu de l'action et lieu du résultat pour la détermination du droit applicable[972].

995. S'il y a atteinte à la personnalité du débiteur, le lieu de résultat sera le domicile de celui-ci. Le recouvreur agit systématiquement envers un débiteur dont il connaît le domicile. À défaut, il ne pourrait pas le contacter. Il est donc toujours prévisible pour le recouvreur que son action aura un résultat au domicile du débiteur.

996. Ces deux hypothèses mènent automatiquement au droit du domicile du débiteur. En effet, soit le recouvreur est domicilié dans le même État que le débiteur, auquel ils sont soumis au même droit – qui est celui du débiteur comme du recouvreur – soit il faut se référer au lieu de résultat de l'acte, qui sera, pour les raisons que nous venons d'exposer, le domicile du débiteur.

997. En toute logique, le droit applicable ne devrait pas se modifier au moment où le recouvreur commet un acte illicite, aussi, il convient d'appliquer à la relation entre le recouvreur et le débiteur le droit de la résidence habituelle du débiteur, même en dehors du cas où un acte illicite est commis. Toute autre solution conduirait le recouvreur à être lié par un droit dont les violations ne seront jamais sanctionnées, tout en répondant de ses actes illicites sur la base d'un autre droit, qu'il n'est pas censé suivre. Cette situation est trop paradoxale pour être admissible.

998. Le débiteur est donc protégé par son propre droit contre les actes illicites éventuels du recouvreur, il n'aura donc pas à se préoccuper du droit du domicile du recouvreur. De même, il dispose du choix du tribunal où il introduira l'action.

999. Il existe des règles spéciales concernant le droit applicable aux atteintes à la personnalité (art. 139 LDIP), mais elles ne sont applicables qu'en cas d'atteinte par les médias[973] ou par le traitement de données personnelles[974]. Ces deux hypothèses ne concernent pas directement le contrat de recouvrement, nous n'en traiterons donc pas. Le cas des bases de données de « mauvais payeurs » peut certes être un cas d'application de l'art. 139 LDIP, mais nous l'avons exclu de notre analyse[975].

---

971 CR LDIP-BONOMI, LDIP 133 N 12 ; BUCHER/BONOMI, N 1156 s. ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 24 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 528 ; ATF 133 III 323, consid. 2.3.

972 CR LDIP-BONOMI, LDIP 133 N 10 ss ; BUCHER/BONOMI, N 1153, 1155 ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 539 ; ATF 125 III 103, JdT 2000 I 362, consid. 2a.

973 CR LDIP-BONOMI, LDIP 133 N 2, 139 N 2 ; BUCHER/BONOMI, N 1199 ; DUTOIT, p. 170 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 50 ss ; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, N 546.

974 CR LDIP-BONOMI, LDIP 139 N 15 ; BUCHER/BONOMI, N 1201 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 50, 54.

975 *Supra* N 10.

1000. Dans un contexte commercial, il se peut que l'art. 136 al. 1 LDIP, concernant la concurrence déloyale, soit relevant. Celui-ci dispose : « Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'État sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé. ». Le lieu de résultat est le marché sur lequel l'auteur et le lésé sont en concurrence[976]. Dans certains cas, il est envisageable que l'action du recouvreur soit un acte de concurrence déloyale[977], il faudra alors déterminer le marché concerné.

1001. En cas de rapport juridique préexistant, ce sera le droit applicable à ce rapport qui sera pris en compte. En effet, l'art. 136 al. 3 LDIP réserve l'application de l'art. 133 al. 3 LDIP[978], que nous avons déjà traité[979].

1002. Dans le cadre de la relation entre le recouvreur et le débiteur, il n'y a que peu besoin de l'ordre public suisse. La protection du noyau de la personnalité du débiteur ou l'interdiction des dommages-intérêts punitifs pourraient éventuellement entrer en jeu, à condition que les parties aient pu convenir de l'application d'un droit les permettant, ce qui est peu probable. À défaut d'élection de droit, le droit suisse s'appliquerait directement au débiteur résident en Suisse[980], ce qui rendrait superflue sa protection par l'ordre public.

976 BUCHER/BONOMI, N 1183, 1885 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 42 ; ATF 136 III 23, JdT 2011 II 344, consid. 6.1 ; TF, 4A_128/2012, consid. 2.

977 *Infra* N 1245 ss.

978 BUCHER/BONOMI, N 1188 ; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, § 9 N 44 ; ATF 136 III 23, JdT 2011 II 344, consid. 6.4.

979 *Supra* N 987.

980 *Supra* N 998.

Synthèse

1003. L'indépendance entre le rapport de base et le contrat de recouvrement nous conduit à devoir distinguer le droit applicable aux relations extracontractuelles entre le recouvreur et le débiteur de celui applicable à la relation initiale. La créance de base restera toujours régie par le droit élu par les parties ou prévu par la loi.

1004. Il n'existe pas de réglementation de droit international privé des actes de fait, hormis s'ils constituent un acte illicite. On se trouve alors confronté à une pluralité de fors, laissés au choix de la victime – ici le débiteur. Celui-ci pourra toujours agir à son domicile, lieu de l'atteinte.

1005. La règlementation de l'acte illicite sert également à la détermination du droit applicable, pour les mêmes raisons. Compte tenu du fait que le recouvreur sait toujours où le résultat de son action aura lieu – il agit auprès du débiteur à l'adresse de contact dont il dispose – l'art. 133 al. 2 LDIP conduira à l'application du droit de la résidence du débiteur.

1006. Ce point est important pour la suite de nos développements, car il signifie que la résidence du recouvreur importe peu lorsqu'il s'agit de protéger la personnalité du débiteur résident en Suisse. Les limites apportées aux méthodes de recouvrement que nous déduirons du cadre légal suisse (Chapitres 12 et 13) s'appliqueront donc indépendamment du domicile ou du siège du recouvreur.

1007. Les « frais » de recouvrement, objet de notre prochain chapitre, étant eux rattachés à la créance de base, ils devront être analysés sous l'angle du droit applicable à celle-ci.

« Τοῦτο γὰρ ἐποιήσατο πρῶτον πολίτευμα, γράψας τὰ μὲν ὑπάρχοντα τῶν· χρεῶν ἀνεῖσθαι, πρὸς δὲ τὸ λοιπὸν ἐπὶ τοῖς σώμασι μηδένα δανείζειν. »

[Sa première ordonnance portait que toutes les dettes qui subsistaient seraient abolies, et qu'à l'avenir les engagements pécuniaires ne seraient plus soumis à la contrainte par corps.]

PLUTARQUE, Les vies des hommes illustres – Vie de Solon, XX.

Chapitre 11 : Frais de recouvrement

1008. Une pratique courante des recouvreurs est la facturation de « frais » au débiteur. Ignorée par la jurisprudence, cette question n'a été qu'effleurée par la doctrine. Ces frais sont parfois théoriquement admis s'ils sont nécessaires[981], parfois refusés sauf preuve d'un dommage[982], voire refusés en bloc – surtout dans des communications émanant d'autorités fédérales[983] – mais sans que ne soient analysés en détail ni les fondements juridiques, ni les contours de cette facturation. Seul un avis de droit – qui n'a à notre connaissance pas été publié – traite spécifiquement de cette question[984].

1009. Les « frais » – dans l'acception que nous proposons – ne sont pas une catégorie juridique. Il s'agit d'une somme d'argent que le créancier réclame au débiteur, directement ou par l'intermédiaire d'un recouvreur – ou que le recouvreur réclame pour lui-même. Ces frais peuvent représenter une prétention en dommages-intérêts, mais ils incluent parfois une peine conventionnelle, le salaire du recouvreur, voire des éléments inconnus du droit suisse. Ils doivent en tout cas être distingués des « frais » de l'art. 95 CPC, qui résultent de la procédure judiciaire que le recouvrement cherche précisément à éviter. Cette question a une importance particulièrement élevée

---

981 CANTIENI, p. 101 ; SCHENKER, N 294 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 5g.

982 TERCIER/PICHONNAZ, N 1298. Voir aussi : Programme cantonal de lutte contre le surendettement : www.stop-surendettement.ch/wp-content/uploads/2013/08/Bureau_dencaissement.pdf.

983 Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00848/index.html?lang=fr.

Office fédéral des assurances sociales : www.bsv.admin.ch/vollzug/storage/documents/4239/4239_1_fr.pdf.

984 MEIER I., Gutachten zur Frage « Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sind die Kosten des Gläubigers für die Einschaltung eines Inkassobüros vom Schuldner zu übernehmen? », Zurich 2007 – non publié.

dans le cadre du contrat de recouvrement, il se justifie donc d'y accorder une réflexion de fond.

1010. Il existe deux possibilités pour le recouvreur qui veut réclamer des frais au débiteur. D'une part, il peut le faire directement et pour son propre compte (Section I), en se prévalant d'un droit qui lui appartiendrait en vertu de sa relation avec le débiteur ou d'une éventuelle clause topique dans le contrat de recouvrement qui le lie au créancier. D'autre part, il peut faire valoir les droits du créancier (Section II). Il faut alors déterminer la nature du droit du créancier : indemnité pour dommage ou clause pénale. C'est dans ce contexte que nous analyserons l'art. 106 CO, souvent invoqué dans le cadre d'un recouvrement. Ensuite se pose naturellement la question du sort de ces frais, s'ils sont recouvrés.

Section I : Pour le compte du recouvreur

1011. La prétention du recouvreur en paiement de ses frais peut avoir deux origines : soit elle résulte directement de l'action du recouvreur et de la relation qu'il entretient avec le débiteur (§ I.), soit elle provient du contrat de recouvrement, et le recouvreur s'en prévaut à l'égard du débiteur – étant relevé que ce dernier n'y est pas partie (§ II.).

§ I. Relation recouvreur-débiteur

A) Responsabilité contractuelle

1012. La condition fondamentale de la responsabilité contractuelle est l'existence d'un contrat. Or, le recouvreur n'a précisément aucun lien de ce type avec le débiteur. Cette voie est donc fermée. De même, n'étant pas partie au contrat de base, il n'a aucun moyen de le faire valoir à l'encontre du débiteur pour lui-même. Il ne peut que faire valoir les droits du créancier comme un représentant de celui-ci[985].

1013. Quand bien même il se serait fait céder la créance contre le débiteur, le seul droit qu'il pourrait déduire du contrat est le paiement de la créance, comme le créancier-cédant pouvait le faire avant lui. La cession ne peut à elle seule créer des droits (« *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* »)[986].

985 *Supra* N 329 ss, 388 ss.

986 Voir ce principe : *supra* N 46.

1014. Certains auteurs, suivant en cela une théorie de droit allemand, sont d'avis que le contrat devrait avoir un effet protecteur envers les tiers (« *Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter* »). En cas de violation d'une règle contractuelle, le tiers lésé pourrait agir lui-même en dommages-intérêts contre le cocontractant responsable. Cette théorie du contrat avec effet protecteur est très justement critiquée par MORIN, qui y voit une remise en question de la liberté de conclure un contrat[987].

1015. Également tirée du droit allemand, la liquidation du dommage du tiers (« *Drittschadensliquidation* ») permettrait au créancier de réclamer une indemnisation, en son nom mais pour le compte du tiers lésé[988]. Dans un arrêt traitant non du dommage lui-même, mais de la prescription, le Tribunal fédéral a refusé – à raison selon nous – d'appliquer cette théorie[989].

1016. À notre avis, ces deux théories ne sont pas pertinentes dans un contexte de recouvrement, au-delà même de leur applicabilité controversée en droit suisse. En effet, le recouvreur n'est pas n'importe quel tiers, il est un partenaire contractuel du créancier, engagé précisément pour agir lorsque le débiteur ne s'exécute pas. Il ne nous paraît donc pas judicieux de le protéger particulièrement, vu qu'il s'engage en toute connaissance de cause.

1017. Quant à admettre la liquidation du dommage du recouvreur, cela amènerait à la situation dans laquelle celui-ci fait valoir au nom du créancier une prétention que le créancier fait valoir au nom du recouvreur, ce qui nous paraît trop absurde pour être praticable.

B) Responsabilité pour acte illicite

1018. L'art. 41 al. 1 CO énonce : « [c]elui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. ». Les conditions de l'art. 41 al. 1 CO sont bien connues. Elles sont au nombre de quatre : acte illicite, dommage, causalité et faute[990].

1019. Nous nous concentrerons sur la condition de l'acte illicite, qui est problématique dans notre cas de figure. En effet, la simple violation d'un contrat n'est pas à elle seule constitutive d'un acte illicite, il faut qu'elle porte atteinte

---

987 CR CO I-MORIN, CO 1 N 43 s.

Du même avis : PICHONNAZ, Centenaire, p. 156 ; ROBERTO N 05.32 ; SCHWENZER, N 87.05 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 47 ss.

En faveur de l'effet protecteur : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 224 ; BSK OR I-WIEGAND, Einleit. Art. 97-109, N 9.

988 HUGUENIN, N 1600 ss ; SCHWENZER, N 14.23 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 44.

989 ATF 123 III 204, JdT 1999 I 9, consid. 2f.

990 SCHWENZER, N 50.01 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1889 ; ROBERTO, N 03.05 ss ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 6.

à un droit subjectif absolu ou viole une norme légale de protection de l'intérêt lésé[991]. Il nous paraît peu probable qu'un retard dans le paiement d'une somme d'argent soit propre à constituer pareille violation, surtout que le recouvreur est un tiers à la relation de base, et qu'il n'intervient qu'après que le cas de demeure s'est réalisé.

1020. L'acte illicite n'est toutefois pas la seule condition problématique. Nous examinerons plus loin la question du dommage, qui mérite une étude approfondie[992].

1021. La seule possibilité pour que le recouvreur puisse agir contre le débiteur serait que celui-ci commette un acte illicite au détriment du recouvreur, mais cet acte ne serait alors plus lié à la relation de base entre le débiteur et le créancier.

§ II. Relation recouvreur-créancier

1022. Il est parfaitement envisageable que le contrat de recouvrement prévoie la possibilité pour le recouvreur de facturer des frais pour son intervention directement au débiteur. Cette clause est cependant dépourvue d'effets. Le principe de la relativité des contrats[993] s'oppose à ce que le recouvreur puisse se prévaloir d'une clause contractuelle envers le débiteur.

1023. Une autre approche est la facturation de frais « punitifs ». Ceux-ci se basent sur la faute du débiteur, prise dans un sens moral et non plus juridique. Ces frais sont donc la punition du débiteur qui manque à son devoir. Cette conception est étrangère au droit suisse. En effet, des dommages-intérêts punitifs ne sont jamais admis[994]. Seules les dispositions en matière de contrat de travail (art. 336a et 337c al. 3 CO) prévoient une indemnité mixte, à la fois réparatrice et punitive[995]. En l'absence d'une base légale comparable, ces frais ne sont jamais fondés.

1024. Le même sort doit être réservé aux autres arguments moraux, tels que l'égalité de traitement entre débiteurs ou la bonne marche du commerce. Le but des dommages-intérêts est de réparer le préjudice subi, et non de punir le débiteur. Cette fonction est réservée au droit pénal, qui a depuis longtemps

---

991 REY, N 670 ss ; SCHWENZER, N 50.04 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1881 s. ; WERRO, Responsabilité, N 297, 305 ss.

992 *Infra* N 1035 ss.

993 *Supra* N 46.

994 CHAPPUIS B., Dommages irréparables, N 49 ; LÜCHINGER, n. 29 ; ROBERTO, N 02.79 ; SCHWENZER, N 14.12b ; WERRO, Responsabilité, N 7.

L'interdiction est d'ordre public : *supra* N 448.

995 CR CO I-AUBERT, CO 336a N 2, CO 337c N 11 ; LÜCHINGER, n. 29 ; BSK OR I-PORTMANN, CO 336a N 1, CO 337c N 7 ; WYLER, p. 517, 551 ; ATF 123 III 391, consid. 3c ; ATF 135 III 405, consid. 3.1.

renoncé à la punition de l'inexécution contractuelle, vu notamment l'interdiction de la contrainte par corps[996]. Se placer sur le plan moral peut certes intéressant sous un angle philosophique, mais cela revient à se couper de la réalité juridique.

1025. La clause pénale se place également dans une optique punitive, mais est – dans certaines limites – admissible. En effet, elle se trouve dans le contrat entre le créancier et le débiteur, qui l'a le cas échéant acceptée. Nous y reviendrons[997].

1026. En conclusion, le recouvreur ne peut jamais réclamer des frais pour son action au débiteur du simple fait de l'existence d'un contrat de recouvrement, même si celui-ci l'y autorise. Reste réservée l'hypothèse d'un acte illicite du débiteur envers le recouvreur, mais cela serait une action indépendante du contrat de recouvrement.

Section II : Pour le compte du créancier

1027. Nous qualifions les frais d'indirects lorsqu'ils proviennent de la relation créancier-débiteur, à laquelle le recouvreur n'appartient pas. Ils sont alors liés à la créance de base. Il est donc logique que le recouvreur puisse les faire valoir. Nous nous attacherons tout d'abord à déterminer la nature des frais (§ I.), avant d'examiner si et selon quelles modalités ils doivent être restitués au créancier (§ II.).

§ I. Nature des frais

1028. Le créancier peut avoir deux types de prétentions lorsque le débiteur ne s'exécute pas. En règle générale, il pourra se faire rembourser le dommage qu'il a subi, en vertu des règles sur l'inexécution, et particulièrement celles de la demeure (A), il se peut également que la relation de base – en l'occurrence un contrat – prévoie une clause pénale (B).

---

996 Art. 59 al. 3 aCst.

Aujourd'hui un principe constitutionnel non écrit, mais qui peut être déduit des articles 7 et 10 al. 2 Cst. : FF 1997 I 1, p. 151 ; AMMON/WALTHER, § 1 N 24 ; DALLÈVES, p. 4 s. ; ENGEL, Obligations, p. 472 ; GILLIÉRON P.-R., Poursuite, N 42 ; KUONEN, N 924 ; TANQUEREL, N 1175.

Ce principe est défendu, de jurisprudence constante, depuis la création du Tribunal fédéral : ATF 1 252, consid. 1 ; ATF 3 69, consid. 1 ; ATF 3 70, consid. 2 ; ATF 20 I 287 consid. 2a ; ATF 110 II 9, consid. 4b ; ATF 130 I 169, consid. 2.2.

Voir également : art. 11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) et art. 1 du Protocole nº 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (dont la Suisse n'est pas signataire).

997 *Infra* N 1095 ss.

A) Indemnité pour dommage

1029. Nous avons vu qu'en pratique, le contrat de recouvrement concerne exclusivement les dettes d'argent[998]. Le créancier qui a subi un dommage du fait du retard de son débiteur doit donc agir sur la base des règles de la demeure (art. 102 ss CO), et plus spécifiquement les articles 104 à 106 CO.

1030. Le débiteur est en demeure au sens de l'art. 102 al. 1 CO s'il n'a pas exécuté une obligation exigible et échue, sans être au bénéfice d'un motif justificatif. Il faut de plus une interpellation du créancier ou un terme fixé par le contrat (art. 102 al. 2 CO)[999]. La demeure permet de réclamer des dommages-intérêts, que nous allons étudier en détail.

1031. La demeure qualifiée (art. 107-109 CO), après l'expiration d'un délai de grâce, offre plusieurs droits au créancier – demande de dommages-intérêts, avec ou sans demande d'exécution, ou résolution du contrat[1000]. Ces possibilités ne nous intéressent pas particulièrement dans un contexte de recouvrement. Nous nous concentrerons donc sur le régime général de la demeure.

1032. Selon l'art. 103 CO :

« [1] Le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive et répond même du cas fortuit.

[2] Il peut se soustraire à cette responsabilité en prouvant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part ou que le cas fortuit aurait atteint la chose due, au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps. ».

Quant à l'art. 106 CO, il dispose que :

« [1] Lorsque le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire, le débiteur est tenu de réparer également ce dommage, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

[2] Si ce dommage supplémentaire peut être évalué à l'avance, le juge a la faculté d'en déterminer le montant en prononçant sur le fond. ».

1033. Ces deux articles énoncent fondamentalement le même principe, à savoir que le débiteur fautivement en demeure doit des dommages-intérêts. Ceux-ci sont des dommages-intérêts positifs, qui visent à placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si l'obligation avait été exécutée à

998 *Supra* N 119.

999 GILLIÉRON P., p. 501 ; HUGUENIN, N 912 ; SCHWENZER, N 65.01 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1279 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 102 N 10 ss.

1000 HUGUENIN, N 952 ; SCHWENZER, N 66.22 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1313 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 107 N 1, 26 ss.

temps[1001]. Un auteur considère l'art. 106 CO comme un fondement propre, indépendant et parallèle à l'art. 103 CO[1002], tandis que d'autres voient l'art. 106 CO comme un cas d'application de l'art. 103 CO[1003]. Nous nous rapprochons de cette dernière analyse, en précisant qu'à notre sens, l'art. 103 CO fixe les conditions de la responsabilité, alors que l'art. 106 CO amène une précision quant au calcul du dommage dans le cas particulier des dettes d'argent.

1034. Les conditions d'application de l'art. 103 CO sont fondamentalement les mêmes que celles de l'art. 97 al. 1 CO. Elles sont au nombre de quatre : dommage, violation du contrat, causalité naturelle et adéquate et faute[1004]. La première de ces conditions appelle des remarques particulières (1), tandis que les trois dernières s'apprécient comme dans un cas de responsabilité pour inexécution (2). Le fardeau de la preuve de ces conditions est supporté par le créancier (art. 8 CC), à l'exception de la faute, qui est présumée (art. 103 al. 2 CO *a contrario*)[1005]. Nous terminerons par les facteurs pouvant influer sur la quotité de l'indemnité, si le débiteur est amené à répondre du dommage (3).

1) Dommage

1035. Une fois n'est pas coutume, nous ne procéderons pas du général au particulier. En effet, la doctrine et la jurisprudence ont dressé un catalogue des différents types de dommage qu'un créancier d'une dette d'argent peut subir. Il nous faut donc d'abord examiner si les frais de recouvrement entrent dans l'une de ces catégories (a), avant de retourner si nécessaire à la définition générale du dommage (b).

a) Dommage moratoire

1036. Le dommage est qualifié de moratoire dans le cadre des articles 103 et suivants CO[1006]. Dans le cas des dettes d'argent – qui nous intéresse dans la présente thèse – il se compose d'intérêts moratoires au sens de l'art. 104 CO (i) et d'un dommage supplémentaire éventuel (art. 106 CO)[1007]. Ce dommage peut appartenir à l'une des deux catégories suivantes : les frais et émoluments pour

---

1001 CANTIENI, p. 28 ; HUGUENIN, N 942 ; RAMONI, N 24 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1291 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 5.

1002 RAMONI, N 41.

1003 DONATIELLO, Responsabilité, p. 33 ; ENGEL, Obligations, p. 693 ; HUGUENIN, N 942 ; MOHI/WERRO, p. 313 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1298.

1004 RAMONI, N 23 ; SCHWENZER, N 66.02 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1291 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 1.

1005 RAMONI, N 23 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 6 ; ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 3a ; TF, 4C.459/2004, SJ 2005 I p. 557, consid. 3.1.

Pour la condition de dommage en particulier : HUGUENIN, N 1840 ; CR CO I-WERRO, CO 42 N 1.

1006 CANTIENI, p. 1 ; HUGUENIN, N 938 ss ; LÜCHINGER, N 119 ; RAMONI, N 24 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1291 ; BSK OR I-WIEGAND CO 103 N 5.

On trouve les termes « *Verzugsschaden* » et « *Verspätungsschaden* » dans la doctrine germanophone.

1007 CANTIENI, p. 25 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1298.

les démarches officielles (ii) ou une évolution défavorable de la situation économique (iii).

1037. Il convient de noter que l'art. 106 CO ne prend en compte que les situations où le dommage éprouvé par le créancier est supérieur à l'intérêt moratoire. Seule la part qui dépasse l'intérêt moratoire est indemnisable sur cette base et on ne saurait cumuler préjudice entier et intérêt moratoire[1008].

1038. Le fait que la créance ne soit pas payée à temps ne suffit à créer un dommage dont le montant serait équivalent à celui de la créance. En effet, la créance est toujours dans le patrimoine du créancier. Ce dernier ne pourrait donc pas demander simultanément le paiement de sa créance et des dommages-intérêts, sauf si les conditions des articles 104 à 106 CO sont remplies.

i) Intérêt moratoire

1039. L'art. 104 CO met à la charge du débiteur un intérêt moratoire, sans que le créancier n'ait besoin de prouver un dommage ou une faute[1009]. Il vise à la fois à réparer la perte du créancier et à empêcher l'enrichissement du débiteur, notamment vu le fait que l'argent génère des intérêts[1010].

1040. Le taux d'intérêt est fixé à 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO), taux qui ne peut pas être réduit par le juge[1011]. Les deuxième et troisième alinéas permettent de réclamer un intérêt moratoire supérieur, soit qu'il est convenu dans le contrat, soit qu'il correspond au taux d'escompte local entre commerçants[1012].

ii) Démarches officielles

1041. Il se peut que le retard entraîne des démarches supplémentaires pour le créancier. Les frais générés par une action devant les tribunaux sont répartis par les articles 106 et suivants CPC, et nous traiterons par la suite des frais de poursuite[1013]. Le contrat de recouvrement tel que nous l'étudions ne permet pas au recouvreur d'agir devant les tribunaux[1014]. Nous ne nous y attarderons donc pas.

1008 CANTIENI, p. 29 ; MOHI/WERRO, p. 313 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1298.

1009 ENGEL, Obligations, p. 692 ; GILLIÉRON P., p. 513 ; HUGUENIN, N 939 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1295 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 104 N 2, 4 ; ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 4b ; ATF 130 III 591, JdT 2006 I 131, consid. 3 ; TF, 4C.344/2000, consid. 4b.

1010 MOHI/WERRO, p. 312 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1295 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 104 N 1 ; BSK OR I-WIEGAND, CO 104 N 1 ; ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 4b ; TF, 4C.344/2000, consid. 4b.

1011 ATF 130 III 312, JdT 2005 I 260, consid. 7.1.

1012 ENGEL, Obligations, p. 692; GILLIÉRON P., p. 515 s. ; HUGUENIN, N 940 ; SCHWENZER, N 66.09 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 104 N 14 s. ; BSK OR I-WIEGAND, CO 104 N 5 s. ; ATF 122 III 53, JdT 1996 I 590, consid. 4b ; ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 4a ; ATF 130 III 312, JdT 2005 I 260, consid. 7.1 ; TF, 4C.344/2000, consid. 4b.

1013 *Infra* N 1144.

1014 *Supra* N 381.

1042. Les démarches que le créancier peut entreprendre ne sont pas limitées à une action devant les tribunaux. Par exemple, si le débiteur change de domicile sans en avertir le créancier, ce dernier ne se trouve alors plus en mesure de contacter le débiteur ou d'agir contre lui. Il est alors à notre sens justifié de mettre à la charge du débiteur l'émolument administratif de recherche d'adresse par exemple (soit CHF 20.— à Genève[1015]). Il n'est possible de réclamer ces frais que pour la part qui dépasse l'intérêt moratoire.

1043. Cependant, ces frais ne seraient pas justifiés si le débiteur est resté à l'adresse qu'il a indiquée au créancier, ou s'il est manifestement en fuite, ce qui serait un cas de faillite sans poursuite préalable (art. 190 al. 1 ch. 1 LP)[1016] ainsi qu'un cas de séquestre (art. 271 al. 1 ch. 2 LP)[1017], et qui ouvrirait un for particulier à son dernier domicile (art. 54 LP)[1018].

1044. Cette première catégorie ne concerne que des institutions étatiques – tribunaux, offices des poursuites et des faillites ou administration cantonale. Le recouvreur n'en fait pas partie. Aucune norme ne régit d'ailleurs la tarification des actes de ce dernier[1019], ni ne met les frais à la charge de l'une ou l'autre partie.

iii) Situation économique

1045. Le dommage subi par le créancier peut résulter non pas des démarches qu'il entreprend, mais simplement de l'évolution de la situation économique globale. Certes, les dettes d'argent ne deviennent jamais impossibles[1020], mais l'argent peut prendre ou perdre de la valeur avec le temps. Cela peut être dû à deux facteurs : les taux d'intérêt et le cours de change entre plusieurs monnaies[1021]. L'inflation n'est pas prise en compte, vu la fiction de valeur constante de la monnaie[1022]. Cela a conduit la doctrine et la jurisprudence à reconnaître trois cas où un dommage dû au retard de paiement est envisageable.

1046. Premièrement, le retard dans le paiement peut avoir empêché le créancier de placer cette somme à un taux supérieur au taux de l'intérêt moratoire, ce que l'on nomme en doctrine « perte d'intérêts » (« *Entgangene Anlagezinsen* »)[1023]. Le dommage indemnisable selon l'art. 106 al. 1 CO

1015 Art. 12 al. 1 du Règlement relatif à la délivrance de renseignements et de documents, ainsi qu'à la perception de diverses taxes, par l'office cantonal de la population et des migrations et les communes, du 23 janvier 1974 (RDROCPMC ; RS/GE F 2 20.08).

1016 CR LP-COMETTA, LP 190 N 6 ; SPÜHLER, N 49.

1017 CR LP-COMETTA, LP 190 N 7 ; SPÜHLER, N 665 ; CR LP-STOFFEL/CHABLOZ, LP 271 N 53 ss.

1018 CR LP-SCHÜPBACH, LP 54 N 2, 10 ; SPÜHLER, N 196.

1019 Comparer avec les Directives VSI : *supra* N 366 ss.

1020 HUGUENIN, N 915 ; RAMONI, N 31 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1492 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 17.

1021 LÜCHINGER, N 150 ss ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 7 ss ; BSK OR I-WIEGAND, CO 106 N 1 s.

1022 CANTIENI, p. 35 ; SCHWENZER, N 10.03 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 10.

1023 CANTIENI, p. 79 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 7.

correspond alors à la différence entre le taux qu'il était possible d'obtenir et le taux moratoire.

1047. S'agissant de la détermination d'une situation hypothétique, deux problèmes se posent : le premier est de prouver que le créancier aurait effectivement placé son argent, et ne l'aurait pas laissé dormir sur un compte courant ou dans une caisse ; le second est de déterminer le taux auquel l'argent aurait été placé. Suivant le principe général, la preuve incombe au créancier[1024].

1048. La doctrine et la jurisprudence présument – de manière réfragable – que les banques et les assurances placent en général les sommes d'argent afin qu'elles produisent des intérêts. Il s'agit d'un allègement et non d'un renversement du fardeau de la preuve[1025]. La doctrine base cette présomption sur l'art. 42 al. 2 CO[1026]. En revanche, les autres secteurs d'activité ne peuvent se prévaloir de cette présomption et doivent apporter la preuve de leur intention à l'époque où le paiement aurait dû avoir lieu, preuve pratiquement diabolique.

1049. Il ne nous paraît cependant pas souhaitable d'établir une présomption générale de placement. Cela reviendrait à vider de son sens l'art. 104 al. 1 CO, en fixant *de facto* comme taux d'intérêt moratoire un taux de placement, qui reste ardu à déterminer[1027]. Seul le législateur aurait ce pouvoir. De plus, l'art. 42 al. 2 CO est d'application restrictive[1028]. Enfin, le but de cette présomption n'est pas de favoriser le créancier ou de punir le débiteur, mais bien de refléter une réalité économique.

1050. S'agissant d'une situation hypothétique, reste le problème de la détermination du taux auquel l'argent aurait pu être placé. Ce taux ne saurait être déterminé *a posteriori*, il faut au contraire se replacer dans la situation au moment de la demeure, en vertu de la définition des dommages-intérêts positifs. Or, il existe toujours une certaine incertitude quant au rendement des placements, étant entendu que les plus rentables ne sont pas nécessairement les plus sûrs. À défaut d'une règle légale, la solution adoptée en pratique est de s'en remettre à une expertise[1029]. Fixer un taux d'intérêt moratoire variable, comme cela se fait par exemple en Europe, serait une alternative séduisante à ce problème de preuve[1030].

1024 LÜCHINGER, N 152 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 6, 106 N 7 ; BSK OR I-WIEGAND CO 106 N 2.

1025 LÜCHINGER, N 152 ; SCHWENZER, N 66.12 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 7 ; BSK OR I-WIEGAND CO 106 N 2 ; ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 3a s.

1026 CANTIENI, p. 86 ; LÜCHINGER, N 153 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 6.

1027 *Infra* N 1056 ss.

1028 CHAIX, Dommage, N 22 ; CHAPPUIS B., Preuve, p. 109 ; CR CO I-WERRO, CO 42 N 26 ; WERRO, Responsabilité, N 1017 ; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2.

1029 ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 4a.

1030 Pour une analyse du système européen : *infra* N 1151 ss.

1051. Deuxièmement, le retard de paiement peut avoir entraîné la nécessité pour le créancier de contracter un crédit pour faire face à ses propres obligations. Il s'agit alors d'indemniser le coût de ce crédit (« *Kreditkosten* »)[1031]. Le dommage supplémentaire est alors la différence entre les intérêts dus au titre de ce crédit et les intérêts moratoires dus par le débiteur. Cette situation est en quelque sorte le miroir de la première, et les questions soulevées sont comparables : savoir si le créancier avait besoin de ce crédit et savoir à quel taux il pouvait l'obtenir.

1052. À notre sens, on ne saurait demander au créancier de violer ses obligations à l'égard de ses propres créanciers. Un tel engagement pris par contrat est contraire aux mœurs[1032]. Le créancier serait donc en droit de souscrire un crédit et d'en reporter les frais sur le débiteur s'il en avait effectivement besoin pour satisfaire ses obligations[1033]. Si plusieurs débiteurs sont simultanément en retard, chacun devra assumer sa part, au *prorata* de la somme totale. Vu que chaque débiteur ne cause qu'une partie du dommage, et que leurs comportements sont indépendants, il ne s'agit pas à notre avis pas d'un cas de solidarité[1034].

1053. L'obligation de réduire son dommage[1035] subsiste dans cette situation, mais ne devrait pas être appréciée trop strictement. En effet, le choix d'un crédit résulte de plusieurs facteurs autres que le coût, tels que le caractère fixe ou variable du taux d'intérêt, le montant total du crédit, la durée d'engagement ou les sûretés à fournir.

1054. La doctrine reconnaît parfois le coût d'un crédit préexistant comme fondement d'une prétention en dommages-intérêts[1036]. Mais il nous paraît ardu de faire le lien entre ce crédit et la créance, vu que celui-là précède celle-ci. De plus, une personne peut avoir plusieurs sources de revenus, de sorte que faire dépendre le remboursement d'un crédit d'un seul débiteur ne nous paraît pas soutenable sans un examen approfondi.

1055. Troisièmement, la créance peut être libellée dans une autre monnaie que celle habituellement utilisée par le créancier. La variation des cours respectifs des monnaies peut entraîner une « perte de change » (« *Kursverluste* ») pour le créancier[1037]. Cette perte sera indemnisable par le biais des articles 103 et 106 CO, si elle dépasse l'intérêt moratoire[1038]. En règle générale, on présume

---

1031 CANTIENI, p. 79 ; LÜCHINGER, N 150 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 8.

1032 MARCHAND, Clauses, p. 19.

1033 Voir le critère de nécessité : *infra* N 1070.

1034 Sur la solidarité, voir : CR CO I-WERRO, CO 51 N 5.

1035 *Infra* N 1089.

1036 ENGEL, p. 694 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 8.

1037 CANTIENI, p. 43 ; ENGEL, p. 693 ; RAMONI, N 43 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 9 ; ATF 109 II 436, JdT 1984 I 194, consid. 2a.

1038 CANTIENI, p. 43 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 6 ; ATF 109 II 436, JdT 1984 I 194, consid. 2a.

que le créancier convertira l'argent reçu en monnaie ayant cours légal à son domicile, respectivement son siège ; cette présomption est réfragable[1039].

1056. Pour la perte d'intérêt et le coût de crédit, un taux d'intérêt conventionnel – qui a été ou aurait pu être conclu entre le créancier et un tiers (banque, établissement de crédit, *etc.*) – côtoie le taux d'intérêt moratoire, ce qui peut conduire à des difficultés de calcul. Le Tribunal fédéral a opportunément clarifié ce point dans l'ATF 123 III 241. Le calcul du dommage doit se faire de manière globale[1040]. Il faut commencer par calculer le préjudice subi sur l'ensemble de la durée du retard, avant de déduire l'intérêt moratoire couru sur cette même durée. Il n'est pas possible de fractionner cette durée et d'appliquer à chaque période l'intérêt (moratoire ou de placement) le plus favorable.

1057. Afin d'expliciter ce calcul, nous fournirons trois exemples de perte d'intérêt – ces exemples valent *mutatis mutandis* pour le coût de refinancement, le dommage n'est alors plus la différence entre le gain hypothétique et les intérêts moratoires, mais la différence entre ceux-ci et le coût du crédit.

1058. Toutes ces hypothèses se basent sur les mêmes données initiales : un créancier en droit de faire valoir un dommage du fait d'un placement manqué, une créance de CHF 10 000.—, un retard d'un an et un taux d'intérêt moratoire légal de 5 %, soit une somme de CHF 500.— due à titre d'intérêt moratoire à la fin de l'année.

1059. Dans notre première hypothèse, le taux de placement est de 7 %, soit un résultat sur un an de CHF 700.—. Une fois déduits les CHF 500.—, reste CHF 200.— qu'il est possible de réclamer par le biais des articles 103 et 106 CO.

1060. Dans notre deuxième hypothèse, le taux de placement est de 3 %, soit un résultat de CHF 300.—. Vu que ce montant est inférieur aux CHF 500.— d'intérêt moratoire, le créancier ne peut réclamer que ces CHF 500.—.

1061. Dans notre troisième hypothèse, le taux est de 7 % sur les six premiers mois du retard (soit CHF 350.—) puis de 3 % sur les six mois restants (soit CHF 150.—). Le placement aurait donc rapporté CHF 500.—. Ce montant n'est pas supérieur à l'intérêt moratoire, le créancier ne peut donc réclamer plus. Changer entre le taux d'intérêt des marchés et le taux légal en fonction des périodes considérées – dans notre hypothèse, faire valoir une prétention de CHF 350.— pour les six premiers mois, puis de CHF 250.— d'intérêts moratoires à 5 % pour les six derniers (soit un total de CHF 600.—) a été jugé contraire au droit[1041].

1039 CANTIENI, p. 46 ; RAMONI, N 43 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 9 ; ATF 109 II 436, JdT 1984 I 194, consid. 2b ; ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 3a.

1040 ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 4b.

1041 ATF 123 III 241, JdT 1998 I 290, consid. 4b.

1062. Qu'en est-il des autres opportunités que le créancier a manquées faute d'argent ? Celles-ci n'étant pas certaines, elles ne sauraient être indemnisées, la théorie de la perte d'une chance n'étant pas admise pour l'heure en droit suisse[1042].

1063. L'art. 106 CO s'explique par la conception suisse du dommage et de la responsabilité, qui veut que le lésé puisse se faire indemniser du préjudice qu'il a subi. Cependant, cet article ne nous paraît pas optimal. Il combine une relative inutilité – vu les intérêts moratoires de l'art. 104 CO – et une complexité certaine, qui nécessite suppositions, présomptions et expertises[1043]. Le système européen qui instaure un taux d'intérêt moratoire variable nous paraît préférable, nous y reviendrons[1044].

1064. Aucune des trois hypothèses retenues par la doctrine ou la jurisprudence ne s'applique au cas du recouvrement. Le créancier ne subit pas une perte uniquement du fait du retard, mais il engage un recouvreur pour y remédier, ce qui lui coûte. Afin de déterminer s'il se justifierait de créer une quatrième catégorie de dommage au sein de l'art. 106 CO, nous allons reprendre l'analyse à la lumière de la définition même du dommage.

b) Dommage en général

1065. Le dommage consiste en une diminution involontaire du patrimoine net[1045]. Il se calcule selon la théorie de la différence, c'est-à-dire en établissant la différence entre la situation patrimoniale effective et la situation patrimoniale hypothétique – à savoir si l'événement dommageable ne s'était pas produit[1046]. Cette différence peut provenir d'une perte éprouvée (« *damnum emergens* ») – diminution de l'actif ou augmentation du passif – ou d'un gain manqué (« *lucrum cessans* ») – non-augmentation de l'actif ou non-diminution du

---

1042 SCHWENZER, N 14.12a ; REY, N 158a ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 16 s. ; ATF 133 III 462, consid. 4.4.3. Cette théorie est cependant « praticable » selon MÜLLER, Perte d'une chance, N 598.

1043 Du même avis : CR CO I-THÉVENOZ, CO 106 N 20.

1044 *Infra* N 1155.

1045 CHAIX, Dommage, N 4 ; CHAPPUIS B., Dommages irréparables, N 45 ; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, CO 41 N 3 ; HUGUENIN, N 1845 ; LÜCHINGER, N 52 ; RAMONI, N 24 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1209 s. ; VON TUHR/PETER, p. 84 ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 7 ; WERRO, Responsabilité, N 42 ; ATF 129 III 18, consid. 3.4 ; ATF 132 III 364, consid. 6.2 ; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2 ; ATF 139 V 176, consid. 8.1.1.

1046 CHAIX, Dommage, N 4 ; CHAPPUIS B., Dommages irréparables, N 45 ; GALLIANO/MOLO, p. 1174 ; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, CO 41 N 3 ; HUGUENIN, N 1848 ; LÜCHINGER, N 52 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1210 ; VON TUHR/PETER, p. 84 ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 7 ; WERRO, Responsabilité, N 42 ; ATF 129 III 18, consid. 3.4 ; ATF 132 III 364, consid. 6.2 ; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2 ; ATF 139 V 176, consid. 8.1.1.

passif[1047]. Les avantages dus à l'acte dommageable – économies, assurances, *etc.* – doivent être déduits du dommage (« *compensatio lucri cum damno* »)[1048].

1066. Une diminution volontaire du patrimoine ne constitue pas un dommage, ce qui a notamment conduit le Tribunal fédéral à rejeter le dommage de frustration – par exemple pour des vacances gâchées – sachant que le débiteur a volontairement sorti de son patrimoine la contre-prestation[1049].

1067. Conclure un contrat est un acte éminemment volontaire – le fondement même du contrat est l'accord de volonté entre les deux parties. En effet, sa conclusion est le résultat de deux manifestations de volonté réciproques et concordantes (art. 1 CO)[1050]. Ainsi, la conclusion du contrat et la prestation à la charge du créancier qui en résulte ne saurait être qualifiée de diminution involontaire du patrimoine.

1068. La possibilité de faire porter au débiteur la charge d'un contrat conclu pour pallier sa défaillance est certes envisageable en droit suisse. Il s'agit des cas d'exécution substituée, que l'on rencontre notamment à l'art. 98 CO[1051]. Il est à noter que l'exécution substituée doit être autorisée par le juge[1052]. D'autres bases légales, dans la partie spéciale du Code des obligations en sont la concrétisation, ce sont notamment les articles 259b let. b (bail à loyer), 288 al. 1 (bail à ferme, qui reprend les dispositions du bail à loyer), 366 al. 2 (entreprise) et 392 al. 3 CO (édition)[1053].

1069. Toutes ces dispositions ont un point en commun, il s'agit de pallier l'inexécution d'une obligation de faire. Il n'y a pas de disposition analogue en matière de dette d'argent[1054]. De plus, cela ne correspond pas à la finalité du contrat de recouvrement, qui n'est pas un contrat de garantie, mais bien un contrat de service.

1070. Le caractère involontaire du dommage n'est cependant pas toujours requis. VON TUHR/PETER étendent le caractère involontaire de la diminution du patrimoine à des situations proches, notamment si le lésé se voit contraint de

---

1047 CHAIX, Dommage, N 4 ; DONATIELLO, Responsabilité, p. 29 ; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, CO 41 N 6 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1211 ; VON TUHR/PETER, p. 85 ss ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 12 ; WERRO, Responsabilité, N 112, 114 ; ATF 129 III 18, consid. 3.4 ; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2.

1048 CHAPPUIS B., Moment, N 97 ; BSK OR I-SCHNYDER, CO 42 N 1 ; SCHWENZER, N 15.11 ss ; WERRO, Responsabilité, N 980, 995 ; ATF 128 III 22, consid. 2e cc.

1049 CHAPPUIS B., Moment, N 108 ss ; HUGUENIN, N 881 ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 22.

1050 CR CO I-MORIN, CO 1 N 1 ss ; SCHWENZER, N 27.01 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 471, 562.

1051 CR CO I-THÉVENOZ, CO 98 N 1 ; ZINGG, N 605.

1052 SCHWENZER, N 27.01 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 98 N 2 s.

1053 ATF 126 III 230, consid. 7a.

1054 CR CO I-THÉVENOZ, CO 98 N 2 s. ; ATF 126 III 230, consid. 7a.

prendre des mesures suite à un fait générateur de responsabilité[1055]. On substitue alors le critère de nécessité à celui d'absence de volonté[1056].

1071. Dans cette optique, certains auteurs admettent, dans un contexte de responsabilité civile, que les frais d'avocat avant procès qui sont proportionnés, nécessaires et adéquats peuvent être inclus dans le dommage[1057]. Cependant, seule une part raisonnable de ces frais est réparable – un montant de l'ordre de 10 % du dommage[1058]. Il faut également tenir compte du fait que la part des frais encourus durant le procès civil ou dans un procès pénal précédant un procès civil est indemnisée par les dépens et ne peut faire l'objet d'une demande séparée[1059].

1072. Dans sa thèse, CANTIENI inclut dans le dommage les frais d'avocat avant le procès, qui ne sont pas couverts par les dépens[1060], à la condition que ces frais soient en relation de causalité adéquate avec la demeure et qu'ils soient nécessaires ou « au moins utiles » (« *zumindest nützlich* »)[1061]. Il étend ensuite son analyse – sans approfondissement particulier – aux recouvreurs, à la condition que les dépenses soient nécessaires et proportionnées[1062].

1073. Avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, d'autres auteurs affirment que les frais d'avocat, quels qu'ils soient, ne peuvent être indemnisés autrement que par les dépens de l'art. 95 al. 3 let. b CPC[1063]. L'opinion du Tribunal fédéral en la matière nous paraît plus raisonnable, à savoir qu'il n'est pas possible d'inclure dans le dommage les éléments qui appartiennent aux dépens, mais que toute consultation d'un avocat ne doit pas être nécessairement incluse dans les dépens[1064]. Cela permet également de traiter du cas – par définition non traité par la jurisprudence – où le lésé assisté d'un avocat obtient une indemnité sans qu'un procès soit nécessaire.

1074. Nous ne pouvons contester l'utilité de l'avocat avant le procès en responsabilité civile, plus particulièrement en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle. L'étendue du préjudice est pratiquement impossible à déterminer

---

1055 VON TUHR/PETER, p. 84.

1056 Dans ce sens également : CHAPPUIS C., Insolvence, p. 98.

1057 FELLMANN/KOTTMANN, N 196, 1534 ss ; WERRO, Responsabilité, N 1057. Voir également : ATF 117 II 101, JdT 1991 I 712, consid. 6b ; ATF 133 II 361, consid. 4.1 ; ATF 139 III 190, consid. 4.2.
Contra : SCHWENZER, N 15.10, pour des raisons d'égalité de traitement entre créancier et débiteur.

1058 ATF 117 II 101, JdT 1991 I 712, consid. 6c.

1059 FELLMANN/KOTTMANN, N 1534 ; ATF 112 Ib 355, SJ 1987 200, consid. 4 ; ATF 139 III 190, consid. 4.2.

1060 CANTIENI, p. 99.

1061 CANTIENI, p. 99, 101.

1062 CANTIENI, p. 101.

1063 HOFMANN/LÜSCHER, p. 60 ; ROBERTO, N 29.88 s.

1064 ATF 139 III 190, consid. 4.2, 4.4.

prima facie. Il s'agit là d'une matière extrêmement technique, qui dépasse les capacités du justiciable moyen. Le critère de nécessité est donc rempli.

1075. La situation est tout autre en matière de recouvrement. La créance est déterminée ou à tout le moins déterminable, il s'agit même d'un critère de validité de ce contrat[1065]. Le montant des intérêts moratoires qui s'ajoutent à la créance est une simple règle de trois. On le voit, la difficulté technique est bien moindre et le calcul ne justifie pas le recours à un professionnel. L'analogie entre les frais d'avocat et les frais de recouvrement est donc injustifiée. Faute d'être nécessaires, les frais de recouvrement ne constituent pas un dommage. Ils n'ont donc pas à être supportés par le débiteur.

1076. Notre analyse vaut également en matière de recouvrement international[1066]. Bien que la procédure soit moins connue dans un pays étranger, la possibilité d'une inexécution n'est pas si extraordinaire qu'elle dispense le créancier de se renseigner quant aux moyens de faire valoir sa créance. Cela fait partie des risques que le créancier doit être à même de supporter.

1077. Le droit suisse ne reconnaît pas de dommage normatif, hormis de rares cas comme les intérêts moratoires[1067] ou le dommage ménager[1068]. Le lésé doit donc toujours apporter la preuve de l'existence et de l'étendue de son dommage (art. 8 CC)[1069]. Prévoir un montant forfaitaire pour une action de recouvrement n'est donc pas envisageable.

1078. Faute de dommage, il n'est donc pas possible pour le créancier de demander au débiteur de supporter – même en partie – les frais de recouvrement.

2) Autres conditions

1079. Dans les cas de demeure, le fait générateur de responsabilité correspond au retard dans l'exécution[1070]. Dans le cadre de notre étude des contrats de recouvrement, cette condition est en général donnée. On l'a vu, ledit contrat sert précisément à traiter des créances impayées.

1080. Les conditions de causalité et de faute ne différent pas entre le cas de demeure et le cas général d'inexécution. Nous nous bornerons donc à en répéter

---

1065 *Supra* N 120 ss.

1066 AGVE 1993 30, consid. 2. *Contra* : CANTIENI, p. 100 s.

1067 *Supra* N 1036 ss.

1068 CHAIX, Dommage, N 33 ; CHAPPUIS B., Dommages irréparables, N 53 s. ; FELLMANN/KOTTMANN, N 99. Réservé sur la qualification de dommage normatif : CR CO I-WERRO, CO 41 N 27 ; WERRO, Responsabilité, N 53, 67 s.

1069 *Supra* N 1034.

1070 TERCIER/PICHONNAZ, N 1220 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 4.

les définitions couramment admises en doctrine et en jurisprudence, avant de les appliquer au cas du recouvrement.

1081. La causalité naturelle entre un acte et un dommage est retenue « s'il en constitue l'une des conditions *sine qua non*, c'est-à-dire si, sans lui, le résultat ne se serait pas produit »[1071]. La causalité adéquate est donnée si « d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance. »[1072].

1082. La conclusion du contrat de recouvrement est à notre sens un facteur interruptif de causalité. La diminution du patrimoine du créancier n'existe pas tant que le contrat de recouvrement n'est pas conclu, et c'est uniquement cet acte qui la cause. Le retard de paiement du débiteur est certes le motif de conclusion, mais il ne suffit pas à lui seul à causer le dommage.

1083. Il est difficile de distinguer le raisonnement basé sur le caractère volontaire du dommage de celui concernant le lien de causalité, mais le cheminement logique est le même. Dans les deux cas, nous parvenons à la conclusion que le comportement du créancier fait obstacle à son indemnisation.

1084. Dernière condition, la faute représente « un manquement de la volonté à un devoir imposé par l'ordre juridique »[1073]. Il s'agit de la seule condition qui soit présumée en matière de demeure[1074]. L'insolvabilité[1075] n'est pas en elle-même un motif justificatif qui ferait obstacle à la violation du contrat ou qui permettrait au débiteur de prouver qu'il n'a pas commis de faute. Au contraire, il devra alors prouver que c'est sans sa faute qu'il s'est retrouvé en état d'insolvabilité[1076]. Hormis cette précision, la faute n'amène pas de commentaire particulier.

3) Fixation de l'indemnité

1085. Si les conditions de responsabilité venaient par hypothèse à être remplies, le lésé – dans notre cas, le créancier – pourrait prétendre à une indemnité. Celle-ci est définie comme la somme effectivement allouée au lésé. Elle peut être

---

1071 ATF 138 IV 57, consid. 4.1.3.
Voir également : BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, CO 41 N 15 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1224 ; ATF 133 III 462, consid. 4.2.2.

1072 ATF 129 V 402, consid. 4.2.
Voir également : BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, CO 41 N 16 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1225.

1073 TERCIER/PICHONNAZ, N 1230 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 51 ; CR CO I-WERRO, CO 41 N 51.

1074 *Supra* N 1034.

1075 Pour la définition : *supra* N 219.

1076 CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 11c.

inférieure ou égale au dommage, mais jamais supérieure, car le lésé ne doit pas être enrichi par l'acte dommageable[1077].

1086. La différence entre le dommage et l'indemnité peut résulter de facteurs de réduction, notamment celui de l'art. 44 al. 1 CO[1078]. Cet article dispose :

> « [l]e juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. ».

1087. L'art. 44 CO s'applique tant en matière délictuelle que contractuelle, par le biais de l'art. 99 al. 3 CO[1079]. Nous ne traiterons pas des questions propres à la responsabilité civile, notamment en rapport avec les prédispositions constitutionnelles[1080], car elles ne présentent pas d'intérêt pour notre étude.

1088. Il y a trois façons d'appliquer l'art. 44 CO, la première en rapport avec l'illicéité – respectivement la violation du contrat, en application de l'art. 99 al. 3 CO[1081] – la deuxième avec la notion de causalité, la troisième avec la notion de dommage. Le consentement de la victime peut effacer l'illicéité, mais un consentement nul – par exemple pour violation de l'art. 20 CO ou 27 CC – peut amener à une réduction de l'indemnité[1082]. Si le lésé, par sa faute concomitante contribue à la survenance du dommage, son indemnité sera réduite, à moins que la faute ne soit si grave qu'elle interrompe le lien de causalité[1083]. De même, le lésé qui aggrave son dommage ou qui omet de le diminuer par des mesures raisonnables devra se voir opposer une réduction de son indemnité, car le dommage doit être involontaire[1084]. Il s'agit pour certains auteurs d'une incombance déduite des règles de la bonne foi, qui marque la limite du dommage réparable[1085].

1089. L'art. 44 al. 1 CO trouve à s'appliquer dans le cadre du contrat de recouvrement. Le lésé a en effet l'obligation de réduire son dommage ou ne pas participer à sa survenance. Or, d'une part le créancier ne subit pas un dommage

---

1077 ACHTARI, N 465 ; CHAPPUIS B., Moment, N 53 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1255, 1291 ; WERRO, Responsabilité N 976, 1167 ; ATF 132 III 321, JdT 2006 I 447, consid. 2.2.1.

1078 ACHTARI, N 466 ; SCHWENZER, N 16.04 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1255 ; CR CO I-WERRO, CO 44 N 1, 5.

1079 ACHTARI, N 34 ; LÜCHINGER, N 1027 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 99 N 17 ; CR CO I-WERRO, CO 44 N 3 ; WERRO, Responsabilité, N 1265 ; ATF 131 III 511, consid. 5.

1080 Sur ce sujet, voir par exemple : CR CO I-WERRO, CO 44 N 34 ss.

1081 TERCIER/PICHONNAZ, N 1255 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 99 N 17 ; ATF 131 III 511, consid. 5.

1082 CR CO I-WERRO, CO 44 N 5. Voir également : SCHWENZER, N 16.10.

1083 ACHTARI, N 478 ; CR CO I-WERRO, CO 44 N 11-13 ; WERRO, Responsabilité, N 245.

1084 CHAPPUIS B., Moment, N 59 ; LÜCHINGER, N 1034 ss ; PICHONNAZ, Devoir du lésé, p. 111, 120 ; CR CO I-WERRO, CO 44 N 24 ss ; WERRO, Responsabilité, N 1257.

1085 ACHTARI, N 36 ss, 79 ; LÜCHINGER, N 1043 ; PICHONNAZ, Devoir du lésé, p. 113, 117, 131.

du simple fait du retard de paiement[1086], d'autre part, l'exécution forcée des dettes d'argent a été prévue par le législateur. Cette solution est à la fois plus efficace et moins coûteuse pour le créancier : plus efficace car elle permet de bénéficier de la force publique, moins coûteuse car l'émolument est mis de plein droit à la charge du débiteur en cas de succès et réclamé directement au cours de la procédure. Les bénéfices et les inconvénients ont déjà été discutés[1087].

1090. Ces développements rappellent les deux principes fondamentaux énoncés plus tôt dans cet ouvrage[1088] :

- *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* : le créancier ne peut pas réclamer lui-même des frais pour les démarches qu'il entreprend. L'action du recouvreur ne peut donc pas modifier cette situation.
- *Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* : la relation entre créancier et recouvreur ne saurait toucher le débiteur. Mettre à la charge de ce dernier les frais de recouvrement stipulés par le créancier et le recouvreur sans qu'il n'ait pu décider librement de se lier serait une violation crasse du principe de la relativité des contrats.

1091. Ainsi, le recouvreur ne peut rien exiger de plus du débiteur, ni pour lui-même, ni pour le créancier. Son obligation commence et se termine avec le montant de la dette qu'il doit recouvrer.

1092. MEIER, dans un avis de droit non-publié datant de 2007, admet la possibilité de demander au débiteur le paiement des frais, pour un montant forfaitaire, sans imputer la part d'intérêt moratoire et sans besoin de prouver le dommage[1089].

1093. Cette opinion nous paraît hautement critiquable. Elle se base sur la prémisse erronée que le recouvrement privé de créances permettrait de réclamer l'exécution du contrat, de la même manière qu'une poursuite ou un jugement. Comme nous l'avons exposé[1090], seul le législateur aurait le pouvoir d'offrir un pouvoir aussi exorbitant au recouvreur, et l'assortirait certainement de garanties de neutralité pour l'heure inexistantes. Peu importe donc l'efficacité économique du recouvrement, qui ne suffit pas à elle seule à remettre en cause le système légal.

1094. De plus, l'analyse détaillée des conditions, à laquelle nous venons de nous livrer, exclut la possibilité de faire supporter au débiteur les frais de recouvrement en se basant sur les règles de la demeure. Notamment, on ne

1086 Voir notre analyse du dommage moratoire : *supra* N 1036.

1087 *Supra* N 200 ss.

1088 *Supra* N 46.

1089 MEIER I., p. 89.

1090 *Supra* N 48.

saurait dire que ces frais constituent un dommage. L'indemnisation forfaitaire ou normative est inconnue en droit suisse, sauf cas particuliers (intérêt moratoire, dommage ménager)[1091] ou stipulation (clause pénale, fixation forfaitaire du dommage)[1092]. Enfin, s'affranchir du détail des prétentions et de leur preuve viole tant la lettre que l'esprit des articles 8 CC et 106 CO.

B) Clause pénale

1095. La clause pénale est régie par l'art. 160 CO, dont les trois alinéas correspondent aux trois types de peines, alternative à l'alinéa 1, cumulative à l'alinéa 2, et exclusive à l'alinéa 3[1093].

1096. En doctrine, la clause pénale est vue comme la « convention accessoire en vertu de laquelle le débiteur s'engage à s'acquitter d'une dette pour le cas où il n'exécuterait pas ou n'exécuterait qu'imparfaitement une prestation principale. »[1094]. Elle est toujours conditionnée à la violation du contrat. Il est possible de convenir qu'elle sera due pour toute violation ou la réduire à une catégorie de violation seulement[1095]. Inversement, toute peine prévue par le contrat en cas non-respect d'une obligation contractuelle est une clause pénale, on ne par exemple peut pas la qualifier de condition pour échapper à la réglementation topique (art. 18 al. 1 CO)[1096].

1097. La clause pénale joue plusieurs rôles. Elle est à la fois une garantie de la bonne exécution par le débiteur, une sanction s'il ne s'exécute pas ou mal, et elle simplifie grandement la sanction de l'inexécution, en permettant d'éviter la preuve du dommage, de la causalité et de la faute, seule la violation du contrat entrant en ligne de compte[1097].

1098. La peine prévue peut être une prestation à faire par le débiteur, en argent, en nature ou une autre obligation de faire, mais peut aussi consister en la perte d'un droit[1098].

1091 *Supra* N 1077.

1092 *Infra* N 1121.

1093 COUCHEPIN, N 602, 633, 660 ; FOËX, p. 411 ; WERRO, Peine, p. 4.
Certains auteurs voient la clause pénale exclusive comme une forme de dédit : CR CO I-MOOSER, Introduction aux articles 158-163 CO, N 6 s. ; SCHWENZER, N 71.13 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1373.

1094 COUCHEPIN, N 28.
Voir également : CHAPPUIS F., p. 66 ; BSK OR I-EHRAT, CO 160 N 1 ; ERDEM, N 12 ; FOËX, p. 410 ; SCHWENZER, N 71.01 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1365 ; WERRO, Peine, p. 3.

1095 CHAPPUIS F., p. 66 ; ERDEM, N 13 ; FISCHER, p. 59 ; ATF 135 III 433, JdT 2009 I 479, consid. 4.2.

1096 *Supra* N 238.

1097 CHAPPUIS F., p. 66 s. ; CR CO I-MOOSER, CO 160 N 2 ; SCHWENZER, N 71.02 ; WERRO, Peine, p. 3.

1098 CHAPPUIS F., p. 68 ; ERDEM, p. 76 ; CR CO I-MOOSER, CO 160 N 5 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1366 ; SCHWENZER, N 71.01 ; ATF 135 III 433, JdT 2009 I 479, consid. 3.4.
Nuancé quant aux peines autres qu'en argent : BSK OR I-EHRAT, CO 160 N 9 s.

1099. La peine conventionnelle ne dépend pas du dommage subi par le créancier (art. 161 al. 1 CO), mais une peine trop élevée par rapport au dommage subi sera réduite par le juge[1099]. Le montant est fixée par les parties (art. 163 al. 1 CO). Le montant de la peine conventionnelle doit toutefois être déterminé ou au moins déterminable[1100]. Le créancier ne peut fixer unilatéralement la peine, mais il est possible d'en laisser la fixation à un tiers, si celui-ci est objectif[1101]. Une clause pénale qui ne satisferait pas à la condition de déterminabilité n'offre pas d'autres droits au créancier par rapport à une action en dommages-intérêts classique. Celui-ci reste alors tenu de prouver les conditions de son droit et ne peut réclamer aucune indemnité en l'absence d'un dommage (art. 161 al. 1 CO *a contrario*)[1102].

1100. La liberté de fixation du montant de la peine n'est pas absolue. En effet, selon l'art. 163 al. 3 CO, « [l]e juge doit réduire les peines qu'il estime excessives ». Cette réduction est impérative et d'ordre public[1103], les parties ne peuvent donc l'exclure par convention. S'agissant d'une concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit, le jugement est seulement constatatoire, et ne crée pas une nouvelle créance pour le montant de la peine réduite[1104].

1101. Le moment déterminant pour savoir si une peine est excessive ou non est le moment de la violation du contrat, en prenant en compte toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment la durée du contrat, la gravité de la faute et la situation économique des parties[1105]. Le dommage, subi ou vraisemblable, est également un critère qui peut conduire à une réduction[1106]. Une peine conventionnelle représentant 10 % du prix est en général admissible, en tout cas dans les contrats de vente[1107]. La preuve est à la charge du débiteur qui demande la réduction[1108].

1102. La clause pénale doit être distinguée de la fixation forfaitaire du dommage. Cette dernière est définie comme le « contrat par lequel les parties arrêtent à l'avance le montant des dommages-intérêts (indemnité forfaitaire) qui pourraient être dus en cas de violation du contrat ou d'une autre règle

---

1099 COUCHEPIN, N 629 ; CHAPPUIS F., p. 67 ; FISCHER, p. 58 ; FOËX, p. 410 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1388 ; SCHWENZER, N 71.01.

1100 COUCHEPIN, N 36, 38, 462 ; ERDEM, p. 77 ; CR CO I-MOOSER, CO 163 N 1 ; ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105, consid. 2.

1101 COUCHEPIN, N 462 ; ERDEM, p. 77 ; CR CO I-MOOSER, CO 163 N 1 ; ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105, consid. 2.

1102 ATF 119 II 162, JdT 1994 I 105, consid. 2.

1103 COUCHEPIN, N 785, 788 ; FISCHER, p. 59 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1385 ; SCHWENZER, N 71.15.

1104 DE WERRA, p. 165 s. ; ATF 138 III 746, consid. 6.1.3.

1105 CR CO I-MOOSER, CO 163 N 8 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1386 ; SCHWENZER, N 71.15 ; ATF 133 III 43, JdT 2007 I 226, consid. 4.2 ; ATF 133 III 201, consid. 5.2.

1106 ATF 103 II 129, JdT 1984 I 150, consid. 4.

1107 ATF 133 III 201, consid. 5.5.

1108 CHAIX, Droit des contrats, p. 7 ; TF, 4A_237/2008, consid. 4.3.

légale »[1109]. Le créancier doit dans ce cas prouver l'existence d'un dommage, mais n'a plus besoin d'en démontrer l'étendue[1110].

1103. Enfin, relevons qu'une clause pénale se trouvant dans les conditions générales est, selon COUCHEPIN, insolite[1111]. Nous souscrivons à cet avis. En effet, la clause pénale nous paraît appartenir au domaine des stipulations devant être négociées par les parties. Elle ne sera donc pas intégrée au contrat, sauf si l'attention du cocontractant a été spécialement attirée sur cette clause[1112].

1104. Dans l'optique du contrat de recouvrement, il existe à notre avis deux clauses pénales spécifiques : la clause instituant un ou plusieurs rappels payants (1) et la clause mettant à la charge du débiteur les frais de recouvrement (2).

1) Clause pénale de rappel

1105. La seule manière de facturer des frais de rappel est de les prévoir dans un contrat. Le raisonnement que nous avons développé de l'imputation des frais de recouvrement vaut *mutatis mutandis* ici. Faire valoir ces frais de rappel sur la base d'une action en inexécution supposerait l'existence d'un dommage, dont nous rappelons qu'il est une diminution involontaire du patrimoine. Or, l'envoi d'un rappel est un acte volontaire, qui fait obstacle à la définition même du dommage – une diminution involontaire du patrimoine[1113]. Faute de dommage, aucune action en dommages-intérêts ne saurait aboutir.

1106. Alternativement, il est possible de contester la condition de causalité entre l'omission du débiteur et le coût supporté par le créancier. En envoyant un rappel, celui-ci interrompt à notre avis la causalité. Enfin, l'art. 44 CO permet de supprimer l'indemnité si le préjudice est causé ou augmenté par le lésé, ou de la réduire s'il y participe dans une mesure insuffisante pour lui justifier une suppression complète[1114].

1107. De même, il n'est pas possible, sauf à violer les règles de calcul du dommage et les règles de preuve d'admettre un montant forfaitaire pour ces frais. Se poserait encore la question de la détermination de ce montant, qui ne résulte pas du contrat dans notre hypothèse[1115].

1109 COUCHEPIN, N 1023.
Voir également : CHAPPUIS F., p. 67 ; ERDEM, N 45 ; BSK OR I-EHRAT, CO 160 N 12.

1110 CHAPPUIS F., p. 67 ; ERDEM, N 45.

1111 COUCHEPIN, N 456.

1112 MARCHAND, Consommation, p. 144 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 882 ; ATF 135 III 225, JdT 2009 I 475, consid. 1.3.

1113 *Supra* N 1065.

1114 *Supra* N 1089.

1115 Pour les montants fixés par le contrat de base : *supra* N 1099 ; *infra* N 1118 ss.

1108. L'envoi de rappels est une pratique qui paraît bien installée dans le paysage commercial suisse. On ne saurait cependant la qualifier de coutume au sens de l'art. 1 al. 2 CC. Cet article dispose qu'« [à] défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier […] ».

1109. Pour être reconnue juridiquement et pouvoir combler une lacune du droit, une coutume doit répondre à deux critères : l'*opinio iuris*, soit le fait d'être reconnue par le justiciable comme une règle de droit, et la *consuetudo*, qui est l'usage fait pendant une longue période de cette règle[1116]. Même si ces conditions pourraient être remplies dans le cadre des frais de rappel, ils ne sauraient s'insérer dans une lacune de la loi, vu la réglementation extensive de la demeure et de l'exécution forcée.

1110. Dans les relations avec des entités de droit public ou travaillant sur la base du droit public, les frais de rappel doivent résulter d'une base légale – par exemple l'art. 62 ORTV en droit fédéral ou l'art. 11 al. 3 RDROCPMC/GE en droit cantonal. Faute de base légale, ces frais ne sont pas dus[1117]. Ainsi, on ne saurait pas non plus dire que les frais de rappel constituent un principe général du droit.

1111. Une clause mettant les frais de rappel à la charge du débiteur revient à lui faire payer une peine si celui-ci tarde à s'exécuter. Il faut donc l'analyser comme une clause pénale. À nouveau, une approche qualifiant le rappel de « prestation », d'« obligation conditionnelle » ou toute autre terme visant à contourner la réglementation de la clause pénale ne saurait être admis, vu la règle d'interprétation de l'art. 18 CO[1118].

1112. Une fixation forfaitaire du dommage, même si elle est admise en droit suisse, ne nous paraît ici pas judicieuse, car – nous l'avons vu[1119] – l'envoi d'un rappel en crée pas un dommage au sens juridique, peu importe en cela que le rappel soit prévu contractuellement ou non. Une clause de fixation forfaitaire du dommage serait donc au mieux inutile.

1113. Nous pouvons imaginer dans ce cas deux catégories de clauses pénales. La première est une clause pénale cumulative « traditionnelle » qui vise à s'assurer que le débiteur s'exécutera à temps. Cette clause a donc un caractère répressif. Elle n'appartient pas directement à notre problématique, nous ne nous étendrons donc pas dessus.

1114. La seconde est une clause pénale visant spécifiquement le rappel. Le but de cette clause est ici l'indemnisation du créancier pour ses frais. La clause

---

1116 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, CC 1, N 418 ss ; BSK ZGB I-HONSELL, CC 1 N 20 ; STEINAUER, Titre préliminaire, N 99, 395 s. ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N 5.19, 5.21.

1117 AEBI, p. 36.

1118 *Supra* N 1096.

1119 *Supra* N 1105.

pénale est par nature conditionnelle[1120], vu qu'elle dépend de l'exécution de son obligation par le débiteur. Mais dans notre cas, le créancier ne peut demander le paiement de la peine que s'il procède à l'envoi du rappel. Il s'agit donc d'une seconde condition, potestative. À notre avis, cela ne change rien à la nature de cette peine et aux moyens de la faire valoir, vu que même dans le cas général, le créancier doit faire valoir ses prétentions, soit directement auprès du débiteur, soit au cours d'une procédure judiciaire ou d'exécution forcée.

1115. La nécessité d'un rappel est difficile à prouver, il est donc préférable d'éviter les formulations telles que :

« Chaque fois que le créancier devra envoyer un rappel […] »

1116. Il peut également être utile de réserver au créancier le droit d'agir en justice sans avoir à envoyer un ou plusieurs rappels préalables. L'interprétation de la clause pouvant laisser croire que le créancier est obligé d'envoyer des rappels avant de procéder par les voies légales. De même, il est inutile de prévoir par contrat trois rappels ou plus. Cela reviendrait pratiquement à laisser croire au débiteur qu'il peut attendre le dernier pour s'exécuter, ce que l'institution du rappel vise précisément à éviter.

1117. La clause de rappel pourrait être libellée de la manière suivante :

[1]« Si le paiement n'est pas effectué à l'échéance, le créancier sera en droit d'envoyer un rappel. Celui-ci sera facturé CHF X.– ».

[2]« Si le paiement n'est pas effectué une semaine après ce premier rappel, le créancier sera en droit d'envoyer un second rappel, au même tarif. »

[3]« Ces rappels ne portent pas atteinte au droit du créancier d'agir en justice ou par les voies de l'exécution forcée dès l'échéance »

1118. Même une clause bien rédigée ne permet pas de résoudre tous les problèmes. En effet, l'absence de dommage n'exclut pas la possibilité d'une clause pénale, mais limite fortement le montant qui peut être fixé conventionnellement[1121]. Le moment déterminant pour estimer la proportion entre le dommage et la peine est celui de la violation du contrat. Or, il n'y a précisément aucun dommage à ce moment-là. Comme nous l'avons déjà écrit, une créance représente dans le patrimoine d'une personne la même valeur que l'actif correspondant[1122]. De même, aucun dommage futur n'est envisageable du fait de l'envoi d'un ou plusieurs rappels.

1119. Sauf à décompter précisément le coût du papier, de l'enveloppe et de l'encre ou calculer l'amortissement de l'imprimante, une lettre ne coûte guère plus que le timbre. Aussi, une peine de quelques francs nous paraît

1120 *Supra* N 1096.

1121 *Supra* N 1099 ss.

1122 *Supra* N 1037.

généralement acceptable. On peut envisager d'augmenter ce montant si la clause prévoit que l'envoi se fera en recommandé ou si le débiteur et le créancier ont leur domicile – respectivement leur siège – dans des pays différents, vu l'augmentation inévitable des coûts postaux. Quant aux autres moyens de contact, le courrier électronique ne coûte rien en soi, les abonnements pour un appel téléphonique ou l'envoi de SMS prévoient un coût par opération dérisoire sinon nul.

1120. En conclusion, il est possible de prévoir contractuellement la facturation de frais de rappel, mais les montants sont limités, vu le faible coût de l'opération. Une clause pénale plus générale en cas de retard dans l'exécution offre une plus grande liberté aux cocontractants, un montant de 10 % de la créance étant généralement admissible.

2) Clause pénale de recouvrement

1121. Comme en matière de frais de rappel, mettre à la charge du débiteur les frais de recouvrement par le biais d'une clause contractuelle revient à stipuler une clause pénale. Pour les mêmes raisons que celles évoquées précédemment, une fixation forfaitaire du dommage serait inutile.

1122. La première possibilité consiste à prévoir un montant fixe à titre de frais de recouvrement.

> *« En cas de retard dans le paiement, le débiteur devra CHF X.– à titre de frais de recouvrement ».*

1123. Si elle a le mérite de la clarté et de la simplicité, cette méthode risque de ne pas être en adéquation avec le montant effectif que le créancier devra payer au titre du contrat de recouvrement. Elle n'offre pas d'avantage particulier au créancier par rapport à une clause pénale cumulative classique en cas de retard. La mention des frais de recouvrement est donc au mieux inutile.

1124. Une autre forme de clause met à la charge du débiteur l'entier des frais de recouvrement :

> *« En cas de retard, tous les frais de recouvrement sont à la charge du débiteur »*

1125. Pareille clause ne serait pas valable, car elle n'est pas conforme au principe de déterminabilité de la clause pénale. Vu que le montant des frais engendrés par le recouvrement résulte d'un accord de volonté entre le créancier et le recouvreur – dont l'intérêt est d'obtenir la rémunération la plus élevée possible – on ne saurait dire qu'elle est fixée objectivement[1123].

1126. Une possibilité dans ce cas est la fixation à l'avance, par un accord entre le créancier et le recouvreur, du salaire de ce dernier. Le montant en

[1123] *Supra* N 1099.

question pourra alors être inclus dans le contrat entre le créancier et le débiteur à titre de peine conventionnelle. Dans des conditions générales, cette clause est à notre avis insolite. D'une part, il s'agira toujours d'une clause pénale, d'autre part, on se rapproche ici d'une clause d'arbitrage – généralement insolite[1124] – dès lors que l'on fait intervenir un tiers à la relation.

1127. Si le coût du recouvrement venait à dépasser la peine effectivement convenue, le créancier ne pourra pas se faire indemniser de la différence par le débiteur, sauf à prouver toutes les conditions de sa prétention, comme pour toute clause pénale.

1128. Une réévaluation postérieure de ce montant devra être approuvée par le débiteur, faute de quoi il serait trop aisé de contourner la réglementation sur la déterminabilité de la clause pénale. Une indexation, fixe ou par rapport à un standard objectif tel que l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation, nous paraît en revanche acceptable.

1129. À nouveau, nous rappelons la nécessité d'une certaine proportion entre le montant de la peine conventionnelle et les frais de recouvrement effectivement encourus. Cela est d'autant plus difficile que la procédure de poursuite pour dettes ou de faillite met déjà tous les frais à la charge du débiteur.

1130. De plus, au moment de l'inexécution, aucun dommage n'est subi, vu que la créance reste due[1125]. Or, le moment déterminant pour évaluer la clause pénale est précisément le moment du contrat[1126]. On retrouve la même problématique qu'en matière de frais de rappel.

1131. En conclusion, on peut s'interroger sur l'utilité même de prévoir une clause pénale spécifique liée au cas du recouvrement. Une clause pénale générale pour inexécution remplit la même fonction, sans prêter le flanc à la réduction en raison de l'inadéquation entre les coûts effectivement encourus et la peine. Seule la clause générale transférant au débiteur la charge des frais est en théorie plus intéressante, mais elle n'est pas admissible en droit suisse.

§ II. Sort des frais

1132. Dans la règle, en vertu de l'art. 400 al. 1 CO, les frais dont le recouvreur a obtenu le paiement doivent être rétrocédés au créancier. Il s'agit en effet d'une prestation reçue dans le cadre de l'exécution du contrat – qui incorpore un élément de mandat[1127].

1124 TERCIER/PICHONNAZ, N 883.

1125 *Supra* N 1037.

1126 *Supra* N 1101.

1127 *Supra* N 608.

1133. Les contrats de recouvrement peuvent prévoir une clause laissant au recouvreur les frais excédant la créance que celui-ci a pu recouvrer. On ne peut que s'étonner de la présence d'une telle clause, sachant que les frais qu'il est possible de recouvrer font partie de la créance, soit car ils indemnisent le dommage subi, soir car ils résultent d'une clause pénale. En effet, tant les intérêts que les peines conventionnelles sont des accessoires de la créance et en suivent le sort[1128]. Il est alors difficile de déterminer ce à quoi le recouvreur a droit.

1134. Ces clauses présenteraient un certain intérêt si le recouvreur pouvait facturer librement ses propres frais au débiteur. Or, nous l'avons vu, cela est impossible en droit suisse. Cette clause est d'autant plus dérangeante qu'elle permettrait au recouvreur d'accroître son bénéfice au préjudice du débiteur, et en s'affranchissant du contrôle du créancier.

1135. Dans l'hypothèse où cette clause aurait une utilité propre, se pose encore la question de sa validité. En effet, le mandat étant un service rendu à un tiers, il ne doit ni enrichir ni appauvrir le mandataire[1129]. Une clause lui permettant d'obtenir plus que son salaire doit donc être examinée avec prudence.

1136. Dans l'ATF 132 III 460, la rétrocession au gérant de fortune d'une partie de la commission versée par le client à sa banque a été soumise à l'obligation de restitution de l'art. 400 al. 1 CO. Ainsi, si le mandataire obtient un avantage dans l'accomplissement du mandat, tel qu'une rémunération supplémentaire, il doit le rendre à son mandant – si la prestation est intrinsèquement liée à l'exécution du mandat[1130]. Cette règle a été confirmée par deux autres arrêts, publiés aux ATF 137 III 393 et ATF 138 III 755.

1137. Dans le cadre du contrat de gérant de fortune, la restitution des gains provenant des rétrocessions a un caractère accessoire par rapport à l'obligation de gestion, il est donc possible d'y renoncer[1131]. Le mandant doit toutefois connaître précisément le montant auquel il renonce pour qu'une clause abandonnant ces gains au gérant soit valable[1132].

1128 Pour la clause pénale : *supra* N 1096.

Pour les intérêts : *supra* N 345.

1129 CR CO I-WERRO, CO 400 N 12.

1130 HUGUENIN, N 3277 ; MÜLLER/MADER, p. 163 ; ATF 132 III 460, JdT 2008 I 58, consid. 4.1 ; ATF 137 III 393, JdT 2012 II 168, consid. 2.1.

1131 MÜLLER, Contrats, N 2013 ; ATF 132 III 460, JdT 2008 I 58, consid. 4.2 ; ATF 137 III 393, JdT 2012 II 168, consid. 2.2.

Plus généralement sur le mandat : HUGUENIN, N 3277 ; CR CO I-WERRO, CO 400 N 16a.

1132 GALLIANO/MOLO, p. 1769 ; HUGUENIN, N 3277 ; LOMBARDINI, Droit bancaire, p. 806 ; MÜLLER, Contrats, N 2013 ; TERCIER/FAVRE, N 5171 ; CR CO I-WERRO, CO 400 N 16a ; ATF 132 III 460, JdT 2008 I 58, consid. 4.3 ; ATF 137 III 393, JdT 2012 II 168, consid. 2.2.

1138. La fonction des intérêts et de la peine conventionnelle est d'indemniser le créancier pour le coût du retard de paiement. En admettant que le salaire du recouvreur fasse partie de ces coûts, on se trouverait dans la situation paradoxale où le recouvreur peut à la fois obtenir son salaire et le montant prévu pour indemniser le créancier. Le recouvreur obtiendrait donc en théorie deux fois sa rémunération, tandis que le créancier ne tirerait aucun bénéfice des normes ou des stipulations faites pour le protéger. Nous sommes donc d'avis qu'une clause permettant au recouvreur de conserver les accessoires de la créance en plus de son salaire n'est admissible que si le créancier s'est engagé en pleine connaissance de cause.

1139. Pour d'éventuels autres frais facturés par le recouvreur, la règle dégagée par le Tribunal fédéral en matière de rétrocession devrait pouvoir s'appliquer sans modification substantielle. Le créancier pourrait alors valablement renoncer à récupérer ces montants, s'il a été clairement informé du montant probable de ceux-ci. Mais il nous faut encore rappeler que des frais imputés au débiteur sans que ceux-ci ne résultent du rapport de base n'existent pas à notre connaissance en droit suisse actuel.

1140. Dans l'hypothèse où les frais de recouvrement récupérés ne seraient pas fondés en droit, et que le débiteur en réclame la restitution, les règles de l'enrichissement illégitime trouveront à s'appliquer. La question de l'attribution au créancier ou au recouvreur suivra les mêmes principes, mais celui qui reçoit le montant s'expose à devoir le restituer[1133].

Section III : Éléments de comparaison

§ I. Comparaison avec le droit des poursuites

1141. Il nous reste encore à examiner le régime applicable en matière de poursuite qui offre une base intéressante de comparaison, même s'il n'est pas directement applicable en matière de recouvrement.

1142. L'art. 27 LP traite selon sa note marginale de la représentation professionnelle en matière de poursuites. Il dispose notamment à son alinéa 3, 2e phrase : « [l]es frais de représentation ne peuvent être mis à la charge du débiteur. ». Lesdits frais sont ceux qui résultent du contrat passé entre le créancier et son représentant[1134].

1143. La représentation professionnelle en matière de poursuite est un domaine réglé par les cantons (art. 27 al. 1 LP). Il n'est pas impossible qu'un

[1133] *Infra* N 1381.

[1134] LORANDI, LP 27 N 29 ss ; BSK SchKG I-ROTH/WALTHER, LP 27 N 14 ; SPÜHLER, N 250.

recouvreur, en plus de son activité typique, représente un créancier dans une procédure de poursuite. Cela sort toutefois du cadre de notre thèse.

1144. L'article 68 al. 1, 1ère et 2e phr. LP dispose quant à lui : « [l]es frais de la poursuite sont à la charge du débiteur. Le créancier en fait l'avance. ». Ces frais sont les émoluments fixés par l'État[1135] – *in casu* le Conseil fédéral – dans l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP)[1136]. Ils n'ont pas un caractère punitif, mais représentent une participation aux coûts de fonctionnement de l'administration, pour les opérations effectivement exécutées[1137]. Cette ordonnance règle de façon exhaustive les frais à la charge du débiteur[1138].

1145. Il convient ici de noter que ces frais ne sont supportés par le débiteur qu'en cas de succès de la procédure. Si la poursuite est mal fondée ou si un délai n'est pas respecté, le créancier ne peut en demander le remboursement. Il faut en effet que le débiteur soit la cause des frais engendrés[1139].

1146. Il y a donc une distinction à faire selon la source des frais. Les premiers ont un caractère privé, ils font suite à un contrat entre le créancier et un tiers à la procédure. Le créancier n'est jamais obligé de recourir à un professionnel en matière d'exécution forcée (art. 27 al. 3, 1ère phr. LP)[1140]. S'il choisit, par confort ou pour se prémunir des écueils de l'exécution forcée, il en supporte le coût[1141]. Le but avoué du législateur est de protéger le débiteur – mais également le créancier – contre les « agents de poursuite », dont les honoraires pouvaient s'avérer prohibitifs[1142].

1147. La seconde catégorie représente des frais obligatoires. Il n'est pas possible pour le créancier d'y échapper s'il souhaite mener la procédure à son terme. Vu que le droit des poursuites est le garant de l'application du droit matériel, le législateur a décidé – à raison – de les reporter sur le débiteur. Le système inverse risquerait d'aboutir à un renoncement à l'exécution par le créancier et nuirait à la sécurité juridique.

1148. La même distinction doit être faite en matière de recouvrement. Le créancier procède en principe lui-même à la relance de ses débiteurs, et les

---

1135 BSK SchKG I-EMMEL, LP 68 N 2 s. ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 68 N 8 ; PETER, p. 281 ; SPÜHLER, N 245.

1136 RS 281.35.

1137 GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 68 N 8 ; SPÜHLER, N 244 ; BlSchK 2014 30, consid. 2.

1138 SPÜHLER, N 245.

1139 BSK SchKG I-EMMEL, LP 68 N 18 ; PETER, p. 280 ; SPÜHLER, N 247.

1140 STOFFEL/CHABLOZ, § 3 N 11.

1141 LORANDI, LP 27 N 29 ss ; BSK SchKG I-ROTH/WALTHER, LP 27 N 14 ; SPÜHLER, N 250 ; STOFFEL/CHABLOZ, § 3 N 13.

1142 FF 1887 I 616, 618 ; GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 27 N 6.

intérêts moratoires servent à couvrir ces frais[1143]. Dans certains cas, il subit un dommage supplémentaire – du fait du retard ou des démarches qu'il entreprend – qui ouvre la possibilité d'une indemnisation. En revanche, la délégation de cette tâche à un tiers est un choix du créancier, dont il doit assumer les coûts. On constate donc que la solution qui découle de notre analyse est conforme aux principes édictés par le législateur dans un domaine proche.

1149. Il est frappant de constater que 125 ans après le Rapport de la commission du Conseil national dénonçant les pratiques des « agents de poursuite », la même problématique ressurgisse, cette fois en amont ou en parallèle de la procédure de poursuite. Certes, selon l'analyse que nous venons de faire, ces frais n'ont pas à être mis à la charge du débiteur, mais une clarification législative en la matière serait utile.

1150. La problématique des frais facturés par les recouvreurs ne se limite pas à la Suisse. Certains pays ont adoptés une réglementation les concernant, allant jusqu'à l'interdiction de certains types de frais.

§ II. Directive 2011/7/UE

1151. La Directive 2011/7/UE a été adoptée le 16 février 2011. Selon son titre, elle vise à « lutte[r] contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ». Il s'agit donc d'une mesure de protection des créanciers. Les États membres devaient la mettre en œuvre avant le 16 mars 2013[1144].

1152. Son champ d'application est limité aux transactions entre entreprises ou avec les pouvoirs publics. Elle ne touche notamment pas les consommateurs[1145]. Cette Directive ne concerne pas que le recouvrement, mais également les délais de paiement conventionnels – en fixant un délai maximal de 60 jours[1146] – ou les clauses de réserve de propriété[1147].

1153. En cas de retard de paiement, le débiteur est sanctionné par une peine fixée à EUR 40.— et doit un intérêt moratoire dont le taux est fixé par rapport au taux d'intérêt directeur de la Banque Centrale Européenne, après une majoration de huit points de pourcentage[1148].

1154. La Directive inclut une « indemnité raisonnable » comprenant les frais de recouvrement engendrés par le recours à « un avocat ou une société

1143 Sur la fonction de l'intérêt moratoire : *supra* N 1039.

1144 Art. 12 Directive 2011/7/UE.

1145 Art. 1 ch. 2, art. 2 ch. 1 Directive 2011/7/UE.

1146 Art. 3 ch. 5 Directive 2011/7/UE.

1147 Art. 9 ch. 1 Directive 2011/7/UE.

1148 Art. 2 ch. 6, art. 4 Directive 2011/7/UE.

de recouvrement de créances »[1149]. Les caractéristiques, l'étendue et le mode de calcul ne sont pas précisés.

1155. Pareil système serait-il souhaitable en Suisse ? Il nous faut nuancer notre réponse. L'instauration d'un taux d'intérêt moratoire variable, qui suit les évolutions des taux de crédit est une solution bien plus simple que l'exigence de preuve de l'art. 106 al. 1 CO. En collant à la réalité économique, le taux variable permet de parer plus facilement aux risques de perte du créancier et d'enrichissement du débiteur, tant dans l'hypothèse de la perte d'intérêts que dans celle du coût de crédit[1150]. Ce concept, s'il est accepté, n'a pas à être limité aux entreprises, mais pourrait être étendu à l'ensemble des transactions, comme l'art. 104 al. 1 CO actuel.

1156. La quotité de la majoration – huit points dans l'Union Européenne – pourrait être ramenée à cinq points en Suisse, pour assurer une forme de continuité avec le système actuel de l'intérêt moratoire. Il s'agit d'une question fondamentalement politique, d'un équilibre à trouver entre indemnité et sanction.

1157. On notera encore que les montants versés à titre de « satisfaction équitable » en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 42 CEDH) portent intérêt au « taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant [la] période [entre le jugement et le versement], augmenté de trois points de pourcentage »[1151]. Le système que nous proposons est déjà appliqué en Suisse, dans des affaires très spécifiques.

1158. La peine fixe d'EUR 40.— nous paraît en revanche être une mauvaise idée. Sur le plan théorique, cela ne correspond pas à la conception des dommages-intérêts, qui visent à réparer une perte effectivement subie. Quant à instaurer une clause pénale automatique, cela revient à abandonner l'idée d'une peine véritablement « conventionnelle ». Sur le plan pratique, on ne peut que s'interroger sur la pertinence d'un montant fixe. Ces EUR 40.— paraissent démesurés pour une créance de faible montant, mais dérisoires pour des prestations plus importantes. Par rapport aux intérêts moratoires, cette peine présente la double faiblesse de n'être corrélée ni au montant de la créance, ni à la durée du retard de paiement.

1159. Nous avons démontré plus tôt que le recours à un tiers – qu'il soit avocat ou recouvreur – est une décision du créancier dont le débiteur n'a pas à répondre. Instaurer un principe comparable à celui de l'art. 6 ch. 3 Directive

---

[1149] Art. 6 ch. 3 Directive 2011/7/UE.

[1150] Du même avis : CR CO I-THÉVENOZ, CO 104 N 20 s.

[1151] Voir par exemple : ACEDH Howald Moor et autres c. Suisse, du 11 mars 2014, requêtes N[os] 52067/10 et 41072/11, ch. 5b du dispositif.

n'est à notre avis pas souhaitable. Au-delà des notions théoriques de dommage et de causalité, vouloir contourner la justice pour obtenir l'exécution d'une créance est en somme une marque de défiance envers les institutions, qu'un législateur ne devrait pas cautionner.

1160. Enfin, le terme même d'« indemnité raisonnable » n'a, à notre sens, pas sa place dans un texte législatif. Si l'on peut comprendre la volonté de respecter les particularités nationales et laisser à chaque État Membre la possibilité d'instaurer ses propres règles d'application – ce qui est paradoxal dans une directive visant à unifier le droit en la matière – cela revient à inclure dans le texte lui-même les incertitudes et les risques d'abus qu'il cherchait à éviter.

1161. Le problème ici est la lenteur, la complexité et le coût des procédures judiciaires, dont nous ne pouvons prétendre détenir la solution. Le législateur devrait avoir le courage de s'atteler à ce difficile sujet, plutôt que de laisser créanciers et débiteurs se débrouiller eux-mêmes.

Synthèse

1162. En résumé, il est possible – à supposer que les conditions de la demeure et de l'intégration au contrat de base soient remplies – de réclamer les montants suivants au débiteur pour son retard :

- En tout cas, l'intérêt moratoire, à 5 % l'an ou au taux spécial prévu par l'art. 104 al. 2 ou 3 CO ;
- Dans les cas retenus par la doctrine et la jurisprudence, les pertes de placement, les coûts de refinancement et les pertes de change, pour la part qui dépasse l'intérêt moratoire ;
- Les frais strictement nécessaires pour retrouver le débiteur, tels que des frais de recherche d'adresse, sans majoration par rapport à l'émolument administratif et pour la part qui dépasse l'intérêt moratoire ;
- Les peines conventionnelles pour l'envoi de rappels, si elles sont clairement stipulées et dans la mesure où elles sont proportionnées ;
- Les peines conventionnelles pour l'indemnisation du recouvrement, si elles prévoient un montant fixe ou déterminable sans référence au contrat conclu *ex post* entre le créancier et le recouvreur, et dans la mesure où elles sont proportionnées ;

1163. Ne sont en revanche pas indemnisables :

- Le dommage éventuel relatif à une perte de chance ;
- Les frais de rappel qui n'ont pas été stipulés ou qui sont excessifs ;
- Le salaire du recouvreur ;
- Les impenses du recouvreur pour ses démarches ;
- Les frais administratifs, sauf les cas que nous mentionnions ;
- Toute forme de frais punitifs, hors clause pénale.

1164. Nous avons déjà traité des Directives VSI et du tableau des dommages moratoires, pour arriver à la conclusion que ces documents n'avaient aucune valeur juridique hors du cadre de cette association, et à la condition d'avoir été intégrés dans le contrat[1152]. Ils ne peuvent donc pas servir à fonder une prétention de quelque type que ce soit vis-à-vis du débiteur. De plus, le tarif est dans bon nombre de cas bien supérieur au montant qui serait qualifié d'acceptable pour une peine conventionnelle. Par exemple, pour un montant de CHF 200.—, les dommages-intérêts moratoires recommandés se situent entre CHF 44.— et CHF 145.—, soit entre 22 % et 72,5 % du montant de la créance.

[1152] *Supra* N 366 ss.

Ce n'est que pour les montants supérieurs à CHF 3 000.—, que les frais suggérés s'approchent de la limite générale de 10 % – entre 9,5 % et 12,8 % à ce niveau[1153]. Mais ces montants sont alors suffisamment élevés pour justifier une action devant les tribunaux.

1165. La possibilité de réclamer l'indemnisation d'un dommage supplémentaire causé par l'intervention du recouvreur se base sur des principes juridiques valables, mais impossibles à appliquer dans ce cas particulier. Les conditions posées – nécessité et proportionnalité – ne pouvant pas être remplies par le recouvreur. Le système d'exécution basé sur la poursuite – ouverte à tout créancier sans jugement préalable – fait que le recouvrement est une mesure de confort, qui ne saurait donc remplir le critère de nécessité. Quant à la deuxième condition, vu que le dommage est nul, aucun montant de frais ne saurait y être proportionné.

1166. Enfin, les frais récupérés à bon droit appartiennent en principe au créancier, qui peut en demander la restitution sur la base de l'article 400 CO, sauf stipulation contraire – celle-ci doit toutefois revêtir un caractère qualifié. Les frais indus qui auraient par hypothèse été payés peuvent, eux, être récupérés sur la base de l'action en enrichissement illégitime. La condition de l'erreur n'a pas nécessairement à être donnée, la contrainte exercée par le recouvreur peut suffire.

[1153] http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verzugsschadentabelle-fr.html.

« Parce que les hommes sont méchants, la loi est obligée de les supposer meilleurs qu'ils ne sont. »

Charles-Louis DE SECONDAT, BARON DE LA BRÈDE ET BARON DE MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre VI, Chapitre XVII.

Chapitre 12 : Limites de droit pénal

1167. L'excès dans le processus de recouvrement risque de se heurter aux limites du droit pénal. Toutefois, il ne s'agit pas uniquement de protéger la position du débiteur dans le recouvrement. D'autres intérêts peuvent entrer en jeu, que nous détaillerons dans notre analyse des infractions potentielles (Section I).

1168. Vu que le recouvrement met aux prises au moins trois parties, et que l'emploi de travailleurs ou d'auxiliaires ne peut être exclu, il nous faudra également nous arrêter sur les différentes formes de participation aux infractions et leur punissabilité (Section II).

Section I : Infractions

1169. Il est évidemment difficile d'envisager tous les scénarios possibles dans une situation de recouvrement, mais plusieurs cas typiques nous semblent se détacher.

1170. La première est un excès du recouvreur dans ses démarches. Compte tenu du fait que la rémunération du recouvreur dépend directement de sa capacité de persuasion, on ne peut écarter le risque que celui-ci emploie des méthodes qui portent une atteinte grave au patrimoine, à la liberté ou à la personnalité du débiteur (§ I.).

1171. Le créancier peut également se rendre coupable d'une infraction s'il viole une obligation de secret protégée par le droit pénal (§ II.).

1172. Ces méthodes excessives peuvent également avoir un impact sur le marché, soit en pénalisant le débiteur, soit en permettant au recouvreur indélicat d'obtenir un avantage indu par rapport à ses concurrents (§ III.).

1173. Enfin, le débiteur surendetté peut favoriser indûment l'un ou l'autre de ses créanciers, au détriment des autres, suite à une action de recouvrement (§ IV.).

§ I. Protection du débiteur

1174. Nous avons identifié trois types d'infractions principales dont le débiteur pourrait être victime dans une situation de recouvrement (A) : la contrainte, l'extorsion – une forme aggravée de la précédente – et enfin les atteintes à l'honneur. Nous examinerons ensuite les cas typiques qui peuvent mener à une infraction (B).

A) Infractions potentielles

1) Contrainte (181 CP)

1175. La contrainte au sens pénal est définie comme le fait de pousser la victime à adopter un comportement déterminé – que ce soit un acte ou une abstention[1154] – en utilisant un moyen de contrainte[1155], tel que la violence[1156], des menaces au sens de l'art. 180 CP[1157] ou d'autres moyens comparables[1158]. L'auteur porte atteinte à la liberté de sa victime en l'empêchant de former librement sa volonté[1159]. L'infraction est intentionnelle[1160].

1176. La peine-menace pour la contrainte est de trois ans, ce qui en fait un délit au sens de l'art. 10 al. 3 CP. Cette infraction est poursuivie d'office[1161], et se prescrit par dix ans, en vertu de l'art. 97 al. 1 let. c CP.

1154 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 33 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 49 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 12 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 4.

1155 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 2, 32 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2427, 2430 ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 2 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 4 ss ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 1 ; ATF 120 IV 17, consid. 2a.

1156 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 3 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 18 ss ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2434 ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 2 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 5 s. ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 2.

1157 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 5 s. ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 25 ss ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2445 ss ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 5 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 8 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 4 s.

L'intensité de la menace n'est toutefois pas définie de la même façon dans les deux infractions : *infra* N 1181.

1158 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 15 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 53 ss ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 7 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 11 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 7 ; ATF 129 IV 262, JdT 2005 IV 207, consid. 2.1 ; ATF 137 IV 326, JdT 2012 IV 279, consid. 3.3.1.

1159 BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 50 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2426, 2428 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 3 ; ATF 120 IV 17, consid. 2a ; ATF 137 IV 326, JdT 2012 IV 279, consid. 3.6 ; ATF 141 V 1, consid. 3.3.1.

1160 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 37 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 55 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 4 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 14.

1161 BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 60 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2487 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 15.

1177. Nous traiterons également de l'extorsion, qui combine la contrainte et un dessein d'enrichissement illégitime de l'auteur[1162]. Cette infraction est utile dans les cas où le recouvreur tenterait de profiter de la situation pour faire un profit qu'il sait indu, en proférant des menaces qui dépassent tout cadre admissible.

1178. Relevons d'entrée que le fait pour un recouvreur d'user de violence physique nous paraît à tout le moins peu crédible. Ces méthodes devraient être réservées à l'univers du cinéma. Un privé ou une société ayant pignon sur rue et travaillant au grand jour ne saurait y avoir recours et rester longtemps en activité. Même si des cas existent, ils ne sont pas le fait de personnes ayant une activité de recouvreur au sens où nous l'entendons dans cette thèse. Nous ne nous y attarderons donc pas.

1179. La menace au sens de l'art. 180 CP est absorbée par la contrainte si le but de la menace est de faire pression pour obtenir un comportement déterminé[1163]. Dans le cadre du recouvrement, le but est toujours d'obtenir une prestation de la part du débiteur. L'analyse des menaces et de la contrainte peut donc se faire en parallèle.

1180. La doctrine définit la menace comme l'action de « faire volontairement redouter à la victime la survenance d'un préjudice au sens large »[1164]. L'auteur doit faire croire à la victime qu'il a le pouvoir de faire survenir le préjudice, mais sans nécessairement être en mesure de le faire[1165]. Il peut agir directement ou transmettre la menace par l'intermédiaire d'un tiers[1166]. Une menace doit être distinguée de la simple mention d'une conséquence, juridique ou non[1167]. L'indication d'une base légale dans un courrier ne serait pas suffisante – par exemple la mention de l'art. 271 al. 1 CP, en cas de non-paiement d'une pension alimentaire.

1181. Les menaces doivent être graves, c'est-à-dire être objectivement de nature à alarmer la victime. Une personne raisonnable placée dans la même situation verrait aussi sa capacité de former sa volonté altérée par les actes de

---

1162 *Infra* N 1188.

1163 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 2, 21, CP 181 N 45 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 68 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 75 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 18.

1164 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 3.

Voir également : BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 25 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2446 s. ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 75 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 4.

On en trouve une définition comparable en jurisprudence : ATF 120 IV 17, consid. 2a aa.

1165 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 3 s. ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2446 ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 5 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 4.

1166 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 5.

1167 BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 29 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2446 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 4.

l'auteur[1168]. Il convient de noter que ces menaces sont appréciées de manière moins stricte pour la contrainte que pour la menace au sens de l'art. 180 CP[1169]. Le fait que la victime puisse se défendre à l'aide d'une procédure judiciaire ne change rien à la qualification de l'infraction[1170].

1182. Une distinction doit être faite entre la contrainte consommée et la tentative de contrainte. L'acte entrepris par l'auteur doit effrayer la victime. À défaut, seule la tentative sera retenue[1171]. Il en sera de même si, objectivement, la menace n'est pas suffisamment grave. On ne retiendra également que la tentative si l'auteur ne parvient pas à obtenir de la victime le comportement voulu[1172]. La peine ne changera que peu, la tentative n'est qu'un motif facultatif de réduction de la peine (art. 22 CP)[1173].

1183. Si le préjudice dont la victime est menacée ou le but visé par l'auteur est illicite, on retiendra systématiquement l'illicéité[1174]. CORBOZ inclut – à raison – dans cette définition la demande d'une prestation à laquelle l'auteur n'a pas droit ou pour plus que ce à quoi il a droit[1175]. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER indiquent également qu'empêcher la victime de faire valoir ses droits peut tomber sous le coup de la contrainte[1176].

1184. En revanche, si le préjudice et la prétention sont licites, on ne peut pas admettre sans autres l'absence de contrainte, il faut également juger de la

---

1168 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 6, CP 181 N 11 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 34 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2455 s. ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 6 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 9 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 5 ; ATF 101 IV 47, JdT 1976 IV 141, consid. 2 ; ATF 122 IV 324, JdT 1998 IV 109, consid. 1.

1169 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 10 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 26, 73 ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 5 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 4 ; ATF 141 V 1, consid. 3.2.3.

1170 ATF 122 IV 324, JdT 1998 IV 109, consid. 1.

1171 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 12 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 78.

1172 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 41 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 66 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2485 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 9 ; ATF 129 IV 262, JdT 2005 IV 207, consid. 2.7.

1173 CR CP I-HURTADO POZO, CP 22 N 64 ss ; StGB PK-TRECHSEL/GETH, CP 22 N 4.

1174 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 21 ss ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 57 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2482 s. ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 11 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 16 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 10 s. ; ATF 101 IV 47, JdT 1976 IV 141, consid. 2 ; ATF 115 IV 207, JdT 1991 IV 75, consid. 2c ; ATF 120 IV 17, consid. 2a bb ; ATF 122 IV 324, JdT 1998 IV 109, consid. 2a.

1175 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 23 s.

On retrouve cette même idée pour la crainte fondée, que l'on peut voir comme le pendant civil de la contrainte ou de l'extorsion : ATF 125 III 353, SJ 2000 I 161, consid. 2.

1176 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 16.

Voir également : ATF 101 IV 42, consid. B.

proportionnalité entre le moyen et le but, et voir si la combinaison des deux n'est pas illicite ou contraire aux mœurs[1177].

1185. Dans le cadre du recouvrement privé de créances, la menace simple ne nous semble pas pertinente, car le recouvreur n'utilise l'intimidation que comme un moyen de susciter le paiement, et non comme une fin en soi. Toutefois, le risque d'une dénonciation pour contrainte ou tentative de contrainte est bien réel. En effet, l'appréciation moins stricte des menaces est de nature à favoriser la réalisation de cette infraction. TRECHSEL/FINGERHUTH mentionnent d'ailleurs que des mesures trop incisives en matière de traitement des débiteurs relèvent de la contrainte[1178].

1186. Le créancier doit également se méfier des actions entreprises par le recouvreur. Il risque d'être considéré comme un auteur direct de la menace – le recouvreur n'étant alors qu'un intermédiaire – ou comme un instigateur[1179].

1187. Cependant, il faut songer que le paiement doit de toute façon être effectué – dans l'hypothèse où le paiement est effectivement dû. Cela n'est pas sans rappeler l'exigence de lien psychologique entre l'action du recouvreur et le paiement fait par le créancier[1180]. L'action psychologique du recouvreur qui dépasse les limites fixées par le droit pénal est simultanément un acte de contrainte, vu qu'elle détermine le paiement du débiteur.

2) Extorsion et chantage (art. 156 CP)

1188. Selon l'art. 156 ch. 1 CP : « celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura déterminé une personne à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers, en usant de violence ou en la menaçant d'un dommage sérieux, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

1189. La notion de menace d'un dommage sérieux est la même que celle de la contrainte[1181]. L'auteur doit donc entraver la liberté de décision de la victime en faisant valoir qu'une action ou omission de sa part entraînerait une conséquence défavorable, dépendante de la volonté de l'auteur. Que ladite

---

1177 CORBOZ, Infractions, CP 180 N 11, CP 181 N 21 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 56 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2484 ; MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 13 s. ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 16 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 12 s. ; ATF 101 IV 47, JdT 1976 IV 141, consid. 2 ; ATF 115 IV 207, JdT 1991 IV 75, consid. 2c ; ATF 122 IV 324, JdT 1998 IV 109, consid. 2a ; ATF 137 IV 326, JdT 2012 IV 279, consid. 3.3.1.

1178 En allemand : « […] mit aussergewöhnlich drastischen Methoden der Schuldeneintreibung » : StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 11.

1179 *Infra* N 1260 ss.

1180 *Supra* N 511 ss.

1181 FF 1991 II 933, p. 1014 ; CORBOZ, Infractions, CP 156 N 10 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1423 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 17 N 4 ; StGB PK-TRECHSEL/CRAMERI, CP 156 N 3 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 10.

conséquence soit réalisable ou effectivement voulue par l'auteur n'a pas d'impact, tout comme sa survenance effective si la victime persiste[1182].

1190. La menace doit déterminer la victime à un acte de disposition, qui lui cause un désavantage patrimonial[1183]. La victime doit se dessaisir elle-même de son patrimoine, ce qui distingue l'extorsion du brigandage (art. 140 CP)[1184]. L'infraction est réalisée dès que le dommage patrimonial est effectif. À défaut, on ne retiendra qu'une tentative[1185].

1191. Concernant les éléments constitutifs subjectifs, il s'agit d'une infraction intentionnelle, le dol éventuel suffit[1186]. Un dol spécial de l'auteur, le dessein d'enrichissement illégitime, pour soi ou pour un tiers est également nécessaire[1187]. Si l'auteur, dans sa représentation de la situation factuelle, pensait avoir une prétention juridiquement fondée à obtenir le montant en cause, l'infraction d'extorsion n'est pas réalisée. On se trouve alors dans un cas de contrainte[1188].

1192. Ces éléments supplémentaires font de l'extorsion une infraction plus grave que la contrainte. Cela se concrétise dans la peine-menace, qui est de cinq ans au lieu de trois. Cette peine-menace étant supérieure à trois ans, il s'agit d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP[1189]. La prescription sera de quinze ans, en application de l'art. 97 al. 1 let. b CP[1190].

1193. Enfin, selon le texte clair de l'art. 172ter al. 2 CP, la circonstance atténuante du « dommage de moindre importance », soit CHF 300.—, ne trouve pas application[1191]. La peine-menace de cinq ans – au maximum – prévue par cette disposition s'appliquera donc dans toute sa rigueur.

1182 *Supra* N 1180.

1183 CORBOZ, Infractions, CP 156 N 11 ss, 18 ss ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1427 ss ; ATF 129 IV 22, consid. 4.1 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 17 N 6 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 25.

1184 StGB PK-TRECHSEL/CRAMERI, CP 156 N 9, 17 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 26 s.

1185 HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1434 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 34.

1186 CORBOZ, Infractions, CP 156 N 22 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1437 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 31.

1187 CORBOZ, Infractions, CP 156 N 23, 26 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1437 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 17 N 9 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 32.

1188 CORBOZ, Infractions, CP 156 N 23 s. ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 71 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1437 ; StGB PK-TRECHSEL/CRAMERI, CP 156 N 10 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 18 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 51.

1189 CORBOZ, Infractions, CP 156 N 27.

1190 HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1438.

1191 FF 1991 II 933, p. 1048 ; CORBOZ, Infractions, CP 172ter N 1 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1912 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 25 N 11 ; StGB PK-TRECHSEL/CRAMERI, CP 172ter N 5 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 156 N 36, CP 172ter N 10.

Sur le montant : CORBOZ, Infractions, CP 172ter N 1 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1911 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 26 N 6 ; StGB PK-TRECHSEL/CRAMERI, CP 172ter N 6 ; BSK StGB II-WEISSENBERGER, CP 172ter N 29 ; ATF 121 IV 261, JdT 1997 IV 103, consid. 2d ; ATF 123 IV 113, consid. 3a.

1194. Il nous semble nécessaire d'examiner également l'art. 156 ch. 2 CP. Celui-ci dispose que :

> « [s]i l'auteur fait métier de l'extorsion ou s'il a poursuivi à réitérées reprises ses agissements contre la victime,
>
> la peine sera une peine privative de liberté de un à dix ans. »

1195. Le législateur a renoncé à définir la notion de « métier » dans la loi[1192]. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'auteur doit agir de façon répétée, vouloir obtenir un revenu régulier et financer – même partiellement – son mode de vie par ce moyen[1193].

1196. Ainsi, un recouvreur qui commettrait à réitérées reprises des actes de contrainte vis-à-vis d'un même débiteur, ou pour lequel la procédure « standard » de recouvrement inclut de façon courante de tels actes risquerait de tomber sous le coup de cette disposition. Il encourrait donc une peine plus lourde.

1197. Les deux autres circonstances aggravantes – violences graves au chiffre 3 et mise en danger d'un grand nombre de personnes ou d'un intérêt public au chiffre 4 de cette disposition – ne nous semblent pas pertinentes dans le cadre du recouvrement.

3) Atteinte à l'honneur (art. 173 ss CP)

1198. Le droit pénal protège également l'honneur des individus en tant que bien de la personnalité, notamment par le biais de la répression de la diffamation (art. 173 CP). Le but est de protéger la réputation d'un individu et la considération sociale dont il jouit[1194]. Le comportement réprimé est l'allégation d'un fait, auprès d'un tiers, qui fait passer la personne visée pour méprisable[1195]. Le fait que la solvabilité est une composante de l'honneur est bien admis en droit civil[1196], mais moins en droit pénal.

1199. La révélation d'un fait vrai – ou tenu de bonne foi pour tel – n'est pas punissable[1197]. À l'inverse, si l'auteur sait pertinemment que ce qu'il avance

---

1192 FF 1991 II 933, p. 985.

1193 CORBOZ, Infractions, CP 139 N 15, CP 156 N 29 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1439 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 13 N 97 ; ATF 115 IV 34, JdT 1990 IV 104, consid. 1 s.

1194 CORBOZ, Infractions, CP 173 N 2 s. ; BSK StGB II-RIKLIN, Vor. Art. 173 N 5 ss.

1195 CORBOZ, Infractions, CP 173 N 6 ss, 35, 43 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2026 ss ; PIETH, p. 92 ss ; BSK StGB II-RIKLIN, Vor. Art. 173 N 7, 20 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 11 N 19 s. ; StGB PK-TRECHSEL/LIEBER, Vor. Art. 173 N 1.

1196 *Infra* N 1305 ss.

1197 CORBOZ, Infractions, CP 173 N 60 ss ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2059 ss ; PIETH, p. 103 ; BSK StGB II-RIKLIN, CP 173 N 12 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 11 N 28 ss ; StGB PK-TRECHSEL/LIEBER, CP 173 N 13 ss ; ATF 124 IV 149, consid. 3a.

est faux, le comportement sera réprimé sous l'angle de la calomnie, plus sévèrement punie[1198].

1200. Ainsi, sous l'angle de la protection pénale du droit à l'honneur, il n'est pas possible de réprimer la divulgation d'informations concernant le non-paiement d'une créance – à supposer que le débiteur ait effectivement refusé de s'en acquitter. L'allégation qu'un débiteur serait de façon générale un « mauvais payeur » pourrait être punissable, car elle nuirait à sa réputation.

1201. La menace de porter atteinte à l'honneur du débiteur étant illicite, tant au plan civil qu'au plan pénal[1199], son utilisation afin d'amener le débiteur à s'acquitter de ses obligations tombe sous le coup de la contrainte ou de l'extorsion. Nous l'examinerons en particulier sous l'angle de la menace de boycott ou d'inscription dans un registre de « mauvais payeurs »[1200].

B) Casuistique

1) Menace de poursuites

1202. Le créancier qui menacerait son débiteur de poursuites pour le montant effectif de sa créance ne commettrait pas un acte relevant de la contrainte[1201]. Il s'agit en effet d'un droit dont il dispose, même si sa créance n'est pas reconnue en justice. À l'inverse, le recouvreur ne serait en théorie pas fondé à obtenir une saisie ou une mise en faillite[1202].

1203. On ne saurait pour autant conclure qu'une menace de poursuite présentée par le recouvreur au débiteur serait constitutive de contrainte. Le recouvreur agit comme le représentant du créancier[1203]. Il est donc raisonnable de penser qu'il exprime une position approuvée par celui-ci, et que le créancier a au moins envisagé la possibilité d'engager une procédure contre le débiteur.

1204. Peu importe également à notre avis la formulation utilisée par le recouvreur. Même si ce dernier venait à déclarer – maladroitement ou par souci de simplification – qu'il agirait lui-même, le débiteur doit comprendre que la menace sera mise à exécution par le créancier, ou qu'il agira après avoir bénéficié d'une cession de créances.

1198 CORBOZ, Infractions, CP 174 N 1, 12 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 2101 ; PIETH, p. 105.

1199 *Infra* N 1305 ss.

1200 *Infra* N 1219 ss.

1201 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 29.

1202 *Supra* N 227.

1203 *Supra* N 329 ss, 388 ss.

1205. Mettre la pression sur le débiteur en lui indiquant qu'il sera mis aux poursuites s'il persiste dans son refus de payer est donc une pratique licite, dès lors qu'elle concerne le montant de la créance.

1206. Nous avons démontré précédemment que ni le créancier, ni le recouvreur ne sont fondés à demander un dédommagement sous forme de frais pour l'intervention du second. Le fait de menacer d'une poursuite pour en obtenir le paiement est alors constitutif de contrainte, voire d'extorsion si le recouvreur sait qu'il n'a aucune prétention[1204].

2) Menace de plainte pénale ou de dénonciation

1207. L'ATF 120 IV 17 est – à notre connaissance – le seul arrêt du Tribunal fédéral qui traite d'un cas de recouvrement privé de créances à l'heure actuelle. Il s'agit d'un arrêt en matière pénale, qui concerne précisément la contrainte.

1208. Selon l'état de fait, le dénommé « B. », directeur d'une société de recouvrement, a souhaité user de méthodes plus incisives pour amener les débiteurs – spécifiquement romands et tessinois – à payer. Dans ce but, il usait de la menace d'une « plainte pénale » pour des actes de « décadence de fortune » [*recte* : gestion déloyale] au sens de l'art. 165 aCP[1205].

1209. Le Tribunal correctionnel du district de Lausanne a condamné ledit B. à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis, retenant un cas de contrainte. Tant la Cour de cassation cantonale que le Tribunal fédéral ont confirmé le verdict[1206].

1210. Cet arrêt confirme nos précédents développements. Il est en soi licite de déposer une plainte pénale[1207], cette institution étant reconnue et aménagée par l'ordre juridique, l'utiliser sans fondement sérieux est en revanche abusif et mérite une sanction[1208]. Le Tribunal fédéral condamne en des termes extrêmement forts cette pratique :

> « En cela, le procédé était abusif, puisqu'il consistait à menacer, sans raison sérieuse, le destinataire de tourments importants, afin de l'amener à payer sa dette, même en empiétant, le cas échéant, sur le minimum vital. Menacer d'une plainte pour une infraction que rien ne permet sérieusement de soupçonner constitue un moyen en soi inadmissible. Le moyen utilisé étant

---

1204 Pour l'analyse de l'extorsion : *supra* N 1188 ss.

1205 ATF 120 IV 17, consid. A.

1206 ATF 120 IV 17, consid. B.
Le Tribunal fédéral s'y réfère encore plusieurs années après : TF, 6S.77/2003, consid. 3.

1207 Voir également : ATF 101 IV 47, JdT 1976 IV 141, consid. 2.

1208 StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 5, 11.

dans ces circonstances abusif et sans rapport raisonnable avec le but visé, la contrainte était illicite. »[1209].

1211. On remarquera que B. semble confondre plainte et dénonciation pénale. À nouveau, on ne saurait tenir rigueur à un recouvreur, qui n'est pas nécessairement au bénéfice d'une formation juridique, d'utiliser un terme au lieu de l'autre. Seule la situation factuelle compte. Il suffit que le recouvreur laisse croire qu'il dépend de sa volonté propre de faire survenir la conséquence juridique : l'ouverture d'une poursuite pénale.

1212. Certains développements sont intéressants en ce qu'ils concernent les débiteurs ayant des actes de défaut de biens, dont on a vu qu'ils n'empêchaient pas la poursuite des activités du recouvreur. Le Tribunal fédéral prend – à raison – ce facteur en compte dans son analyse. En effet, les actes de défaut de biens ont pour but de protéger le débiteur, afin que celui-ci n'ait pas à entamer son minimum vital pour rembourser ses dettes, et puisse continuer à mener une existence décente. Une atteinte à ces principes sera donc jugée avec une sévérité particulière.

1213. Un cas typique où la menace d'une plainte pénale serait admissible est le recouvrement de pensions alimentaires, leur non-paiement étant constitutif d'un délit, au sens de l'art. 271 al. 1 CP. Cette méthode est utilisée par les services cantonaux chargés du recouvrement des créances alimentaires[1210]. Il s'agit toutefois d'un service étatique, règlementé et agissant dans un cadre bien plus étroit que les recouvreurs traditionnels.

1214. Si aucune infraction ne peut être effectivement reprochée au débiteur et que le recouvreur met sa menace à exécution et porte plainte, respectivement dénonce l'infraction, il peut alors s'agir d'un cas de dénonciation calomnieuse. Selon l'art. 303 ch. 1 CP : « [c]elui qui aura dénoncé à l'autorité, comme auteur d'un crime ou d'un délit, une personne qu'il savait innocente, en vue de faire ouvrir contre elle une poursuite pénale […] sera puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. ».

1215. L'infraction est réalisée lorsque l'auteur dénonce à une autorité, pas nécessairement le Ministère public[1211], des faits qui sont constitutifs d'une infraction. La qualification des faits par l'auteur – ou, le cas échéant, l'exactitude de cette qualification – n'est pas nécessaire[1212]. La victime doit être une personne

[1209] ATF 120 IV 17, consid. 2a bb.

[1210] À Genève, il s'agit du service cantonal d'avance et de recouvrement des pensions alimentaires, règlementé par la Loi sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (LARPA ; RS/GE E 1 25).

[1211] BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 303 N 19.

[1212] CORBOZ, Infractions, CP 303 N 4 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 303 N 16.

innocente, ou qu'il est impossible de punir[1213]. L'infraction est réalisée même si aucune procédure n'est ouverte par l'autorité[1214].

1216. Il s'agit d'une infraction intentionnelle. Le dol éventuel ne suffit pas, étant donné que l'auteur doit savoir la victime innocente[1215]. La peine-menace est « une peine privative de liberté », c'est-à-dire de vingt ans au maximum, en vertu de l'art. 40 CP. Il s'agit donc d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP[1216].

1217. Il se peut aussi que l'auteur se livre à des « machinations astucieuses » en vue de faire condamner la victime, au sens de l'art. 303 ch. 1, 2e phr. CP. Cependant, le recouvreur n'aurait aucun intérêt à agir discrètement, le but poursuivi étant de faire pression sur le débiteur en montrant sa détermination.

1218. Ainsi, la menace de plainte pénale doit être manipulée avec précaution, car elle présente le risque de se retourner contre le recouvreur, voire contre le créancier, en qualité d'instigateur[1217]. De même, la mise à exécution de cette menace peut entraîner des conséquences excessivement lourdes au regard du litige opposant créancier et débiteur. Il nous paraît enfin utile de rappeler que l'inexécution d'une obligation par le débiteur n'est que très rarement une infraction pénale, hors de certains cas spécifiques, tel l'art. 271 al. 1 CP pour les pensions alimentaires.

3) Menace de boycott

1219. Sous l'appellation générique de menace de boycott, il nous faut distinguer la fin de la relation d'affaires décidée par le créancier – si cette relation devait se poursuivre au-delà de la simple prestation litigieuse – du véritable boycott, soit l'appel à des tiers de ne plus conclure de contrats avec le débiteur visé.

1220. Sous réserve de certaines règles découlant du droit de la concurrence, notamment en matière d'abus de position dominante, la menace que le créancier cessera sa relation d'affaires avec le débiteur à l'avenir nous semble tout à fait acceptable. En effet, la liberté contractuelle comprend aussi la liberté de ne pas conclure un contrat[1218].

1221. La loi aménage d'ailleurs la possibilité de résilier ou de résoudre un contrat dans lequel l'une des parties ne satisferait pas à ses obligations. On peut

---

1213 CORBOZ, Infractions, CP 303 N 2, 14 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 303 N 10, 27 ; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 55 N 11 ss.

1214 CORBOZ, Infractions, CP 303 N 7.

1215 CORBOZ, Infractions, CP 303 N 17 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 303 N 10, 27 ; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 55 N 20.

1216 CORBOZ, Infractions, CP 303 N 18.
Au sujet de l'art. 40 CP : CR CP I-KUHN, CP 40 N 4.

1217 *Infra* N 1263.

1218 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 19/20 N 34.

notamment citer les règles relatives à l'insolvabilité (art. 83 CO) [1219] et les règles de la demeure, plus particulièrement les articles 107 à 109 CO[1220]. Certains contrats spéciaux, tels que les contrats de bail et de travail, ont également un régime spécifique permettant de mettre fin au contrat dans ces circonstances[1221]. La jurisprudence et la doctrine en ont déduit une règle générale impérative pour tous les contrats de durée[1222].

1222. En revanche, il ne serait pas admissible que le recouvreur appelle l'ensemble des partenaires actuels ou potentiels du débiteur à cesser leurs relations d'affaires avec lui ou de ne pas conclure des contrats dans le futur. Le droit suisse prohibe de tels appels au boycott, sauf s'ils répondent à un intérêt légitime et prépondérant[1223]. Le paiement d'une créance ne respecte à notre avis pas ce critère.

1223. Enfin, la menace d'informer de façon générale le public – sans nécessairement demander que tout rapport économique soit supprimé – nous semble relever d'une catégorie distincte, que nous allons maintenant analyser.

4) Menace d'inscription dans un registre de « mauvais payeurs »

1224. Nous avons décidé d'exclure du champ de notre recherche les registres de « mauvais payeurs » tenus par des privés. Cependant, il nous est nécessaire de traiter au moins brièvement de ceux-ci, notamment en dans l'hypothèse où le recouvreur menace le débiteur de l'inscrire dans pareil registre. Cela peut avoir un impact tant sur les activités professionnelles que pour des actes de la vie courante : conclure un bail, acheter des marchandises sur internet, *etc.*

1225. Nous pouvons comparer ces registres avec celui tenu par les Offices de poursuites et de faillites. Ce dernier n'est accessible qu'en cas d'intérêt légitime prouvé par le demande, ce qui peut facilement être le cas. Il suffit de faire valoir que l'on a ou que l'on souhaiter conclure un contrat avec la personne visée. Dans les faits, sans doute pour des raisons d'émoluments, le cocontractant en position de force – par exemple le bailleur – demandera que son partenaire produise une attestation de non-poursuite.

1219 *Supra* N 220 ss.

1220 *Supra* N 782 ss.

1221 Pour le contrat de bail : art. 257d CO.

Pour le contrat de travail : art. 337 ss CO.

1222 *Supra* N 840.

1223 BUCHER, N 433, 478 s. ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 5, 11 ; ATF 86 II 365, consid. 4 ; ATF 101 IV 302, consid. 2 ; ATF 102 II 211, consid. 7.

Plus largement, sur les rapports entre protection de la personnalité et la Loi sur les cartels en matière de boycott : GUILLOD, N 156 ; HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, N 12.148 ; MEIER/DE LUZE, N 652 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 55 ; XOUDIS, p. 73.

1226. Le registre des poursuites est encadré par la loi, énonce uniquement des faits vérifiables et les données sont automatiquement effacées au bout d'un certain temps. Ces registres privés n'offrent aucune de ces garanties. Il n'existe aucun moyen de contrôler leur véracité, ni d'effacement automatique de données périmées.

1227. Nous avons, dans un autre contexte, démontré l'illicéité de bon nombre des pratiques de ces sociétés, en particulier lorsque les renseignements dont ils disposent et souhaitent transmettre provienne de sociétés de recouvrement[1224].

5) Autres menaces

1228. Par nature, les « autres menaces » que celles spécifiquement étudiées ont un caractère flou. La plupart n'auront pas la précision suffisante pour alarmer le débiteur et justifier une qualification pénale. Une interprétation trop large serait contraire à l'esprit général du droit pénal et empêcherait toute action.

1229. À notre avis, la menace de recourir à des méthodes constituant une atteinte à la personnalité – par exemple une visite au domicile ou sur le lieu de travail[1225], ou une atteinte à l'honneur[1226] – suffit, mais des termes plus vagues ne le pourraient en revanche pas, le débiteur devant alors s'attendre à ce que le recouvreur fasse usage de moyens licites.

6) Harcèlement

1230. À côté de la menace en tant que telle, il se peut qu'une répétition d'actes – aucun n'étant punissable pris individuellement – pousse une personne à modifier son comportement. Ainsi, il se peut que le recouvreur envoie plusieurs lettres, passe plusieurs coups de téléphone, *etc.* à intervalles très rapprochés.

1231. Un arrêt du Tribunal fédéral a reconnu le harcèlement – « *stalking* » ou « persécution obsessionnelle » selon le regeste de l'arrêt – comme étant constitutif de contrainte s'il conduisait à une modification du comportement de la victime, qui cherche alors à éviter l'auteur[1227]. La doctrine est en accord avec cette qualification[1228].

1224 Voir à ce sujet notre article avec Eva CELLINA : Collecte et transmission de données relatives au crédit : cadre légal, validité et limites, Jusletter du 13 Juillet 2015.

1225 *Supra* N 932.

1226 *Supra* N 1198 SS.

1227 ATF 129 IV 262, JdT 2005 IV 207, consid. 2.7.

1228 CORBOZ, Infractions, CP 181 N 16 ; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, CP 181 N 27 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 11 ; StGB PK-TRECHSEL/FINGERHUTH, CP 181 N 7.

Le terme « Persécution obsessionnelle » est utilisé par MAURER-CECCHINI/ROBERT, FJS 932, p. 9.

1232. Comme toujours en droit pénal, l'interprétation de cette notion doit être restrictive. Il s'agit de poser une limite supérieure à la fréquence des contacts entre recouvreur et débiteur, sans qu'il soit possible de fixer un chiffre absolu. On conçoit aisément que le recouvreur doit pouvoir relancer le débiteur afin que son action puisse être efficace, mais on ne peut tolérer qu'il l'appelle plusieurs fois par jour.

1233. L'élément déterminant de l'analyse est encore la représentation du recouvreur. Il est acceptable que l'argumentation entre les parties se déploie dans la durée et nécessite plusieurs contacts. En revanche, si l'objectif est de faire subir au débiteur un désagrément tel qu'il préfère payer plutôt que de continuer à débattre, une infraction pourra entrer en ligne de compte.

1234. D'autres facteurs sont à prendre en compte dans l'analyse, comme un refus clair du débiteur de traiter avec le recouvreur, la prescription de la créance ou la réduction de celui-là au minimum vital. Le fait que la loi aménage des mécanismes de protection n'empêche pas le recouvreur d'essayer de récupérer le montant pour lequel il est engagé, mais doit l'inciter à s'arrêter si le débiteur lui oppose un refus.

7) Mise à exécution

1235. La mise à exécution de la menace de transformerait pas une tentative en infraction consommée. Du point de vue de la contrainte et de l'extorsion, la consommation n'a lieu qu'au moment où le débiteur cède. Le fait de recourir à un commandement de payer injustifié serait également une tentative de contrainte, comme la menace de l'utiliser.

1236. Le risque pour le recouvreur est de se voir reprocher une autre infraction s'il met ses menaces à exécution, les exemples typiques étant l'atteinte à l'honneur et la dénonciation calomnieuse, que nous avons déjà traités.

1237. L'infraction de contrainte ou d'extorsion, qu'elle ait été consommée ou tentée, ne disparaît pas avec la mise en œuvre de la menace. Elle pourra toujours être réprimée.

§ II. Protection des secrets

1238. L'art. 321 CP réprime la divulgation de secrets à des tiers non autorisés par les membres de professions listées[1229]. Cette liste est exhaustive[1230], mais ne contient pas les recouvreurs. La notion de secret est large, elle contient tout

[1229] CORBOZ, Infractions, CP 321 N 16 ; BSK StGB II-OBERHOLZER, CP 321 N 3 ss ; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 61 N 16 ; StGB PK-TRECHSEL/VEST, CP 321 N 3 ss.

[1230] CORBOZ, Infractions, CP 321 N 16 ; BSK StGB II-OBERHOLZER, CP 321 N 11 ; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 61 N 17 ; StGB PK-TRECHSEL/VEST, CP 321 N 3.

élément de fait qui n'est pas publiquement divulgué par la personne protégée[1231] – client, patient, *etc.* – on peut concevoir que l'existence même de la relation doive être gardée secrète[1232].

1239. Un des buts de cette disposition est la protection de la confiance envers les professions listées. Les individus réfléchiraient à deux fois avant d'aller consulter un médecin, de se confesser ou d'exposer des faits répréhensibles à un avocat si ceux-ci pouvaient être librement révélés[1233]. Pour les professions juridiques, cela se double d'une garantie de bonne administration de la justice, les droits de la défense ne pouvant être garantis que si l'avocat n'est pas contraint à témoigner contre son client[1234].

1240. À l'heure actuelle, il est parfaitement envisageable pour les personnes soumises au secret de l'art. 321 CP d'avoir recours à des auxiliaires pour assurer le traitement des factures, même sans rapport de subordination ou s'il s'agit d'une personne morale[1235].

1241. Il se justifie à notre avis de traiter le recouvreur comme un auxiliaire du créancier – au sens de cette disposition – qui pourrait donc avoir accès aux informations relatives à la créance, mais serait à son tour soumis à l'art. 321 CP. De cette manière, le recouvreur peut être engagé librement, mais répond de la protection du secret. À défaut, cela reviendrait à fermer sans grande raison un pan entier du marché à l'action du recouvreur – ou à créer une brèche dans la protection du secret professionnel.

1242. Cette extension de l'obligation de secret permet au recouvreur d'être engagé sans risque par les acteurs des professions libérales. Toutefois, cette situation nécessite de prendre des précautions supplémentaires lors du contact entre le recouvreur et le débiteur – même par courrier ou téléphone – afin d'éviter que des tiers ne soient informés.

1243. Il serait en tout cas inadmissible, et punissable, que la personne tenue au secret révèle l'un de ces faits pour donner un moyen de pression sur le débiteur – par exemple une maladie ou un médicament prescrit, un fait pertinent dans une affaire juridique en cours, ou des éléments qui proviennent

---

1231 CORBOZ, Infractions, CP 321 N 19 ; BSK StGB II-OBERHOLZER, CP 321 N 14 ; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 31 N 18 ; StGB PK-TRECHSEL/VEST, CP 321 N 21.

1232 CORBOZ, Infractions, CP 321 N 24.

Surtout pour les relations médicales pour : BSK StGB II-OBERHOLZER, CP 321 N 14.

1233 BSK StGB II-OBERHOLZER, CP 321 N 2 ; ATF 112 Ib 606, JdT 1987 IV 150, consid. 2b.

1234 ATF 135 III 597, consid. 3.4.

1235 CORBOZ, Infractions, CP 321 N 16.

Approche large, mais ne ciblant pas spécifiquement la facturation ou le recouvrement : BSK StGB II-OBERHOLZER, CP 321 N 10 ; STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 31 N 17 ; StGB PK-TRECHSEL/VEST, CP 321 N 13.

L'affacturage dans le cadre médical, par exemple, est relevé par le Tribunal fédéral sans que celui-ci ne le considère comme problématique : TF, 5A_508/2007, consid. 2.2 ; TF, 5A_21/2010, consid. 3.1.

d'une confession. Les informations communiquées au recouvreur doivent être strictement limitées à la créance, et non au reste de la relation[1236].

1244. L'art. 47 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)[1237] et l'art. 320 CP relatif à la violation du secret de fonction prévoient une réglementation similaire à celle de l'art. 321 CP[1238]. Il se justifie à notre avis de les traiter de la même façon que la violation du secret professionnel dans notre cadre, même si les cas d'application sont certainement plus rares.

§ III. Protection du marché

1245. La LCD poursuit un double but de protection, couvrant simultanément les consommateurs et les règles de concurrence du marché[1239]. Ce sera ce second aspect qui nous intéressera le plus. Deux angles sont possibles, soit le recouvreur affaiblit la position du débiteur dans le marché (A), soit il cherche à améliorer sa position par rapport à ses concurrents par des moyens inadmissibles (B).

A) Position du débiteur

1246. Comme nous l'avons déjà examiné sous l'angle des atteintes à l'honneur, le fait d'être considéré comme un mauvais payeur n'est pas de nature à faire une bonne publicité au débiteur. Mais l'impact ne se limite pas à la sphère privée du débiteur qui serait touché dans sa personnalité, cela peut aussi avoir un effet sur sa liberté économique et le marché[1240].

B) Position du recouvreur

1247. Pour déterminer l'impact de méthodes abusives sur le marché, nous pouvons partir du postulat qu'une action illégale est potentiellement plus efficace qu'une autre qui respecterait la loi. En effet, à efficacité égale, le recouvreur devrait logiquement choisir celle qui présente le moins de risques juridiques. Une méthode plus « musclée » mais moins légale, doit donc

---

1236 Sur la protection des « relations particulières du médecin avec son malade » : ATF 106 IV 131, JdT 1981 IV 133, consid. 2.

Voir aussi : ATF 119 II 222, JdT 1994 I 598, consid. 2b dd.

Pour la distinction en matière d'honoraires d'avocats : BOILLAT/DE PREUX, p. 257.

1237 RS 952.0.

1238 Au sujet de l'art. 47 LB uniquement : CORBOZ, Infractions, CP 321 N 99 ; StGB PK-TRECHSEL/VEST, CP 321 N 17.

1239 MARCHAND, Consommation, p. 74.

1240 Voir nos développements sur la menace de boycott : *supra* N 1219 ss.

présenter un ratio risque/bénéfice favorable pour ne pas disparaître. Le recouvreur choisissant des moyens que le système juridique réprouve, sans être sanctionné pour cela, jouit donc d'un avantage concurrentiel.

1248. La facturation de frais de recouvrement, dont nous avons déjà abondamment parlé dans notre chapitre précédent[1241], fausse également le jeu de la concurrence. Le recouvreur qui obtient le paiement de tels frais peut en profiter soit pour diminuer ses tarifs, soit pour augmenter son bénéfice. Par rapport à ses concurrents plus respectueux de la loi, il pourra donc profiter de parts de marchés supplémentaires indues en baissant ses tarifs ou augmenter sa rémunération – respectivement celle de ses actionnaires dans le cas d'une société – et attirer ce faisant plus d'investisseurs. Une combinaison de ces deux effets est évidemment possible.

1249. L'interdiction de certaines pratiques n'est donc pas seulement dans l'intérêt du débiteur, mais également dans celle d'un marché fonctionnant correctement. Cela correspondrait donc au but fixé à l'art. 1 LCD : « La présente loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. ».

1250. Notre opinion est donc qu'à terme, la Loi sur la concurrence déloyale devra être en mesure de punir certaines pratiques inacceptables, par l'adoption de règles spécifiques en matière de recouvrement. Nous souhaitons donc voir l'utilisation de cette loi renforcée, ce qui diminuera d'autant le besoin de recourir à d'autres normes du droit pénal.

1251. La Loi sur la concurrence déloyale n'a pas pour but de servir de « fourre-tout », où le législateur rangerait toutes les interdictions qui ne trouveraient pas leur place ailleurs. Certaines méthodes et pratiques doivent cependant être prohibées en matière de recouvrement, et cette loi est la solution la plus adéquate.

§ IV. Protection de la communauté des créanciers

1252. Le débiteur peut aussi se rendre coupable par ses actes durant le processus de recouvrement. En effet, une limite pénale est posée à la favorisation d'un créancier par rapport aux autres. Il s'agit de l'art. 167 CP.

1253. Le but de cette disposition est de préserver l'égalité de traitement des créanciers[1242]. Ce principe irrigue toute la procédure de poursuite et de faillite. Il ne faut donc pas que le débiteur ou un des créanciers puisse le remettre en cause. Chacun étant en principe libre de faire ce qu'il souhaite avec ses biens,

---

[1241] *Supra* N 1008 ss.

[1242] CORBOZ, Infractions, CP 167 N 1 ; BSK StGB II-HAGENSTEIN, CP 167 N 1 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1831 ; StGB PK-TRECHSEL/OGG, CP 167 N 1 ; ATF 117 IV 23, JdT 1993 IV 42, consid. 4b.

seul le débiteur insolvable est concerné par cette disposition – ce qui ne signifie pas nécessairement que des poursuites doivent déjà avoir été lancées[1243].

1254. Les actes visés par l'art. 167 CP doivent être inusuels pour un débiteur insolvable. Si l'on conçoit volontiers qu'un débiteur puisse décider de payer un de ses créanciers plutôt qu'un autre ou fournisse des sûretés pour éviter de voir un contrat résolu en application de l'art. 83 CO, le paiement d'une dette non échue, le bradage d'un actif ou des sûretés non réclamées peuvent être problématiques. En effet, le créancier qui les obtient sera favorisé par rapport aux autres, et ces derniers recevront proportionnellement moins du produit de liquidation[1244]. Ces actes sont donc sanctionnés. La liste donnée à l'art. 167 CP est exemplative, des actes analogues sont aussi punissables si la volonté de favoriser un créancier est patente[1245]. La mise en faillite ou la délivrance d'un acte de défaut de biens est une condition objective de punissabilité[1246].

1255. Il est possible pour le créancier bénéficiaire de se voir reprocher d'être instigateur de l'infraction[1247], même si un créancier acceptant un paiement dans ces circonstances ne saurait être « automatiquement » puni[1248]. Dans le cadre du contrat de recouvrement, le recouvreur est précisément engagé pour favoriser les intérêts de son client et inciter le débiteur à le payer. Il faut donc que tant le créancier que le recouvreur se montrent particulièrement attentifs lorsqu'une procédure pouvant conduire à la faillite du débiteur – ou à un acte de défaut de biens – est ouverte ou prévisible.

1256. On ne saurait toutefois dire que le débiteur qui choisit de s'acquitter d'une dette plutôt que d'une autre soit automatiquement punissable, étant donné qu'il doit de toute façon s'acquitter de sa dette[1249]. Admettre cette punissabilité reviendrait à paralyser les paiements du débiteur, et à précipiter sa faillite, ce qui n'est évidemment pas souhaitable. De même, cet article ne saurait servir de moyen de pression pour inciter le débiteur à s'acquitter d'une dette particulière[1250].

1243 CORBOZ, Infractions, CP 167 N 2 s. ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1833, 1835.
Pour une définition de l'insolvabilité : *supra* N 219.

1244 CORBOZ, Infractions, CP 167 N 4 s. ; BSK StGB II-HAGENSTEIN, CP 167 N 14 ss ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1834 ss ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 24 N 14, 18 ss ; StGB PK-TRECHSEL/OGG, CP 167 N 5.

1245 BSK StGB II-HAGENSTEIN, CP 167 N 14 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 24 N 23 ; ATF 117 IV 23, JdT 1993 IV 42, consid. 4c.

1246 CORBOZ, Infractions, CP 167 N 8 ; BSK StGB II-HAGENSTEIN, CP 167 N 40 ; HURTADO POZO, Partie spéciale, N 1833 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 24 N 27.

1247 CORBOZ, Infractions, CP 167 N 12 ; BSK StGB II-HAGENSTEIN, CP 167 N 52 ; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 24 N 30 s. ; StGB PK-TRECHSEL/OGG, CP 167 N 3.

1248 BSK StGB II-HAGENSTEIN, CP 167 N 52.

1249 ATF 117 IV 23, JdT 1993 IV 42, consid. 4b.

1250 Pour les menaces de procédure pénale : *supra* N 1207 ss.

Section II : Participation et punissabilité

§ I. Formes de participation

1257. Les infractions peuvent être commises ou favorisées par plusieurs personnes. La loi pénale distingue donc plusieurs formes de participation, que nous allons maintenant traiter. Nous distinguerons principalement la coactivité (A), qui est traitée au plan de la répression comme la participation pure, l'instigation (B) et la complicité (C).

A) Coactivité

1258. La coactivité suppose que plusieurs individus commettent ensemble l'infraction, sans que l'un ne participe que de façon accessoire. Tous seront alors traités comme des auteurs directs de l'infraction[1251]. La participation à l'exécution n'est pas requise, la planification et l'organisation suffisent à retenir la coactivité[1252].

1259. La coactivité serait pertinente dans le cadre de notre étude si plusieurs recouvreurs – indépendants ou associés dans la même société – commettaient ensemble une infraction contre le débiteur. Cela ne nécessite pas de développements plus avancés, sinon de relever que tous seraient punissables.

B) Instigation

1260. L'instigation est prévue à l'art. 24 CP et réprime le fait de décider quelqu'un à commettre une infraction – c'est-à-dire créer en lui la résolution de commettre l'acte punissable. L'instigation est donnée même si le futur auteur est déjà disposé à agir de lui-même[1253]. L'infraction visée doit être suffisamment définie, mais pas nécessairement en termes techniques[1254].

1261. Au plan subjectif, une double intention est requise. Premièrement, l'intention de l'instigateur doit porter sur le fait de décider l'auteur à commettre une infraction. Le dol éventuel suffit à retenir le caractère volontaire de l'instigation – c'est-à-dire si l'instigateur a conscience que l'action peut constituer une infraction et s'en accommode, même sans nécessairement vouloir

---

1251 BSK StGB I-FORSTER, Vor. Art. 24 N 14 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1107 ; CR CP I-STRÄULI, Introduction aux articles 24-27 CP, N 81 ss.

1252 BSK StGB I-FORSTER, Vor. Art. 24 N 7, 9 ; ATF 101 IV 47, JdT 1976 IV 141, consid. 4.

1253 BSK StGB I-FORSTER, CP 24 N 3 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1146, 1148 ; CR CP I-STRÄULI, CP 24 N 2, 11 s. ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 24 N 5 ; ATF 116 IV 1, JdT 1991 IV 162, consid. 3c ; ATF 127 IV 122, JdT 2002 IV 118, consid. 2b aa.

1254 CR CP I-STRÄULI, CP 24 N 7 ss.

ce résultat[1255]. Deuxièmement, l'intention doit également porter sur les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction visée[1256].

1262. L'instigateur est punissable au même titre que l'auteur, sans qu'une atténuation de peine ne soit prévue[1257]. L'alinéa 2 prévoit le cas où l'infraction est seulement tentée, et non consommée. L'instigateur encourra alors la même peine que pour la tentative de l'infraction visée, à condition toutefois que celle-ci soit un crime[1258] – parmi les infractions que nous avons étudiées, seules l'extorsion, la calomnie et la dénonciation calomnieuse seraient concernées.

1263. Cette disposition pourrait s'appliquer au créancier, qui a le pouvoir de donner des instructions au recouvreur[1259]. S'il donne l'instruction d'utiliser une méthode qui correspond à une infraction pénale, et que le recouvreur la suit, tous deux seront punissables et encourront la même peine. En cas de tentative, le créancier ne sera réprimé que pour les crimes. Ainsi, la tentative d'extorsion sera punie, mais non la tentative de contrainte.

1264. Le créancier qui mandate un recouvreur sans avoir connaissance de ses méthodes ne pourra se voir reprocher une instigation. Reste réservée l'hypothèse du dol éventuel. Il suffit alors que le créancier envisage qu'une infraction puisse être commise dans le processus de recouvrement et s'en accommode pour que cette condition soit remplie. L'analyse dépendra éminemment du cas concret.

1265. Cette répression du créancier, dont les conditions sont strictes, reste dans la logique du droit pénal. Celui qui recourt à des moyens illégaux par l'intermédiaire d'un tiers ne doit pas être mieux traité que s'il avait cherché lui-même à faire payer son débiteur.

C) Complicité

1266. Sous la note marginale « complicité », l'art. 25 CP réprime la favorisation d'un crime ou d'un délit. L'action, de toute nature, doit avoir augmenté les chances de succès de l'auteur principal, sans toutefois nécessiter d'être la

1255 Définition du dol éventuel : ATF 130 IV 58, JdT 2004 I 486, consid. 8.2.

1256 BSK StGB I-FORSTER, CP 24 N 5 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1151 ; CR CP I-STRÄULI, CP 24 N 31 ss ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 24 N 6 ; ATF 116 IV 1, JdT 1991 IV 162, consid. 3d ; ATF 127 IV 122, JdT 2002 IV 118, consid. 1, 2b aa, 4a.

1257 BSK StGB I-FORSTER, CP 24 N 25 ; CR CP I-STRÄULI, CP 24 N 63 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 24 N 8.

1258 BSK StGB I-FORSTER, CP 24 N 56 ; CR CP I-STRÄULI, CP 24 N 39, 48 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 24 N 12.

1259 *Supra* N 626 ss.

condition *sine qua non* de sa réalisation[1260]. L'analyse doit se faire *ex ante*[1261]. Une participation qui serait limitée dans le temps reste punissable sous l'angle de la complicité[1262].

1267. Au plan de l'intentionnalité, on retrouve la double intention, déjà étudiée sous l'angle de l'instigation[1263] : le complice doit à la fois avoir la conscience et la volonté d'aider l'auteur principal – même par dol éventuel – et l'intention doit également porter sur les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction favorisée[1264].

1268. La tentative de complicité n'est cependant pas punissable, et la distinction entre crime et délit n'a ici pas lieu d'être[1265]. Enfin, le complice – au contraire de l'instigateur – verra sa peine obligatoirement atténuée, pour refléter le caractère accessoire de sa participation[1266].

1269. Le créancier qui fournit des informations sensibles relatives au débiteur ne nous semble pas punissable sous l'angle de la complicité, mais plutôt de l'instigation, comme nous l'avons vu. L'impact du créancier nous apparaît comme causal avec la commission de l'infraction elle-même, mais ne la favorisera généralement pas.

1270. Les employés ou auxiliaires du recouvreur risquent en revanche d'être poursuivis au regard de cette disposition, vu l'aide qu'ils apportent à celui-ci. Toutefois, la nécessité de la double intention afin de retenir la complicité fera généralement obstacle à la typicité. Un apport ponctuel dans une affaire donnée, en suivant les instructions données par le recouvreur, ne nous semble pas être suffisant pour retenir que les subordonnés participent consciemment et volontairement à l'infraction. Quant à l'entreprise de recouvrement elle-même, sa punissabilité est soumise à des règles particulières, que nous allons maintenant examiner.

1260 BSK StGB I-FORSTER, CP 25 N 3 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1167 ; CR CP I-STRÄULI, CP 25 N 2, 10 ss ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 25 N 6 ; ATF 118 IV 309, consid. 1 ; ATF 121 IV 109, consid. 3a ; ATF 132 IV 49, consid. 1.1.

1261 CR CP I-STRÄULI, CP 25 N 22 s.

1262 BSK StGB I-FORSTER, CP 25 N 5 ; CR CP I-STRÄULI, CP 25 N 5 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 25 N 9 ; ATF 118 IV 309, consid. 1.

1263 *Supra* N 1261.

1264 HURTADO POZO, Partie générale, N 1175 ; CR CP I-STRÄULI, CP 25 N 30 ss ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 25 N 10 ; ATF 118 IV 309, consid. 1 ; ATF 132 IV 49, consid. 1.1.

1265 BSK StGB I-FORSTER, CP 25 N 6 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1181 ; CR CP I-STRÄULI, CP 25 N 45.

1266 BSK StGB I-FORSTER, CP 25 N 66 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1180 ; CR CP I-STRÄULI, CP 25 N 55 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 25 N 4.

§ II. Responsabilité du chef d'entreprise

1271. La théorie de la responsabilité pénale du chef d'entreprise s'est développée en droit suisse à la suite des arrêts dits Bührle[1267] et Von Roll[1268]. La doctrine la rattache à l'art. 11 CP, relatif à l'omission[1269], même si le bien-fondé de cette théorie reste controversé[1270]. Le chef d'entreprise est reconnu pénalement responsable pour le fait de n'avoir pas empêché la commission d'une infraction par ses subordonnés dans le cadre de leur travail ou pour n'avoir pas mis fin à une situation illicite, dans la mesure où il ne commet pas lui-même d'infraction[1271].

1272. La responsabilité est nécessairement limitée. Seuls les biens juridiques envers lesquels le chef d'entreprise a une position de garant peuvent être pris en compte. Il faut donc que l'activité de l'entreprise présente un danger particulier de commission d'une infraction ou augmente le risque en la matière, l'omission consistant alors à ne pas prendre les mesures adéquates pour prévenir la réalisation du risque[1272].

1273. Cette approche ne nous paraît pas appropriée en matière de recouvrement. Les deux arrêts de principe sur la question concernent des entreprises exportant du matériel de guerre – la magnitude du danger créé est donc tout autre. Il ne faut pas non plus admettre trop facilement cette responsabilité de nature pénale. Enfin, reste la question du danger typique du recouvrement. S'il est vrai que le recouvreur peut adopter des méthodes relevant notamment de la contrainte, nous ne saurions dire que son activité crée nécessairement un risque de ce type, les méthodes pouvant être adoptées sont suffisamment diverses pour ne pas y recourir. Seuls des cas extrêmes pourraient être pris en compte, si le modèle d'affaire est sciemment articulé autour de la commission d'infractions pénales.

1267 ATF 96 IV 155, JdT 1974 IV 104.

1268 ATF 122 IV 103, JdT 1997 IV 124.

1269 BURGENER, p. 376 ss ; CR CP I-CASSANI, CP 11 N 50 ss ; INGOLD, p. 246 ss ; BSK StGB I-SEELMANN, CP 11 N 54 ; STRATENWERTH, AT, § 14 N 28 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 11 N 16.

1270 CR CP I-CASSANI, CP 11 N 53 ; BSK StGB I-SEELMANN, CP 11 N 54 ; STRATENWERTH, AT, § 14 N 28 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 11 N 16.

1271 BURGENER, p. 377 ss ; CR CP I-CASSANI, CP 11 N 52 ; INGOLD, p. 247 ; BSK StGB I-SEELMANN, CP 11 N 54 ; STRATENWERTH, AT, § 14 N 28 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 11 N 16.

1272 BURGENER, p. 376 ss ; CR CP I-CASSANI, CP 11 N 52 ; INGOLD, p. 247 ; BSK StGB I-SEELMANN, CP 11 N 55 ; STRATENWERTH, AT, § 14 N 28 ; StGB PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, CP 11 N 16.

§ III. Punissabilité de l'entreprise

1274. Le recouvreur qui agit en tant que personne physique responsable de son activité est sujet à une condamnation en vertu d'une de ces infractions. En revanche, une société de recouvrement, comme on en rencontre beaucoup en pratique[1273], ne peut être condamnée elle-même à une peine de prison. Il est cependant envisageable de lui infliger une amende, à certaines conditions.

1275. L'art. 102 al. 2 CP liste plusieurs infractions pour lesquelles la responsabilité de l'entreprise est indépendante de celle des personnes physiques. Il s'agit de faits de l'organisation criminelle, du financement du terrorisme ou d'actes de corruption[1274]. Cependant, aucune de ces infractions n'entre typiquement dans le champ d'action du recouvreur. Il ne se justifie donc pas de leur accorder un approfondissement particulier.

1276. Selon l'art. 102 al. 1 CP, « [u]n crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus. »

1277. La première condition d'application de l'art. 102 al. 1 CP est une infraction commise par une personne physique, le défaut d'organisation n'étant pas punissable en lui-même[1275]. La punissabilité de l'entreprise reste subsidiaire à celle de la personne physique auteure de l'infraction, et ne s'applique que si cette dernière n'a pas pu être identifiée en raison du « manque d'organisation » de l'entreprise, par exemple si l'attribution des tâches de chacun n'est pas claire[1276]. L'infraction doit cependant s'inscrire dans le but de l'entreprise[1277].

1278. L'utilité de l'art. 102 al. 1 CP n'est donc pas de punir les sociétés de recouvrement en elles-mêmes, mais bien de s'assurer que les responsables des infractions pénales soient poursuivis. Ainsi, la décision de recourir à des méthodes prohibées – comme dans l'ATF 120 IV 17 – sera attribuée à une personne physique déterminée, faute de quoi la société en répondra.

1279. L'importance de la sanction maximale – cinq millions de francs – peut être jugée dérisoire pour de grandes sociétés ou de grands groupes. Elle est

---

1273 *Supra* N 77.

1274 FORSTER, p. 227 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1255 ss ; INGOLD, p. 238 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 51.

1275 INGOLD, p. 236 s.

1276 FORSTER, p. 203, 214 ss ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1249 ; INGOLD, p. 237 s. ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 43, 47 s.

La responsabilité pénale du chef d'entreprise fait notamment obstacle à l'application de l'art. 102 al. 1 : CR CP I-CASSANI, CP 11 N 54.

1277 FORSTER, p. 191 ; HURTADO POZO, Partie générale, N 1241 ; CR CP I-MACALUSO, CP 102 N 34.

toutefois adéquate en matière de recouvrement. On peut douter qu'une affaire parvienne un jour à ce montant. Le juge aura donc à sa disposition un outil adéquat, et il pourra moduler la peine en fonction des circonstances.

§ IV. Conditions de la répression

1280. L'art. 14 CP réserve le cas du comportement autorisé par la loi. On ne saurait punir celui qui se conforme à ses obligations légales, même si le comportement adopté serait sinon typique d'une infraction pénale[1278].

1281. Il est impossible de considérer le recouvreur – simple privé – comme disposant d'un statut légal privilégié. Dès lors qu'il se place sciemment hors du cadre traditionnel de la poursuite pour dettes, sans être au bénéficie d'une disposition légale spéciale, il ne se justifie pas de le traiter mieux qu'un justiciable ordinaire.

1282. Nous ne voyons également aucun cas où l'illicéité des infractions pourrait être justifiée par l'invocation des règles de légitime défense (art. 15 CP), ou de l'état de nécessité licite (art. 17 CP). L'absence de paiement du débiteur ne constitue – heureusement – pas une infraction pénale dont le recouvreur ou le créancier serait victime. On retomberait sinon dans la contrainte par corps, institution abolie depuis plus d'un siècle[1279].

1283. Reste encore la question de l'erreur sur l'illicéité, pour laquelle la connaissance effective de la punissabilité de l'infraction n'est pas pertinente. Il suffit que l'auteur ait pu savoir qu'il commettait un acte réprimé par le droit pénal pour sa culpabilité soit donnée[1280]. Dans la situation qui nous occupe, le recouvreur ne peut invoquer son ignorance du droit, les infractions dont nous avons traitées et leurs conditions étant bien connues.

1278 CR CP I-MONNIER, Introduction aux articles 14-18 CP, N 4 ; CP 14 N 42.

1279 *Supra* N 1024.

1280 ATF 138 IV 13, JdT 2012 IV 263, consid. 8.2.

Synthèse

1284. Jusqu'à présent, l'action d'un recouvreur indélicat pouvait paraître bien peu risquée. La structure du Code civil et du Code des obligations interdisent certaines actions, mais les moyens à disposition du débiteur pour faire respecter le droit semblaient peu adaptés. La prise en compte du Code pénal change cette vision.

1285. Certaines des infractions que nous avons traitées – qu'elles soient le fait du créancier, du débiteur ou du recouvreur – ne peuvent trouver application que dans des circonstances très déterminées : la relation entre un avocat et son client, un débiteur en faillite, *etc*. Mais d'autres ont une portée très générale.

1286. Le premier élément pouvant surprendre est le fait que l'infraction la plus topique – la contrainte – ne protège pas le patrimoine du débiteur, mais bien sa liberté. C'est pourtant normal. Dans un État de droit, la liberté de chacun doit être protégée, même si des restrictions sont possibles. Cependant, ces restrictions doivent découler de la loi. Certes, un engagement de nature obligationnelle doit avoir un impact sur les parties, mais pas en dehors de tout cadre légal.

1287. La qualification pénale de contrainte n'est donc pas étonnante, même lorsque le but du contrat de recouvrement se limite à la récupération du montant de base de la créance. En choisissant de ne pas agir par les voies légales de l'exécution forcée, créancier et recouvreur se limitent du même coup dans leurs possibilités d'action, car ils ne sauraient bénéficier de la force publique, ni l'émuler. Les menaces doivent être sanctionnées si le monopole étatique de la force veut être respecté.

1288. Deuxièmement, les actes qui tomberaient sous le coup de la contrainte pour le montant de base seraient constitutifs d'extorsion – et seraient dans ce cas qualifiés de crimes – s'ils étaient utilisés pour réclamer plus, car cette fois-ci, le patrimoine du débiteur serait également atteint.

1289. En transposant l'état de fait de l'ATF 120 IV 17, nous parvenons à la conclusion qu'une menace de plainte pénale dans le but d'obtenir le paiement – par exemple – de frais de recouvrement indus serait un cas d'extorsion. On se souviendra de la force des termes utilisés par le Tribunal fédéral pour condamner l'usage d'une plainte pénale.

1290. Qu'en est-il du recouvreur qui – sûr de son bon droit – facture aux débiteurs dont il s'occupe des frais de manière régulière en les menaçant de la sorte ? Cette certitude le protège pour un temps d'une qualification plus grave, même s'il se rend potentiellement coupable de contrainte à chaque occasion. Cela ne signifie pas qu'il faille condamner individuellement chaque recouvreur indélicat pour contrainte la première fois qu'il passe devant un tribunal. Le

changement de mentalités et la contestation grandissante dans la société civile de ces frais – même si cela n'a à notre connaissance débouché sur aucune procédure pénale récente – devrait suffire à admettre le dessein d'enrichissement illégitime.

1291. On peut légitimement se poser la question de l'adéquation entre la qualification d'extorsion et les faibles montants en jeu. Une peine privative de liberté de un à dix ans se justifie-t-elle pour quelques dizaines ou centaines de francs ?

1292. La réponse est donnée par la loi, à l'art. 172ter CP que nous avons précédemment cité. Si les conditions de l'extorsion sont remplies, il n'y a pas de cas « bagatelle », uniquement des crimes. Mais cet argument purement littéral doit être analysé avec l'esprit de la loi pénale, qui protège la liberté des personnes contre les menaces[1281].

1293. Si la menace n'est pas sérieuse, cela revient à tourner en dérision le Code pénal, et à traiter une loi dont les objectifs sont de prévenir et de réprimer les comportements portant atteinte à l'ordre public comme un moyen de pression à l'usage d'un privé qui ne préfère pas agir devant les tribunaux civils. Cet usage abusif ne saurait être toléré dans un ordre juridique qui se veut respectueux de la justice pénale.

1294. Si la menace est sérieuse, et qu'elle est mise à exécution, les conséquences peuvent être particulièrement graves pour la victime. Même sans aller jusqu'à une condamnation injuste, les désagréments et le stress provoqués sont particulièrement intenses. Le législateur y a pourvu en punissant d'une peine privative de liberté particulièrement sévère la dénonciation calomnieuse.

1295. Enfin, il est nécessaire que la loi s'applique de manière uniforme quel que soit le montant en cause. Les petites factures ne sont pas une zone de non-droit. Le créancier qui renonce à recourir aux procédures officielles ne peut pas se faire justice lui-même ou décider que son débiteur ne mérite plus la protection du droit. S'il le fait, et qu'il viole la loi, il doit être puni.

1296. Le recouvreur n'a aucun pouvoir tiré de la loi et doit être traité de la même façon que toute personne. Peu importe qu'il puisse se prévaloir d'un contrat ou qu'il cherche à remplacer un système judiciaire que le créancier estime inefficace. Son action doit se déployer dans les limites du système juridique, le reste n'est qu'*hybris*.

1297. Cette réflexion s'applique également aux autres infractions que nous avons traitées dans cette partie. Ce que la loi interdit est interdit à tous. Aucun contrat, aucun argument utilitariste ou économique ne saurait s'y opposer.

[1281] FF 1991 II 933, p. 1048

« Bekämen doch die Lügner alle
ein solches Schloß vor ihren Mund :
Statt Haß, Verleumdung, schwarzer Galle
bestünde Lieb' und Bruderbund ! »

Wolfgang Amadeus MOZART, Die Zauberflöte (KV 620), Acte I, nº 5.

Chapitre 13 : Limites de droit civil

1298. Le débiteur atteint dans sa personnalité n'a pas à se limiter au droit pénal pour faire valoir ses droits, le Code civil prévoit plusieurs actions afin de garantir que sa personnalité sera préservée ou qu'il sera indemnisé en cas de dommage (Section I). Ces actions sont utilement complétées par la Loi sur la protection des données, afin que le recouvreur ne puisse transmettre sans contrôle des données de solvabilité à des tiers (Section II).

1299. Force est de constater dans cette partie que la protection de la personnalité du créancier et du recouvreur ne sont guère pertinentes. Le processus de recouvrement met en effet plus en danger la personnalité du débiteur que la leur. Évidemment, si le débiteur porte atteinte au créancier ou au recouvreur à titre de représailles, il pourra lui aussi en répondre.

Section I : Protection de la personnalité

1300. Nous avons déjà examiné les excès du recouvreur sous l'angle pénal, mais il nous faut compléter notre analyse en les qualifiant au plan civil, sous l'angle de l'interdiction des atteintes à la personnalité (§ I.). Les moyens d'action à disposition du débiteur méritent également que l'on s'y arrête (§ II.).

§ I. Atteintes

1301. En matière de protection de la personnalité, les normes principales sont les articles 27 à 28l CC[1282]. Nous nous focaliserons sur les articles 28, 28a et 28b CC, qui couvrent spécifiquement les atteintes faites à la personnalité d'un individu[1283]. L'art. 27 CC, qui traite de la protection contre les engagements

[1282] BUCHER, N 389.

[1283] BUCHER, N 426 ss.

excessifs[1284], nous semble peu pertinent dans notre cadre. Quant aux articles 28g et suivants CC, ils traitent des atteintes faites par les médias, qui ne nous concernent guère.

1302. L'art. 28 CC ne dresse pas de catalogue des droits de la personnalité – celui-ci serait nécessairement incomplet, vu le caractère large de cette notion et l'évolution constante de la société[1285]. L' « atteinte » est également définie de façon large, dès lors que tout comportement d'un tiers causant un trouble dépassant ce qu'un individu doit généralement supporter dans les relations sociales suffira à la retenir[1286].

1303. Trois types d'atteinte à la personnalité sont envisageables dans le cadre du recouvrement privé de créances. Le premier concerne les allégations sur la solvabilité même du débiteur, le second les méthodes de recouvrement et le troisième la protection des secrets. Relevons d'emblée qu'une atteinte à la personnalité est en principe illicite[1287], sauf si l'auteur peut se prévaloir d'un motif justificatif[1288]. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons des actions à disposition de la victime[1289].

1304. La protection de la personnalité – en particulier de l'honneur – est plus développée en droit civil qu'en droit pénal[1290]. Dans un cas concret, il sera donc parfois possible d'agir sur la base de l'art. 28a CC sans qu'une infraction n'ait été constatée.

A) Honneur et solvabilité

1305. L'honneur est défini comme la considération et l'estime sociale dont jouissent les individus, dont les atteintes s'examinent en fonction du cas concret[1291]. La solvabilité en est une composante, car le fait d'être considéré comme quelqu'un de peu fiable dans ses engagements financiers est propre à diminuer la considération dont jouit la personne[1292]. Vu la protection large dont

---

1284 BUCHER, N 398 ss ; GUILLOD, N 157 ss ; MEIER/DE LUZE, N 699 ss.

1285 BUCHER, N 435 ss ; GUILLOD, N 141 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 17.

1286 GUILLOD, N 164 ; MEIER/DE LUZE, N 655 s. ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 39 ; ATF 136 III 296, consid. 3.2.

1287 GUILLOD, N 166 ; MEIER/DE LUZE, N 661 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 45.

1288 BUCHER, N 543 ; GUILLOD, N 167 ; MEIER/DE LUZE, N 661 ss ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 46 ;

1289 *Infra* N 1312 ss.

1290 GUILLOD, N 135 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.93 ; MEIER/DE LUZE, N 566, 728, n. 1112 ; PIETH, p. 93 ; TF, 5A_170/2013, 5A_174/2013, consid. 3.2.

1291 BUCHER, N 469 ; GUILLOD, N 154 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.85 ; MEIER/DE LUZE, N 620 ss ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 17, 28.

1292 GUILLOD, N 154 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.92 ; MEIER/DE LUZE, n. 1112.
Le Tribunal fédéral reconnaît au poursuivi un intérêt à faire constater l'inexistence d'une dette en utilisant cet argument : ATF 120 II 20, JdT 1995 I 130, consid. 3c.

bénéficient les droits de la personnalité, la véracité de l'élément divulgué ne suffit pas nécessairement à exclure que l'atteinte soit illicite[1293].

1306. L'atteinte à la sphère privée par la divulgation d'éléments relatifs à la créance impayée nous semble essentiellement relever du droit de la protection des données, que nous étudierons dans la seconde section de ce chapitre[1294]. En revanche, des considérations sur l'honnêteté du débiteur relèvent des droits de la personnalité.

1307. L'honneur – et par conséquent la solvabilité – est également protégé par le droit pénal, notamment par les articles 173 et suivants CP, que nous avons déjà traités[1295].

B) Méthodes

1308. User de menaces est un comportement prohibé tant en droit civil qu'en droit pénal[1296]. Le recouvreur ne peut donc pas faire pression de manière indue sur le débiteur pour le contraindre à payer. Nous renvoyons ici à la casuistique précédemment développée[1297], en rappelant que l'illicéité d'un acte est plus aisée à retenir sous l'angle du droit civil.

1309. La personnalité du débiteur est également protégée contre certaines méthodes utilisées par un recouvreur indélicat. Les visites au domicile, les contacts avec les proches et l'employeur risquent autant de porter atteinte à l'honneur du débiteur que des allégations fausses sur sa solvabilité.

1310. Enfin, comme en matière pénale, le harcèlement est constitutif d'une atteinte aux droits de la personnalité de la victime, spécialement prévue par l'art. 28b CC. Nous y reviendrons[1298].

1293 BUCHER, N 470 ; ATF 122 III 456, JdT 1998 I 131, consid. 3a.

1294 *Infra* N 1333 ss.
Voir la distinction faite par : BUCHER, N 455, 461 ss ; GUILLOD, N 153.

1295 *Supra* N 1198 ss.

1296 Sous l'angle de l'action en prévention d'une atteinte : BUCHER, N 555.

1297 *Supra* N 1202 ss.

1298 *Infra* N 1321 ss.

C) Secrets

1311. La violation du secret professionnel, que nous avons abordé sous l'angle du droit pénal – est aussi une atteinte à la personnalité[1299]. Vu le but poursuivi par les dispositions pénales en la matière – notamment la protection de la confiance des individus – on concevrait en effet mal que l'on puisse divulguer ces éléments sans mettre en danger la personnalité du maître du secret.

§ II. Actions

1312. La protection contre les atteintes à la personnalité doit être concrétisée pour être effective. Le législateur a prévu deux types de mécanismes : les actions en protection de la personnalité (A) et les actions en responsabilité civile (B). En fonction des circonstances, il serait également possible qu'une indemnisation du tort moral puisse être réclamée (C).

A) Protection de la personnalité

1313. Une fois une atteinte à la personnalité constatée, reste à savoir si un motif justificatif lui retirerait son caractère illicite. L'art. 28 al. 2 CC liste trois motifs justificatifs : le consentement, l'intérêt prépondérant et la loi[1300]. La faute ne joue en revanche aucun rôle dans les atteintes à la personnalité[1301].

1314. Le consentement[1302] est sans doute la voie la plus simple pour parer à l'illicéité de l'atteinte. Mais on peut douter de la volonté du débiteur de consentir à ce que sa personnalité soit touchée pour le contraindre à payer. De plus, le consentement est révocable – pour le futur – en tout temps[1303]. Il ne s'agit donc pas d'une solution absolue et durable pour se prémunir contre une action du débiteur.

1315. Nous ne pensons pas qu'un intérêt prépondérant – public ou privé – puisse être retenu dans le cas du recouvrement. La pesée des intérêts[1304] entre l'honneur du débiteur ou le respect de sa vie privée et la récupération de quelques dizaines ou centaines de francs ne nous semble pas pencher en faveur du recouvreur. Notons également que pour BUCHER, un simple intérêt lucratif –

1299 De façon générale, au sujet de l'art. 321 CP : HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 13.03 ss ; ATF 91 I 200, JdT 1966 I 295, consid. 2.

Pour le secret professionnel de l'avocat uniquement : ATF 136 III 296, consid. 3.1.

1300 BUCHER, N 495 ss ; MEIER/DE LUZE, N 661 ss ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 46.

1301 MEIER/DE LUZE, N 660 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 55.

1302 BUCHER, N 497 ss ; GUILLOD, N 168 ; MEIER/DE LUZE, N 667.

1303 GUILLOD, N 168 ; MEIER/DE LUZE, N 667.

1304 BUCHER, N 516 ss ; GUILLOD, N 169 ; MEIER/DE LUZE, N 681 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 49.

dans notre cas, celui du créancier ou du recouvreur – ne suffit pas à justifier une atteinte[1305].

1316. Enfin, la loi pourrait justifier une atteinte[1306], mais il n'existe aucune base légale réglementant le recouvrement privé de créances ou permettant de s'en prendre à un débiteur.

1317. Une fois qu'une atteinte illicite à la personnalité a été constatée ou risque de se produire, trois possibilités sont à la disposition de la victime, en fonction du moment auquel on se trouve. Le juge peut interdire l'atteinte future, faire cesser l'atteinte existante, ou constater le caractère illicite de l'atteinte passée[1307]. Cette dernière option suppose toutefois que le trouble demeure encore, ne serait-ce que de façon latente[1308]. Si besoin, le juge peut forcer le respect de l'interdiction qu'il prononce par la menace de la sanction pénale prévue à l'art. 292 CP[1309].

1318. L'art. 28a al. 2 CC prévoit la possibilité de faire communiquer une rectification ou le jugement à des tiers, voire à le publier[1310]. La rectification portera surtout sur les données de solvabilité, mais ce point concerne principalement le domaine de la protection des données, que nous étudierons bientôt[1311].

1319. Quant à la publication du jugement, cette voie ne nous paraît guère judicieuse. Le débiteur soucieux de protéger sa réputation ne souhaitera généralement pas que ses déboires avec une société de recouvrement soient exposés sur la place publique, ce qui aurait l'effet inverse de celui recherché.

1320. L'action de l'art. 28a CC ne permet pas en tant que telle de réclamer des dommages-intérêts. L'alinéa 3 de cette disposition réserve expressément les actions en dommages-intérêts, en tort moral, et en remise du gain[1312]. Cette dernière ne nous paraît que rarement applicable, le recouvreur ne gérant pas l'affaire du débiteur à sa place. Nous nous limiterons donc aux deux premières hypothèses dans la suite de nos développements.

1305 BUCHER, N 518.

1306 BUCHER, N 541 ss ; GUILLOD, N 170 ; MEIER/DE LUZE, N 696.

1307 GUILLOD, N 171 ss ; MEIER/DE LUZE, N 733 ss, 755 ss ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 2 ss ; ATF 136 III 296, consid. 3.2.

MEIER/DE LUZE, N 734, voient ces trois branches comme l'expression d'un seul moyen, pris à des moments différents.

1308 MEIER/DE LUZE, N 768 ; ATF 127 III 481, JdT 2002 I 425, consid. 1c aa.

1309 GUILLOD, N 173 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28a N 5.

1310 BUCHER, N 566 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 13.03 ss ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28a N 9.

1311 *Infra* N 1333 ss.

1312 MEIER/DE LUZE, N 771 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 15 ss.

1321. Une disposition particulière sur le harcèlement et les menaces – également des atteintes à la personnalité[1313] – vient utilement compléter l'éventail d'actions de l'art. 28a CC, il s'agit de l'art. 28b al. 1 CC. Même si elle a été adoptée dans le but de répondre aux problèmes de violence conjugale, cette disposition n'est pas limitée aux personnes mariées, liées par un partenariat ou aux concubins[1314].

1322. La victime de harcèlement ou de menaces peut demander que des mesures soient prises pour que cette situation contraire au droit cesse. Les trois mesures citées dans l'article même ne sont qu'exemplatives et peuvent être combinées[1315]. Au besoin, il est également possible dans ce cadre d'assortir la mesure de la menace d'une sanction pénale au sens de l'art. 292 CP[1316]. Le juge qui prononce une telle mesure doit toujours respecter le principe de proportionnalité[1317].

1323. Dans le cadre particulier du recouvrement, le débiteur harcelé peut demander à ce que les contacts soient limités. En fonction des circonstances du cas d'espèce, le juge pourra ordonner un changement dans les méthodes du recouvreur, voire une interdiction de contact dans les cas les plus graves. Cela aura bien évidemment un effet sur le contrat de recouvrement[1318].

B) Responsabilité civile

1324. Faute de relation contractuelle entre le débiteur et le recouvreur, la voie de la responsabilité contractuelle est exclue. Ne reste donc que la responsabilité civile. La disposition centrale en la matière est l'art. 41 al. 1 CO, qui permet de réclamer des dommages-intérêts en cas d'acte illicite. Nous en avons déjà examiné les conditions[1319].

1325. Une atteinte à la personnalité étant illicite[1320], la responsabilité aquilienne semble toute indiquée. La preuve du dommage[1321] et l'interdiction des dommages-intérêts punitifs[1322] sont cependant des obstacles majeurs quant

---

1313 GUILLOD, N 176 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 13.03 ss ; MEIER/DE LUZE, N 954 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28 N 3 ; SCHWENZER, N 50.13.

1314 BUCHER, N 443.

1315 BUCHER, N 570 ; MEIER/DE LUZE, N 955.

1316 GUILLOD, N 176.

1317 GUILLOD, N 176 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 13.03 ss ; MEIER/DE LUZE, N 956 ; BSK ZGB I-MEILI, CC 28b N 5.

1318 *Infra* N 1349 ss.

1319 *Supra* N 1018 ss.

1320 GUILLOD, N 180 ; MEIER/DE LUZE, N 782.

1321 *Supra* N 1077.

HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.92, considèrent toutefois qu'une atteinte à l'honneur sous l'angle de la solvabilité permettrait de réclamer des dommages-intérêts pour des affaires manquées.

1322 *Supra* N 1023.

à l'application de cet article. Sauf cas très particuliers, le débiteur victime d'une atteinte à sa personnalité n'en aura subi aucun désavantage économique. Même si sa mauvaise situation financière lui fait perdre une opportunité de gain, l'absence d'indemnisation pour perte d'une chance[1323] réduit drastiquement ses chances d'obtenir des dommages-intérêts.

1326. L'art. 55 CO traite de la responsabilité de l'employeur pour les actes illicites commis par ses subordonnés, qui sont généralement ses employés dans le cadre du contrat de travail[1324]. Le contrat de recouvrement n'appartenant pas à cette catégorie[1325], cet article ne permettra pas d'imputer au créancier les actes du recouvreur.

1327. En revanche, si le recouvreur n'agit pas lui-même, mais délègue son obligation à ses employés, il pourra répondre sur cette base du dommage qu'il cause, à moins d'avoir bien choisi, instruit et surveillé ses employés[1326] – à condition toujours que ceux-ci aient agi de façon contraire à la loi. Le recouvreur pourra alors se retourner contre eux dans les rapports internes, sur la base de l'art. 51 CO[1327].

1328. L'art. 50 CO inclut l'instigateur d'un acte illicite dans le cercle de ceux qui doivent en répondre[1328]. Ainsi, tant le créancier qui incite son partenaire à faire pression sur le débiteur que le recouvreur qui donne des instructions à ses employés pourraient en répondre sur cette base – ce qui ferait alors obstacle à l'application de l'art. 51 CO.

1329. Étant donné que le recouvreur n'a aucun lien contractuel avec le débiteur, celui-ci ne pourra pas agir contre celui-là en vertu de l'art. 101 al. 1 CO pour responsabilité de l'auxiliaire, comme nous l'avions démontré[1329].

C) Tort moral

1330. La possibilité de demander une indemnité pour tort moral est régie par l'art. 49 al. 1 CO, qui dispose : « [c]elui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. ». L'art. 47 CO, qui traite du cas de l'indemnité en

1323 *Supra* N 1062.
1324 CR CO I-WERRO, CO 55 N 7.
1325 *Supra* N 327.
1326 Les trois « *curae* » : CR CO I-WERRO, CO 55 N 17 ss.
1327 CR CO I-WERRO, CO 51 N 4, 10 ss.
1328 CR CO I-WERRO, CO 50 N 5 ; ATF 138 III 337, consid. 6.1.
1329 *Supra* N 336 ss.

cas de lésions corporelles ou de mort[1330] ne nous paraît heureusement pas applicable aux cas typiques de recouvrement.

1331. Le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité suppose comme première condition une souffrance psychique d'une gravité particulière[1331]. Cette hypothèse ne nous paraît que rarement envisageable dans une situation de recouvrement. Les infractions les plus graves que nous avons listées – notamment l'extorsion et la dénonciation calomnieuse – pourraient cependant en justifier le versement[1332].

1332. Les critères de fixation de l'indemnité ne sont pas clairement établis, vu qu'il s'agit de fixer le prix de la souffrance d'un individu, qu'il est difficile de chiffrer objectivement. Le juge statue donc en équité[1333]. Le montant restera quoi qu'il en soit faible, la jurisprudence à ce sujet étant très restrictive[1334].

Section II : Protection des données

1333. Selon son article premier, la Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)[1335] « vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. ».

1334. Il est notoire – assumé et parfois présenté comme argument publicitaire – que les recouvreurs recueillent des données sur les débiteurs et offrent leurs services pour aider à déterminer la solvabilité d'un futur client. Ils agissent parfois seuls, mais peuvent également avoir recours à des sociétés tierces. Comme nous l'avons déjà mentionné, la problématique des sociétés spécialisées en renseignement économique a fait l'objet d'une autre de nos contributions, et sort du cadre de notre étude[1336].

1335. La transmission des données au recouvreur, qui agit comme représentant du créancier, n'est pas en elle-même problématique, dès lors qu'elle est nécessaire à la bonne exécution du contrat et que les informations ne seront pas transmises à tiers. Le recouvreur ne peut en revanche pas transmettre des informations de quelque nature que ce soit à une société de renseignements

---

1330 CHAPPUIS C., Tort moral, p. 15.

1331 CHAPPUIS C., Tort moral, p. 15, 18 s. ; GUILLOD, N 181 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1216, 1882 ; CR CO I-WERRO, CO 49 N 4 ss.

1332 Pour un exemple en cas de dénonciation calomnieuse (entre CHF 5 000.— et 7 000.—) : ATF 127 IV 141, consid. B.

1333 CHAPPUIS C., Tort moral, p. 20 s., 25 ss ; CR CO I-WERRO, CO 49 N 13 ss ; ATF 125 III 369, consid. 2.

1334 Voir les montants accordés pour des infractions particulièrement graves (séquestration, prise d'otage, viols en série, *etc.*), résumés aux ATF 129 IV 22, consid. 7.4.

CHAPPUIS C., Tort moral, p. 21 s.

1335 RS 235.1.

1336 *Supra* N 10.

économiques sans violer la loi sur la protection des données[1337]. Nous considérons également que l'engagement d'un recouvreur n'est pas un indice d'insolvabilité du débiteur.

1336. En premier lieu, une poursuite simple n'est pas un indice de l'insolvabilité, elle est uniquement le reflet d'un conflit entre le créancier et le débiteur. En particulier, elle ne préjuge pas de l'existence de la créance ou du montant effectivement, vu qu'aucune preuve n'est à fournir au moment de la requête. Le seul garde-fou est l'avance de frais consentie par le créancier, qu'il perdra si la procédure n'est pas menée à terme[1338]. Or, engager un recouvreur est encore plus simple, même si on peut espérer que celui-ci vérifiera que son partenaire contractuel dispose de preuves de sa créance, et que le créancier s'expose à devoir indemniser le recouvreur s'il le fait agir pour une créance fantaisiste, mais il n'est pas possible de le garantir.

1337. En second lieu, les montants en jeu sont souvent dérisoires par rapport à la capacité de gain d'une personne, même si ses revenus sont faibles. On pourrait certes objecter que le fait de laisser traîner ou refuser de payer une dette de faible montant indique que le débiteur est aux abois, mais il s'agit le plus souvent d'une négligence.

1338. Parfois, cela peut révéler que le débiteur est un « mauvais payeur », peu prompt à s'acquitter de ses dettes autrement que sous la menace. À nouveau, tirer ce type de conclusion à partir d'une seule occurrence est un raccourci malheureux. Quoi qu'il en soit, on sort ici du cadre de l'art. 13 let. c LPD, qui vise à évaluer le « crédit », donc la solvabilité au plan financier, et non les « habitudes de paiement » ou la « morale de paiement », si tant est que ces termes aient la moindre véracité[1339]. Une telle collecte de données est illicite.

1339. En troisième lieu, les données doivent être conservées pendant une durée raisonnable – ce critère étant dépendant, entre autres, du montant de la dette[1340].

1340. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, dans un avis, rappelle que les rappels ou le refus de payer des frais ne sont pas des indications valables quant à la solvabilité[1341]. Ces avis n'ont pas de force probante particulière, mais sont « prises en compte dans le cadre de la pesée des intérêts »[1342]. Il ajoute également que la menace de communiquer à des tiers un

1337 CELLINA/GEISSBÜHLER, N 54 s.

1338 Pour l'analyse de l'art. 68 LP : *supra* N 1144.

1339 CELLINA/GEISSBÜHLER, N 30 ss.

1340 MEIER, Protection des données, N 684.

1341 http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00848/index.html?lang=fr.

1342 ATF 141 III 119, consid. 8.3.

cas d'insolvabilité sans que la preuve en existe est contraire aux mœurs. Nous allons plus loin, et la considérons comme illicite, car pouvant être qualifiée de contrainte[1343].

1341. L'art. 13 du projet de Loi sur la protection des données, tel qu'il ressort du Message du Conseil fédéral de 1988, limitait le motif justificatif aux personnes inscrites au registre du commerce[1344]. Cette restriction a été abandonnée par la suite et ne figure pas dans le texte actuel. Dans le cadre de notre étude, nous ne pouvons que le regretter.

1342. L'art. 15 LPD renvoie aux actions protectrices de la personnalité du Code civil contre les atteintes par un traitement illicite de données[1345]. Nous renvoyons à nos précédents développements[1346].

1343 Pour l'analyse de la contrainte : *supra* N 1175 ss, et spécialement N 1224 ss.

1344 FF 1988 I 421, p. 468 ; CELLINA/GEISSBÜHLER, N 23.

1345 MEIER/DE LUZE, N 732.

1346 *Supra* N 1313 ss.

Synthèse

1343. Le droit civil pose également des limites à l'action du recouvreur, qui ne seront pas actionnées d'office, mais nécessiteront une action du débiteur s'estimant lésé. Nous dénombrons trois options.

1344. Le droit de la protection de la personnalité offre une large palette de moyens au débiteur qui serait atteint par les méthodes d'un recouvreur indélicat. En offrant la possibilité de prévenir, d'interdire ou de canaliser une action contraire au droit, le droit civil offre des solutions plus appropriés que la simple condamnation *ex post* du droit pénal.

1345. En termes de réparation, le droit civil est en revanche fort peu armé. La publication du jugement ne nous paraît guère judicieuse. Le versement de dommages-intérêts se heurtera quant à lui à des problèmes de preuve. Enfin, l'indemnisation d'un tort moral suite à l'action du recouvreur nous semble peu probable, et le montant que peut espérer obtenir le débiteur sera très certainement dérisoire.

1346. Le fait de traiter, conserver ou transmettre des données concernant la solvabilité du débiteur à des tiers est une pratique illicite sous l'angle de la protection des données. Le débiteur pourra donc en réclamer la suppression, et si nécessaire revenir aux actions protectrices de la personnalité.

1347. Au contraire du droit pénal, où la procédure est conduite par l'État, toutes ces actions civiles nécessitent que le débiteur lésé initie et intervienne dans la procédure. Or, même si une atteinte est objectivement commise, le débiteur renoncera probablement à consulter un avocat ou à entreprendre des actions longues et potentiellement coûteuses. Même si elle est bien conçue, la procédure risque d'être abandonnée à cause de ses difficultés de mise en œuvre. On retrouve ici le même phénomène d'apathie rationnelle qui avait conduit les créanciers à se détourner de la procédure civile ou de poursuite.

« *Lex III : Actioni contrariam semper et æqualem esse reactionem : sive corporum duorum actiones in se mutuo semper esse æquales et in partes contrarias dirigi.* »

Isaac NEWTON, *Philosophiæ Naturalis Principia Mathematica*.

Chapitre 14 : Effet contractuel des limites

1348. Les limites que nous avons développées dans les chapitres précédents encadre l'activité du recouvreur autant – sinon plus – que le ferait le contrat. Avant de conclure notre recherche, il convient donc de revenir sur le contrat de recouvrement (Section I) et sur le rapport de base (Section II) pour analyser l'impact des normes civiles et pénales sur le contrat.

Section I : Impact sur le contrat de recouvrement

§ I. Nullité

1349. L'illicéité étant un motif de nullité du contrat[1347], le recours à des méthodes prohibées risque d'atteindre la validité du contrat. Cependant, il serait peu cohérent de considérer le contrat comme pleinement valable, puis le rendre rétroactivement nul pour illicéité. Le cas est ici différent de l'impossibilité rétroactive que nous étudiions dans notre Chapitre 7[1348], et qui était due à la créance comme objet du contrat.

1350. D'ailleurs, la nullité du contrat n'est prévue que si son objet ou la finalité poursuivie par les parties est illicite, les méthodes pour y parvenir ne sont pas concernées[1349]. Dès lors que le but n'est pas en soi illicite et que d'autres moyens sont à la disposition du recouvreur, il convient de le considérer comme valide.

1351. Les instructions illicites étant nulles, le recouvreur n'a pas à en tenir compte[1350]. Si les méthodes sont stipulées en tant que telles dans le contrat, il convient à notre avis d'appliquer les règles de la nullité partielle

---

1347 *Supra* N 155.

1348 *Supra* N 711 ss.

1349 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 20 N 61.

1350 *Supra* N 626 ss.

(art. 20 al. 2 CO), afin de préserver le but poursuivi par les parties. Ainsi, il faut se référer à la volonté hypothétique des parties[1351]. Dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas conclu le contrat si elles avaient su que les méthodes stipulées étaient illicites, le contrat n'a pas lieu d'être. En revanche, un contrat qui se focaliserait sur le résultat plutôt que sur les moyens à dispositions, par exemple en laissant une large liberté d'action au recouvreur, ne devrait pas être tenu pour nul du simple fait que ce dernier a outrepassé les limites légales. Dans tous les cas, seule l'analyse du cas concret permettra d'obtenir une réponse.

1352. Enfin, une condamnation pénale ou une constatation du caractère illicite de l'atteinte à la personnalité du débiteur ne suffisent pas à elles seules à considérer que le contrat a pris fin. Seule une déclaration des parties peut y parvenir. Une fois encore, on ne pourrait pas considérer le contrat dans son entier comme rétroactivement nul.

1353. Le contrat devient en revanche impossible si le juge prononce une interdiction de rentrer en contact avec le débiteur, comme le lui permet l'art. 28b al. 1 CC[1352]. Cette impossibilité d'exécution mènera à la fin du contrat, mais vu que le recouvreur n'est soumis qu'à une simple incombance, il ne devrait pas avoir à verser des dommages-intérêts.

§ II. Dommages-intérêts

1354. Reste encore à déterminer si une des parties engage sa responsabilité vis-à-vis de l'autre lorsqu'une instruction donnée était contraire au droit. Relevons que ces instructions ne sont pas seulement déraisonnables, elles sont nulles, et ne sauraient déployer d'effet juridique[1353].

1355. Dans l'optique que nous avons retenue, le recouvreur ne pourra pas être tenu pour responsable, même s'il a dans un premier temps accepté les instructions du créancier[1354]. Quant au fait de donner des instructions illicites, cela ne crée pas en tant que tel un dommage au recouvreur, qui ne peut suivre aveuglément le créancier puis se retourner par la suite contre lui. Ne serait-ce que sous l'angle de l'obligation de réduire son dommage, le recouvreur aurait dû renoncer[1355].

1356. Enfin, si une indemnité a été versée au débiteur, à titre de dommages-intérêts ou de tort moral, on ne saurait en faire supporter la charge à l'un ou à l'autre sans analyse. En fonction des circonstances et des fautes de chacun,

1351 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, CO 20 N 101 ss ; HUGUENIN, N 434 ss.

1352 *Supra* N 1321 ss.

1353 Sur cette distinction : *supra* N 626 ss.

1354 *Supra* N 631.

1355 Sur cette notion : *supra* N 1086 ss.

le juge sera chargé d'attribuer à chacun la part qu'il devra supporter, en application des articles 50 et 51 CO[1356].

Section II : Impact sur le rapport de base

1357. Le recouvrement privé de créances se développant sur un rapport de base préexistant, un acte illicite du recouvreur pourrait également affecter les relations entre les parties. Nous examinerons trois possibilités de rétroaction : la possibilité pour le débiteur de résilier le contrat de base (§. I), son droit à des dommages-intérêts contractuels (§. II) et enfin le retour à une forme de *statu quo ante*, s'il a payé le créancier par suite de menaces illicites (§. III).

1358. Relevons d'emblée que les possibilités seront très limitées, vu le principe de la relativité des contrats. On conçoit cependant le malaise face à une situation où la fin justifierait les moyens.

§ I. Fin du contrat

1359. En règle générale, le recours à un recouvreur ne doit pas être vu comme une marque de défiance si grave qu'elle puisse causer la fin d'un contrat de durée, d'autant que celui qui s'en prévaudrait est celui à qui on reproche d'avoir mal exécuté son engagement. L'engagement d'un recouvreur est en revanche le signe que la relation entre les deux parties est en train de se détériorer.

1360. La commission d'un acte illicite par le recouvreur est cependant suffisamment grave pour que le débiteur puisse se défaire d'une relation s'inscrivant dans la durée. Cela atteint à notre avis la gravité objective requise pour que la relation entre les parties soit brisée[1357]. Nous relevons encore que l'acte conduisant à la résiliation n'a pas besoin d'être volontaire[1358], peu importe donc que le créancier sache ou non quelles sont les pratiques du recouvreur qu'il a engagé.

1361. Comme pour toute résiliation pour justes motifs, le débiteur doit agir dès que la violation survient. À défaut, on considérera que la violation n'était pas – subjectivement – grave au point de justifier une résiliation[1359]. Il est admis que des violations mineures, mais répétées, puissent constituer un juste motif

---

1356 Sur ces articles : *supra* N 1327 s.

1357 VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 13 ; CR CO I-WINIGER, CO 18 N 209.

1358 On ne trouve pas trace de cette condition chez VENTURI-ZEN-RUFFINEN, ni dans la jurisprudence fédérale.

1359 VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 17.

de résiliation[1360]. Le raisonnement sera le même en cas de harcèlement, le débiteur pouvant mettre fin au contrat dès que l'action du recouvreur devient intolérable.

1362. Cette résiliation ne mettra toutefois fin au contrat que pour l'avenir, et n'est guère utile pour les contrats instantanés ou déjà pleinement exécutés. Le droit suisse ne connaît pas de « résolution pour justes motifs ».

§ II. Dommages-intérêts

1363. Le simple engagement du recouvreur – et donc la volonté de réclamer l'exécution du contrat – ne peut à notre avis pas fonder une responsabilité contractuelle du créancier à l'égard du débiteur. Même si un acte illicite est commis, le créancier pourrait en répondre comme auteur ou instigateur, sur la base de la responsabilité aquilienne, mais cela sort du champ typique de la mauvaise exécution du contrat. Tout au plus, le créancier pourrait répondre de la violation des certaines clauses spécifiques, par exemple de confidentialité.

1364. L'emploi de méthodes illicites ne doit pas conduire à la perte de la créance. Cette conséquence est disproportionnée. Au plan théorique, cela reviendrait à une forme de dommages-intérêts punitifs, qui se matérialiseraient par la perte d'un droit plutôt que par la naissance d'une créance[1361]. Il est certes concevable que le débiteur soit au bénéfice d'une créance en dommages-intérêts contre le créancier pour acte illicite, puis décide d'exercer la compensation, mais cela présuppose l'existence d'un dommage véritable et reste en phase avec la conception du droit suisse en matière d'indemnisation.

1365. Dans une optique législative d'interdiction ou de répression des abus en matière de recouvrement, l'instauration d'une norme allant dans ce sens serait *a priori* efficace. Elle n'est cependant pas la bienvenue. D'une part, un arsenal répressif existe déjà pour les cas inadmissibles. D'autre part, les problèmes de mise en œuvre seraient trop importants. L'examen particulier de chaque cas – nécessaire si l'on veut garantir un exercice juste de ce droit sans offrir une échappatoire commode à tout débiteur récalcitrant – prendrait trop de temps et nécessiterait le recours à la justice dans les cas litigieux. Or, l'efficacité accrue, notamment en évitant une procédure officielle, est justement un des principaux arguments justifiant l'existence des contrats de recouvrement[1362]. Ajouter à l'argumentation entre les parties la nullité potentielle de l'obligation rendrait la situation encore plus complexe. Ainsi, en

[1360] VENTURI-ZEN-RUFFINEN, p. 14.

[1361] Ces deux formes de peine se retrouvent dans la clause pénale : *supra* N 1194.

[1362] *Supra* N 203 ss.

voulant prévenir certains abus par une norme maladroite, le législateur condamnerait ce secteur, ce qui n'est pas une conséquence souhaitable.

§ III. Restitution des sommes payées

1366. Il se peut que le débiteur ait payé le créancier suite à des manœuvres répréhensibles du recouvreur. Nous allons donc examiner si et dans quelle mesure il est possible que le débiteur se voie replacé dans la situation qui était la sienne avant l'intervention du recouvreur.

1367. En admettant par hypothèse que l'obligation découlant du rapport de base soit valable et que le recouvreur ait eu un comportement contraire au droit et que ceci ait provoqué le paiement par le débiteur, deux possibilités sont envisageables : la crainte fondée (A) et l'enrichissement illégitime (B). Ces actions sont dirigées contre le créancier, qui est le bénéficiaire du paiement. Elles restent indépendantes d'une éventuelle prétention contre le recouvreur.

A) Crainte fondée

1368. La crainte fondée est un vice du consentement, que l'on trouve aux articles 29 et 30 CO. L'effet est celui qui est attendu, à savoir le fait qu'un acte causé par une crainte fondée ne lie pas la victime – même si la crainte fondée est le fait d'un tiers[1363]. Si le cocontractant ignorait de bonne foi la menace faite par un tiers, l'invalidation est toujours possible, mais conduire à une indemnisation par la victime, fixée en équité[1364]. Ainsi, le fait que le créancier n'agisse pas lui-même, mais par l'intermédiaire d'un recouvreur est sans importance.

1369. Le but de l'invalidation pour crainte fondée est de remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne si son partenaire avait agi de façon conforme au droit. Cependant, il s'agit d'un vice qui affecte la conclusion du contrat. Or, le rapport de base n'a pas été invalidé par une des parties dans cette hypothèse. On ne saurait considérer que la crainte fondée causée par le recouvreur existait déjà au moment de la conclusion du contrat de base.

1370. Nous avons abondamment traité de la contrainte, qui vise à protéger la liberté personnelle des individus. La crainte fondée en est la contrepartie « civile », mais elle ne permet que de se départir du contrat[1365]. La récupération d'un paiement vicié ressortit uniquement au domaine de l'enrichissement illégitime.

1363 HUGUENIN, N 555 ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 29/30 N 21 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 834.

1364 HUGUENIN, N 555 ; CR CO I-SCHMIDLIN, CO 29/30 N 22.

1365 CR CO I-SCHMIDLIN, CO 29/30 N 4.
Certains auteurs la rattachent à l'extorsion : TERCIER/PICHONNAZ, N 832.

B) Enrichissement illégitime

1371. Les montants indus que le débiteur a payés volontairement peuvent être réclamés sur la base des articles 62 et 63 CO. Les conditions de l'action en enrichissement illégitime sont les suivantes : il faut un enrichissement et un appauvrissement en lien de connexité, suite à un paiement sans cause, fait par erreur[1366]. Le délai de prescription est celui de l'article 67 CO, soit un an dès la connaissance du droit, mais au plus dix ans dès la naissance de la prétention[1367].

1372. Le débiteur doit prouver qu'il était dans l'erreur au moment du paiement. La jurisprudence n'est pas très stricte lorsqu'elle analyse cette condition, elle l'admet notamment dès que le débiteur n'a pas l'intention de faire une donation[1368]. L'erreur n'a pas à être excusable ou essentielle pour être admise[1369].

1373. L'article 86 LP prévoit également une « action en répétition de l'indu » – selon l'intitulé de sa note marginale – qui diffère légèrement des articles 62 et 63 CO. En particulier, la condition du paiement fait volontairement, mais par erreur n'est plus relevante[1370]. On substitue à l'erreur la condition de contrainte, réalisée par la procédure de poursuite[1371]. Le paiement doit toujours être indu pour justifier sa restitution[1372].

1374. Cet article ne trouve pas directement application dans le cadre du recouvrement privé de créances, qui se distingue nettement de la procédure de poursuites. Toutefois, pour le Tribunal fédéral, l'article 63 CO ne s'applique qu'en cas de paiement volontaire, ce qui exclut les actes faits sous la contrainte[1373].

1375. Comme nous l'avons vu, la menace d'une poursuite afin d'obtenir le paiement des frais est un acte de contrainte au sens de l'article 181 CP[1374]. Il convient donc à notre avis de reconnaître que le paiement fait sous la menace n'est pas volontaire. Cette solution permet aussi de faire le lien entre les articles 63 CO et 86 LP. La poursuite et la menace de poursuite doivent à notre avis être traitées de la même façon, sans traiter de façon plus favorable le recouvreur –

1366 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 62 N 3, CO 63 N 8 ; BSK OR I-SCHULIN, CO 63 N 1 ; SCHWENZER, N 55.06 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1828.

1367 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 67 N 1 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1853 ss.

1368 TERCIER/PICHONNAZ, N 1848 ; TF, 4A.89/2004, consid. 5.1, non publié aux ATF 131 III 222.

1369 CR CO I-CHAPPUIS B., CO 63 N 8 ; BSK OR I-SCHULIN, CO 63 N 4 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1847 ; TF, 5C.51/2004, consid. 7.1.

1370 SPÜHLER, N 738 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1849 ; ATF 115 III 36, consid. 2.

1371 GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 86 N 8, 33, 36 ; PETER, p. 425 ; SPÜHLER, N 737.

1372 GILLIÉRON P.-R., Commentaire, LP 86 N 39 ; SPÜHLER, N 737.

1373 ATF 123 III 101, JdT 1997 I 586, consid. 3b.
Voir également : CR CO I-CHAPPUIS B., CO 63 N 5 ss.

1374 *Supra* N 1206.

ou de façon générale, le créancier – qui s'abstiendrait de faire valoir son droit par les voies légales.

1376. Dans le cas du recouvrement, le paiement effectué par le débiteur l'a bien appauvri, tout en enrichissant le recouvreur ou le créancier. Il nous faut toutefois distinguer deux situations, selon la cause du paiement.

1377. S'il est question du montant de base, il nous faut rappeler que la créance découlant du rapport de base est due par le débiteur dans notre hypothèse[1375]. Il s'agirait sinon d'un cas de nullité du contrat de recouvrement, dont nous avons déjà abondamment traité[1376]. Une condition de l'action en enrichissement illégitime – l'absence de cause – fait donc défaut.

1378. Le Code des obligations pourrait prévoir qu'un paiement fait sous la contrainte doit être restitué, replaçant ainsi les parties dans la situation qui aurait été la leur si le créancier avait agi de façon conforme au droit. La loi ne le fait pas, et il serait selon nous inutile de le prévoir. En effet, le créancier se verrait alors contraint de restituer ce qui lui appartient légitiment – du moins au sens du droit des obligations – faisant renaître le rapport de droit et l'obligeant à reprendre une procédure depuis le début. De plus, le débiteur devrait, si nécessaire, lui réclamer par les voies de la poursuite ou de la procédure civile les montants qui sont dus, alors même qu'il devrait les restituer plus tard – ou compenser les montants. Ce serait un non-sens au plan juridique comme au plan économique.

1379. Nous parvenons à la conclusion qu'un paiement fait par le débiteur pour éteindre une obligation valable reste acquis au créancier, quels que soient les actes du recouvreur qui ont conduit à ce résultat. Ce résultat peut paraître choquant, mais il n'est que la conséquence du cloisonnement des différentes prétentions en droit des obligations.

1380. Cela ne signifie pas que les actions entreprises par le recouvreur resteront sans conséquence, ni que le créancier n'aura pas à en répondre s'il en est à l'origine, comme nous l'avons déjà vu dans nos précédents chapitres.

1381. La situation concernant les frais de recouvrement indus est tout autre. Au contraire du montant de base, ceux-ci n'ont aucune cause, et peuvent faire l'objet d'une action en enrichissement illégitime[1377]. Le débiteur devra agir contre celui qui a reçu le paiement indu, qu'il soit créancier ou recouvreur, en fonction de la situation de fait. Les stipulations entre ces derniers n'ont guère d'impact, dès lors qu'ils n'agissent pas comme de simples intermédiaires pour le paiement[1378].

1375 *Supra* N 1367.

1376 *Supra* N 711 ss.

1377 Voir la distinction que nous faisons : *supra* N 1162 ss.

1378 Sur la problématique : CR CO I-CHAPPUIS B., CO 62 N 67 ss.

1382. L'étendue de la restitution est déterminée par l'art. 64 CO, qui limite la restitution au montant dont le défendeur est encore enrichi, si ce dernier est de bonne foi quant au caractère indu du paiement[1379]. On ne saurait partir de l'idée que le créancier ou le recouvreur – même s'il s'agit de professionnels – sachent nécessairement quels frais sont dus ou indus. Il faut analyser chaque situation en fonction de ses spécificités propres.

[1379] CR CO I-CHAPPUIS B., CO 64 N 43 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1857 ss.

Synthèse

1383. Les limites posées – indirectement – par l'ordre juridique en matière de recouvrement ont pour effet de rendre une série de clauses nulles, mais ne prohibent pas de façon générale le recouvrement privé de créances. Quand bien même créancier et recouvreur auraient convenu de violer la loi, par contrat ou par le biais d'instructions, le but du contrat n'est pas en soi illicite, ce qui permet son exécution – moyennant un recadrage des méthodes.

1384. Cette nullité de certaines clauses et instructions ne conduit généralement pas à allouer à l'une ou l'autre des parties des dommages-intérêts pour mauvaise exécution. Dans la conception que nous avons retenue, ces éléments sont simplement dépourvus d'effets.

1385. L'impact sur le contrat de base est généralement limité. On peut considérer qu'une infraction pénale ou une atteinte à la personnalité est suffisante pour résilier immédiatement un contrat de durée, mais les contrats instantanés échappent à cette règle. Il serait également disproportionné de considérer que la créance disparaît si elle est recouvrée de façon illicite.

1386. Dans la même optique, le paiement basé sur une créance valable – même recouvrée par des manœuvres illicites – reste justifié au plan du droit des obligations. Le débiteur ne peut pas demander le remboursement de la somme au créancier, pour ensuite devoir la lui restituer par des voies « légales ».

« Good men don't need rules. »

Steven MOFFAT, Doctor Who – A Good Man Goes to War.

Conclusion

1387. Après avoir analysé successivement les rapports contractuels dans notre première partie, puis les relations entre les cocontractants et le débiteur dans notre seconde, nous voici arrivés au terme de notre étude.

1388. Il nous faut maintenant synthétiser les résultats de notre recherche, et proposer des pistes d'amélioration du droit suisse, sans perdre de vue que ce contrat est également révélateur de l'attitude générale dans notre pays face aux dettes de faible montant.

I. Synthèse générale

1389. Le contrat de recouvrement porte sur une créance due par un débiteur extérieur au contrat. Sans que cela ne soit obligatoire, il s'agit systématiquement de dettes d'argent, impayées au jour de la conclusion du contrat. La prestation promise par le recouvreur est alors de récupérer ce montant et de le rétrocéder au créancier[1380].

1390. Un élément caractéristique est que la rémunération du recouvreur est dépendante du paiement de la créance par le débiteur, qu'il doit avoir provoqué ou encouragé[1381]. Il se justifie donc d'appliquer les règles du contrat de courtage, qui prévoit également une rémunération conditionnelle, dépendante de l'action d'un tiers[1382].

1391. Le contrat de recouvrement est un contrat innommé *sui generis*, qui présente des éléments de contrat de courtage et de contrat de mandat, mais qui s'en distingue suffisamment pour ne pas pouvoir être complètement rattaché à l'un de ces contrats[1383]. Les règles du mandat sont toutefois très présentes dans sa réglementation, vu que le courtage y renvoie expressément[1384].

1392. Le recouvrement peut également inclure une composante de cession de créances, mais celle-ci n'est pas obligatoire. La nature du contrat change dans ce cas, pour refléter l'inclusion d'un nouvel élément juridique, mais le cœur des obligations et de notre réflexion ne change pas[1385]. Une modification notable est la forme du contrat, la cession de créance nécessitant la forme écrite[1386].

1393. Le contrat confère au recouvreur des pouvoirs de représentation, mais aussi celui d'effectuer des actes de fait, dans le respect des instructions du créancier. Il faut cependant lui reconnaître une large marge de manœuvre, vu son caractère spécialisé[1387].

1394. Le recouvreur n'a qu'une incombance d'agir et de parvenir au résultat escompté. Sauf convention contraire, il ne s'agit que d'une condition lui permettant de réclamer son salaire[1388]. La restitution du montant recouvré, la fidélité et la diligence sont cependant de véritables obligations à sa charge[1389].

1380 *Supra* N 33 ss.
1381 *Supra* N 78 ss.
1382 *Supra* N 289 ss.
1383 *Supra* N 395 ss.
1384 *Supra* N 302 ss.
1385 *Supra* N 373 ss.
1386 *Supra* N 486 ss.
1387 *Supra* N 626 ss.
1388 *Supra* N 495 ss.
1389 *Supra* N 678 ss.

1395. Le recouvreur doit apporter la preuve qu'il a causé le paiement par le débiteur. Or, cette preuve est difficile à apporter, vu que le débiteur est préalablement obligé auprès du créancier – au contraire du tiers dans le contrat de courtage qui bénéficie toujours de la liberté de ne pas conclure un contrat. Il est donc nécessaire selon nous de fixer un ensemble de présomptions[1390].

1396. En résumé, si le paiement est fait en mains du recouvreur, il est indéniable que celui-ci aura eu un impact sur la décision du créancier. En revanche, si le paiement est effectué directement auprès du créancier, on ne saurait immédiatement conclure l'inverse. Si le paiement est intervenu dans le mois qui suit la dernière action du recouvreur – un mois représentant généralement un cycle complet de revenus et de dépenses pour un individu – il convient de considérer que le paiement a été provoqué par cette action, ce qui ouvre le droit au salaire[1391].

1397. Tous ces éléments ne sont que des présomptions, visant à simplifier la preuve d'une disposition intérieure du débiteur. La preuve du contraire reste cependant toujours possible.

1398. L'obligation principale du créancier, verser le salaire convenu, se lit en parallèle du respect de l'incombance[1392]. Les impenses ne sont en principe pas remboursées, mais les parties peuvent en convenir autrement[1393].

1399. L'utilité du contrat de recouvrement est indéniable, car il complète plusieurs institutions juridiques existantes :

- Par rapport à la procédure de poursuite, il est plus souple et moins contraignant. Le rythme des opérations peut être décidé de concert avec le recouvreur ou laissé à sa discrétion. Le créancier n'a donc pas besoin d'un suivi permanent de tous ses débiteurs en souffrance.
- Par rapport aux procédures judiciaires, il est plus adaptable, moins risqué et bien moins cher. Il est particulièrement indiqué pour les petits montants.
- Par rapport à la cession de créances, il permet d'impliquer un tiers spécialiste sans être limité par l'incessibilité de la créance.
- Par rapport à l'exception d'insolvabilité au sens de l'art. 83 CO, il se situe après l'exécution par le créancier de sa propre prestation, moment où le Code des obligations ne lui offre plus de solutions véritablement utiles.

1390 *Supra* N 532 ss.

1391 *Supra* N 511 ss, 523 ss.

1392 *Supra* N 653 ss.

1393 *Supra* N 669 ss.

1400. Ces avantages ont cependant un prix. Même sans être un accessoire, le contrat de recouvrement reste basé sur une créance. Il est vulnérable à tout ce qui la remettrait en cause – extinction, résolution, révocation, résiliation, *etc.* L'effet rétroactif qu'ont certaines de ces règles empêche les parties de se prémunir par contrat des effets indésirables qu'elles peuvent engendrer[1394].

1401. Le contrat de recouvrement prend fin comme un contrat de mandat ou de courtage. L'exécution est la voie certainement souhaitée par les parties, mais le caractère sensible de la situation justifie que l'on puisse le résilier en tout temps sur la base de l'art. 404 al. 1 CO[1395].

1402. Une fois cette première analyse faite, il faut insister sur le fait que le recouvrement privé de créances se base sur un contrat. Rien de moins qu'un contrat, certes, mais rien de plus. Il faut donc distinguer ce que le recouvrement est et ce que les parties aimeraient en faire.

1403. Le recouvrement touche la sphère juridique du créancier comme celle du débiteur. Mais s'il est raisonnable d'admettre que ce contrat touche la sphère du créancier en lui accordant des droits et en lui imposant des obligations vis-à-vis de son partenaire contractuel, il n'est pas envisageable de procéder de même à l'encontre du débiteur : *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*.

1404. Le recouvreur ne peut réclamer des frais au débiteur, ni pour son propre compte, ni pour celui du créancier. Par rapport aux procédures étatiques – dont les tarifs sont strictement encadrés – il ne s'agit que d'une mesure de confort, et le créancier doit supporter l'intégralité des coûts engendrés par sa décision. Il n'est jamais possible de créer ou d'augmenter des obligations à la charge du débiteur sans le consentement de celui-ci[1396]. Des stipulations contraires dans le contrat de base sont envisageables, mais seulement si elles respectent les limites en matière de clause pénale, notamment l'exigence d'une déterminabilité objective[1397].

1405. Le créancier – comme toute personne – ne peut se comporter avec le débiteur de façon contraire aux principes généraux de l'ordre juridique. Le recouvreur ne le peut pas non plus : *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Il n'est pas un juge, il n'est pas un agent de police, il n'est pas un agent de l'office des poursuites. On ne trouve en lui aucune parcelle de puissance publique.

1406. L'*hybris* du recouvreur est sévèrement punie par le droit pénal[1398]. L'infraction qui caractérisera généralement le comportement du recouvreur

1394 *Supra* N 86 ss, 711 ss.
1395 *Supra* N 827 ss.
1396 *Supra* N 1008 ss, 1162 ss.
1397 *Supra* N 1095 ss.
1398 *Supra* N 1167 ss.

indélicat sera la contrainte[1399]. Le fait de chercher à générer un bénéfice illégitime sur le dos du débiteur pourra même mener à une qualification d'extorsion[1400].

1407. D'autres infractions – qui ne sont pas nécessairement commises par le recouvreur – peuvent également entrer en ligne de compte, notamment les atteintes à l'honneur[1401] ou au secret professionnel[1402], mais aussi la violation de règles relatives à la concurrence[1403] ou à la procédure de poursuite pour dettes[1404].

1408. Il peut paraître étonnant de consacrer tant de pages à l'aspect pénal du recouvrement. Les qualifications font plus penser à du racket, et non à l'activité d'un privé agissant en pleine lumière. L'absence d'une règlementation spécifique nécessite cependant d'en revenir aux infractions de la partie spéciale du Code pénal, où les atteintes à la liberté, à l'honneur et au patrimoine sont durement réprimées. L'utilité sociale ou l'importance économique de ce secteur ne peuvent – ni ne doivent – remettre en cause l'application de la loi pénale.

1409. Au plan civil, les excès du recouvreur seront qualifiés d'atteintes à la personnalité[1405] ou de violation des principes applicables en matière de protection des données[1406]. Cependant, le fait de devoir intenter – puis mener – une procédure longue et les difficultés rencontrées quant à la preuve du dommage subi sont certainement un frein aux actions entreprises par le débiteur[1407].

1410. Ces limites civiles et pénales dessinent en négatif le cadre légal dans lequel l'action du recouvreur et le contrat sur lequel il se base doivent s'inscrire, en frappant de nullité les clauses ou instructions contraires et en réprimant ceux qui dépasseraient les limites permettant une vie paisible en société[1408].

1399 *Supra* N 1175 ss.
1400 *Supra* N 1188 ss.
1401 *Supra* N 1198 ss.
1402 *Supra* N 1238 ss.
1403 *Supra* N 1245 ss.
1404 *Supra* N 1252 ss.
1405 *Supra* N 1301 ss.
1406 *Supra* N 1333 ss.
1407 *Supra* N 1347.
1408 *Supra* N 1348 ss.

II. Un contrat paradoxal

1411. L'étude du recouvrement privé de créances nous amène à constater plusieurs paradoxes :

1412. Le débiteur n'est pas censé être touché par le contrat conclu entre les deux parties, en vertu du principe de la relativité des contrats, mais il est tout autant concerné qu'elles. Il se trouvera au centre de l'attention, mais plus en tant qu'« objet » du contrat qu'en tant que véritable sujet de droit.

1413. En parallèle, alors qu'il n'est pas censé pouvoir intervenir dans la relation contractuelle, ses actions ont un impact indéniable sur le sort contrat – qu'elles consistent à payer ou à mettre à néant la créance.

1414. Le recouvrement est un expression contractuelle du principe *pacta sunt servand*a, et vise à en assurer le respect, mais la prestation principale promise n'est qu'une simple incombance, et non une véritable obligation. De même, les deux parties peuvent se débarrasser sans grands efforts du contrat, par le biais de l'art. 404 al. 1 CO.

1415. Tout dans ce contrat est affaire d'argent, de l'objet aux prestations promises par les parties, en passant par le bénéfice que toutes deux escomptent. Mais le cadre dans lequel la négociation s'inscrit est connu dès la conclusion : la créance à recouvrer est définie, et il est impossible de réclamer plus par le biais de frais ou de dommages-intérêts.

1416. La liberté contractuelle et l'absence de réglementation précise semble permettre un contrat modulable à l'infini, mais les règles générales du droit civil et pénal limitent fortement la liberté d'action des parties.

1417. Le recouvreur se veut une alternative aux poursuites ou au juge, en se plaçant hors d'un système considéré comme inefficace. Mais il n'assume pas de n'avoir aucun pouvoir, ni aucune possibilité de recourir à la force publique. En s'adressant à une personne privée, le créancier doit savoir que sa position n'est pas améliorée, et que le droit qu'il tire de sa créance ne s'en verra pas renforcé.

1418. Enfin, le dernier paradoxe est que le débiteur sera d'autant plus enclin à payer pour se « débarrasser » du recouvreur si celui-ci lui facture des frais toujours croissants ou use de menaces. La solution la plus simple est de payer la somme demandée, plutôt que d'agir en justice ou de porter plainte. Cela revient en somme pour le débiteur à acheter sa tranquillité. Or, obtenir ce paiement est précisément ce que le recouvreur souhaite.

1419. Il est regrettable que des moyens contraires au droit puissent être les plus efficaces dans ce cadre. La fin ne devrait jamais pouvoir justifier les moyens, sauf à remettre en cause l'idée même que l'on se fait du droit et de la justice.

III. Réglementation du recouvrement ?

1420. Comme l'ont montré nos développements, le système juridique suisse est apte *de lege lata* à gérer le recouvrement privé de créances. La grande flexibilité du droit des obligations offre un cadre satisfaisant pour régler les rapports entre les différentes parties, et les règles de protection de droit civil et pénal répriment les comportements abusifs.

1421. Pour être correctement appliquées, les règles de droit doivent être comprises de tous, sans être instrumentalisées au profit de l'une ou l'autre partie. Force est de constater que ce n'est pas le cas aujourd'hui – l'invocation répétée et abusive de l'art. 106 CO en est sans doute la preuve la plus évidente. La construction de règles applicables au recouvrement à laquelle nous nous sommes livrés tout au long de notre étude n'est pas aussi compréhensible qu'une norme légale explicite et accessible. Il existe donc une tension entre le monde juridique et la société civile, que notre ouvrage ne pourra que partiellement résoudre.

1422. La solution la plus radicale est l'interdiction de la pratique du recouvrement, mais elle est par trop extrême. Cela reviendrait à restreindre la liberté économique de manière excessive, à mettre en péril un pan de notre économie et à renoncer à tous les bénéfices que ce contrat peut apporter à ceux qui l'utilisent.

1423. Une des sanctions possibles pour garantir l'interdiction du recouvrement ou de certaines pratiques serait de prévoir une forme de super-nullité[1409]. Non seulement le contrat serait nul, mais le créancier perdrait de plus sa créance contre le débiteur. Si cette solution est bien efficace, elle présente deux désavantages criants. D'une part, elle viole la relativité des contrats en mettant à néant une créance valable par le biais d'un autre contrat. D'autre part, elle favorise injustement le débiteur, dont le refus de payer est récompensé. Cette sanction doit donc être maniée avec une précaution particulière.

1424. Une loi spéciale pourrait encadrer le recouvrement en droit suisse, comme certaines activités ressortissant principalement au Code des obligations le sont déjà : crédit à la consommation, voyage à forfait, *etc.* Mais le processus législatif est long et incertain. Nul doute que les questions des limites, des sanctions, de l'autorégulation et de la surveillance seraient âprement débattues, sans garantie de parvenir à un compromis.

[1409] Terme emprunté à MARCHAND, Consommation, p. 223, à propos de l'art. 32 al. 1 LCC, qui prévoit la perte du capital, des intérêts et des frais en cas de violation grave des obligations du donneur de crédit à la consommation.

1425. Une modification – ponctuelle – de la Loi sur la concurrence déloyale offre en revanche plusieurs avantages : elle interdit et réprime pénalement et civilement les actions contraires au droit, et laisse aux associations de consommateur la possibilité d'agir. Parallèlement, elle est plus facile d'accès pour la société civile que les longs développements que nous avons consacrés à ces problématiques. Il s'agit sans doute de la solution la plus efficace à l'heure actuelle, si la nouvelle disposition liste les abus les plus flagrants.

1426. Une formulation possible de ces normes – deux nouvelles lettres incluses dans le catalogue de l'art. 3 LCD – serait la suivante :

art. 3 LCD

Agit de façon déloyale celui qui, notamment :

[…]

let. v (nouveau)

pour son propre compte ou le compte d'un tiers, et dans le but d'inciter un débiteur à s'exécuter, entreprend ou menace d'entreprendre des actes qui ne sont pas en lien avec la créance ou qui sont disproportionnées, révèle ou menace de révéler l'existence de la créance à des tiers ;

let. w (nouveau)

sans les avoir valablement stipulés, facture ou fait facturer à son débiteur des frais pour le recouvrement extra-judiciaire de sa créance ;

1427. Ces nouvelles lettres permettent de traiter les principaux problèmes que nous avons relevés. La Loi sur la concurrence déloyale a pour but premier de favoriser la concurrence, et non de protéger une catégorie de la population. Toutefois, ces pratiques – méthodes agressives et frais injustifiés – sont également de nature à distordre la concurrence. Des méthodes trop agressives sont de nature à augmenter le taux de réussite réel ou supposé d'un recouvreur, qui attirera plus de clients, au détriment d'un autre plus respectueux de la loi.

1428. De même, la facturation de frais indus amène un avantage considérable au recouvreur qui en fait usage. S'il conserve le produit et augmente ses marges, cela améliorera mécaniquement sa rentabilité et permettra d'attirer de nouveaux investisseurs. S'il choisit plutôt d'en restituer une partie à ses clients créanciers, cela causera une baisse des prix qu'il propose, attirant par ce fait un nombre supérieur de clients.

1429. La réglementation que nous proposons peut donc tout à fait s'insérer dans la Loi sur la concurrence déloyale.

IV. *De minimis*

1430. Un adage latin veut que le juge ne s'occupe pas de petites affaires, qui ne sont pas dignes de son attention : *de minimis non curat praetor*. Hormis l'art. 74 LTF, qui fixe une valeur litigieuse minimale de CHF 30 000.— pour les recours en matière civile[1410], ce principe n'est guère apparent en droit suisse.

1431. L'apathie rationnelle des justiciables est cependant tout aussi efficace qu'une interdiction procédurale pour les montants les plus faibles. Nul ne songera aux tribunaux ou aux offices de poursuite si sa prétention ne porte que sur quelques dizaines de francs. Or, la société dans laquelle nous vivons voit ces petits montants se multiplier : achats en ligne, abonnements en tous genres, *etc.*

1432. La société, comme la nature, a horreur du vide. Il suffit que la procédure civile ne prenne pas en compte certains pans de l'économie pour que se développe rapidement un nouveau marché pour ces créances, où l'agrégation des montants rendra cette activité financièrement intéressante.

1433. Ce système alternatif n'est pas en soi problématique, mais le contexte dans lequel il s'inscrit l'est. Si le recouvrement privé a la même fonction que le recouvrement étatique, les clients et les recouvreurs s'attendront à pouvoir bénéficier des mêmes prérogatives. Deux attitudes sont alors possibles : d'une part considérer que la liberté économique n'est limitée que par l'imagination et les moyens des acteurs, d'autre part que la paix sociale n'est possible que si chacun est protégé dans sa sphère privée. La Constitution fédérale elle-même renvoie à cette dualité dans son préambule : « sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres ».

1434. Ces deux embranchements correspondent aux deux parties de notre thèse. La liberté contractuelle offre aux individus une large palette de droits et d'opportunités, mais les règles de protection de la personne limitent les actions qui porteraient une atteinte démesurée au bien-être de chacun.

1435. Les nombreux paradoxes que nous avons relevés dans notre synthèse illustrent cette tension. Les problèmes soulevés par le recouvrement ne sont que le reflet d'un malaise plus large, celui d'un système qui n'offre pas à chacun l'accès à la justice que tous réclament.

1436. La société du XXI^e^ siècle nécessite un changement de paradigme : *de minimis praetor curat*.

[1410] Référence explicite à ce principe par Comm. LTF-CORBOZ, LTF 74 N 6.

Sources

Table des lois et ordonnances

Traités internationaux

CEDH Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme, RS 0.101).

CL Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano ; RS 0.275.12).

Au plan fédéral

aCst. Constitution fédérale, dans une version antérieure à l'actuelle.

CC Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

CO Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220).

CP Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

Cst. Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

LAAM Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (Loi sur l'armée ; RS 510.10).

LBA Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent ; RS 955.0).

LCC Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1).

LDIP Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291).

LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (Loi sur la surveillance des marchés financiers ; RS 956.1).
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats ; RS 235.61).
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1).
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1).
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (RS 830.1).
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (RS 211.112.944).
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110).
OBA-FINMA	Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent ; RS 955.033.0).
OELP	Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35).
OIF	Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel du 18 novembre 2009 (RS 955.071). (abrogée au 1er janvier 2016)
ORTV	Ordonnance sur la radio et la télévision du 9 mars 2007 (RS 784.401).

Au plan cantonal

Dans le corps du texte et dans les notes de bas de page, les abréviations des actes cantonaux sont suivies d'une barre oblique et de la mention abrégée du canton.

Berne

Circulaire A8	Circulaire N° A 8 de l'autorité de surveillance en matière de poursuite et faillite du canton de Berne aux offices des poursuites et aux offices des faillites ainsi qu'aux juges de faillite et aux juridictions inférieures en matière de concordat du canton de Berne, concernant la représentation de créanciers par des employés des offices des poursuites.

Genève

LCI	Loi sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (RS/GE L 5 05)
LNot	Loi sur le notariat du 25 novembre 1988 (RS/GE E 6 05).
RDROCPMC	Règlement relatif à la délivrance de renseignements et de documents, ainsi qu'à la perception de diverses taxes, par l'office cantonal de la population et des migrations et les communes, du 23 janvier 1974 (RS/GE F 2 20.08).
RTFMC	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile (RS/GE E 1 05.10).

Publications des autorités

CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite adopté par le Conseil fédéral le 23 février 1886, du 6 avril 1886, *in* FF 1886 II 1 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'Assemblée fédérale concernant les dispositions transitoires pour la mise en vigueur de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 1er mai 1888, *in* FF 1888 II 826 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport à l'Assemblée fédérale concernant la révision du Code des obligations (supplément au Message du 3 septembre 1905), du 1er juin 1909, *in* FF 1909 III 747 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données, du 23 mars 1988, *in* FF 1988 II 421 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre le patrimoine et faux dans les titres) ainsi que la modification de la loi fédérale sur l'approvisionnement économique du pays (Dispositions pénales) du 24 avril 1991, *in* FF 1991 II 933 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchissage d'argent, LBA) du 17 juin 1996, *in* FF 1996 III 1057 ss.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, *in* FF 1997 I 1 ss.

COMMISSION DU CONSEIL DES ÉTATS, Rapport concernant le projet de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 13 novembre 1886, *in* FF 1886 III 655 ss.

COMMISSION DU CONSEIL NATIONAL, Rapport concernant le projet de loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 28 mars 1887, *in* FF 1887 I 616 ss.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Bref commentaire de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel, s. l. (s. n.) 2009 [cité : DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Commentaire OIF].

Bibliographie

ABEGG Philipp/GEISSBÜHLER Alex/HAEFELI Kurt/HUGGENBERGER Eric, Schweizerisches Bankenrecht – Handbuch für Finanzfachleute, Zurich (Schulthess) 2012.

ACHTARI Annick, Le devoir du lésé de minimiser son dommage : étude en droit des obligations, Zurich (Schulthess) 2008.

AEBI Viviane, Poursuite en réalisation de gage et procédure de mainlevée *in* JdT 2012 II p. 24 ss.

AMMON Kurt/WALTHER Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8e éd., Berne (Stämpfli) 2008.

ANTOGNAZZA Giampiero, Courtage, FJS 417, Genève (Fiches juridiques suisses) 1972.

ARNET Ruth, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss : eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Berne (Stämpfli) 2008.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Vol. I : L'État, 3e éd., Berne (Stämpfli) 2013.

AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Vol. II : Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne (Stämpfli) 2013.

BADDELEY Margareta, La forme sociale des organisations sportives – questions de responsabilité, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1999.

BERENSTEIN Alexandre, Le contrat de travail – un siècle d'évolution législative, *in* : PETER Hans/STARK Emil W./TERCIER Pierre, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht : Jubiläumsschrift/Le centenaire du code des obligations : mélanges, Fribourg (Éditions universitaires) 1982.

BERGER Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2012.

BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis, CPC – Code de procédure civile commenté, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2011 (cité : CPC-AUTEUR).

BOHNET François/MARTENET Vincent, Droit de la profession d'avocat, Berne (Stämpfli) 2009.

BÖHRINGER Peter/MÜNCH Peter/MÜLLER Roger/WALTENSPÜHL Alex (édit.), Prinzipien des Vertragsrecht, 2e éd., Zurich (Schulthess) 2010 (cité : PdV-AUTEUR).

BOILLAT Emmanuelle/DE PREUX Pierre, La jurisprudence de la Commission du barreau 2010-2014, *in* SJ 2015 II, p. 209 ss.

BONOMI Andrea, Le for au lieu de l'exécution dans le CPC et dans la LDIP : entre mythe et réalité, *in* BONOMI Andrea/GAULIS Dimitri/KOHLER Emilie/TAPPY Denis (édit.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève (Droz) 2012, p. 95 ss.

BOUVERAT David/WESSNER Pierre, Quelques questions choisies liées à la prescription extinctive : un état des lieux en droit suisse et quelques regards de droit comparé, *in* PJA 2010 p. 951 ss.

BROSSET Georges/BROSSET Didier, La poursuite pour dettes et la faillite : selon la loi fédérale du 11 avril 1889 : tableaux synoptiques, 9e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013.

BUCHER Andreas (édit.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé (LDIP), Convention de Lugano (CL), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2011 (cité : CR LDIP-AUTEUR).

BUCHER Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009.

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, Droit international privé, 3e éd. Genève, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013.

BURGENER Fabio, La responsabilité pénale du chef d'entreprise, *in* RPS 133/2015, p. 368 ss.

BURGY Alfred, Du jeu et du pari, Genève (Ramboz et Schuchardt) 1870.

BUTTICAZ Laurent, La notion d'insolvabilité en droit suisse, Genève (Schulthess) 2011.

CANTIENI Fabian, Verzugsschaden bei Geldschulden, Zurich (Université de Zurich) 1996.

CARRON Blaise, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, *in* CARRON Blaise/MÜLLER Christoph (édit.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis – Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013.

CELLINA Eva/GEISSBÜHLER Grégoire, Collecte et transmission de données relatives au crédit : cadre légal, validité et limites, *in* Jusletter du 13 Juillet 2015.

CHAIX François, Droit des contrats – partie générale et contrats spéciaux, *in* JdT 2009 I 4 (cité : CHAIX, Droit des contrats).

CHAIX François, La fixation du dommage par le juge, *in* CHAPPUIS Christine/WINIGER Bénédict (édit.), Le préjudice, une notion en devenir, Journée de la responsabilité civile 2004, Genève (Schulthess) 2005 (cité : CHAIX, dommage).

CHAPPUIS Benoît, La profession d'avocat, Tome I – Le cadre légal et les principes essentiels, Zurich (Schulthess) 2013 (cité : CHAPPUIS B., Avocat I).

CHAPPUIS Benoît, La profession d'avocat, Tome II – La pratique du métier : De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat, Zurich (Schulthess) 2013 (cité : CHAPPUIS B., Avocat II).

CHAPPUIS Benoît, Le moment du dommage : analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage, Zurich (Schulthess) 2007 (cité : CHAPPUIS B., Moment).

CHAPPUIS Benoît, Quelques dommages dits irréparables, réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, *in* SJ 2010 II p. 165 ss (cité : CHAPPUIS B., Dommages irréparables).

CHAPPUIS Benoît, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, *in* WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal, Le procès en responsabilité civile, Fribourg (Stämpfli) 2011 (cité : CHAPPUIS B., Preuves).

CHAPPUIS Christine, Le tort moral : un long fleuve peu tranquille, *in* CHAPPUIS Christine/WINIGER Bénédict (édit.), Le tort moral en question, Journée de la responsabilité civile 2012, Genève, Zürich, Bâle (Schulthess) 2013 (cité : CHAPPUIS C., Tort moral).

CHAPPUIS Christine, La réparation par un tiers du dommage résultant de l'insolvence du cocontractant, *in* FOËX Bénédict/THÉVENOZ Luc (édit.), Insolvence, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle, Genève (Helbing & Lichtenhahn) 2000, p. 129 ss (cité : CHAPPUIS C., Insolvence).

CHAPPUIS Fernand, Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires *in* RSDA 2003, p. 65 ss.

CHAPUIS Olivier, Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat, Le régime de responsabilité applicable à la violation des devoirs accessoires découlant d'un contrat et notamment à la violation des devoirs de protection, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2005.

CHAUDET François/CHERPILLOD Anne/LANDROVE Juan Carlos, Droit suisse des affaires, 3e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn), Bruxelles (Bruylant), Paris (L.G.D.J), 2010.

COENDET Thomas/HURNI Christoph, Zur Differenz von Klagebefugnis und subjektivem Recht – Dogmatische Konzepte und ihre Implikationen, *in* ZBJV 2007, p. 207 ss.

CORBOZ Bernard, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international *in* SJ 2002 II p. 1 ss (cité : CORBOZ, Arbitrage).

CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, 2 vol., 3e éd., Berne (Stämpfli) 2010 (cité : CORBOZ, Infractions).

CORBOZ Bernard/WURZBURGER Alain/FERRARI Pierre/FRÉSARD Jean-Maurice/AUBRY GIRARDIN Florence, Commentaire de la LTF, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2014 (cité : Comm. LTF-AUTEUR).

COUCHEPIN Gaspard, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zurich (Schulthess) 2008.

DALLÈVES Louis, De la prison pour dettes au fresh start du débiteur, *in* FOËX Bénédict (édit.), La défaillance de paiement, Fribourg (Éditions Universitaires) 2002, p. 3 ss.

DALLÈVES Louis/FOËX Bénédict/JEANDIN Nicolas (édit.), Commentaire Romand, 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 (Helbing & Lichtenhahn) 2005 (cité : CR LP-AUTEUR).

DE LATTRE-WIESEL Marion, Anticiper ou gérer un conflit : Réflexe-médiation !, *in* ECS 4/14, p. 330 ss.

DE WERRA Jacques, Droit des contrats : Partie générale et contrats spéciaux, *in* JdT 2013 II p. 169 ss.

DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri, Personnes physiques et tutelles, 4e éd. Berne (Stämpfli) 2011.

DONATIELLO Giuseppe, Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations : codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse, Genève (Schulthess) 2010 (cité : DONATIELLO, Responsabilité).

DONATIELLO Giuseppe, Retard et défaut de paiement : unité du régime sanctionnant l'inexécution des obligations, *in* FOËX Bénédict (édit.), La défaillance de paiement, Fribourg (Éditions Universitaires) 2002, p. 21 ss (cité : DONATIELLO, Retard).

DREYER, Dominique, Le contrat de courtage, *in* PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, La pratique contractuelle 2 – Symposium en droit des contrats, Genève (Schulthess) 2011, p. 75 ss.

DROZ Johan, La substitution dans le contrat de mandat, Genève (Schulthess) 2008.

DRUEY Jean-Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5e éd., Berne (Stämpfli) 2002.

DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

DUBOIS Thierry, Le rang des droits de gage immobiliers (fixation et modification), *in* RNRF 2010 p. 201 ss.

DUNAND Jean-Philippe/MAHON Pascal (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne (Stämpfli) 2013 (cité : CT-AUTEUR).

DUTOIT Bernard, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, Zurich (Schulthess) 2006.

EMCH Urs/RENZ Hugo/ARPAGAUS Reto, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7e éd., Zurich (Schulthess) 2011.

ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne (Stämpfli) 1997 (cité : ENGEL, Obligations).

ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse : traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne (Stämpfli) 2000 (cité : ENGEL, Contrats).

ERDEM Mehmet, La clause pénale : étude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara (s. n.) 2006.

FAVRE Pascal G., Le transfert conventionnel de contrat : analyse théorique et pratique, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2005.

FELLMANN Walter, Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Berne (Stämpfli) 1992 (cité : BK-FELLMANN).

FELLMANN Walter/KOTTMANN Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Berne (Stämpfli) 2013.

FISCHER Thomas, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zurich (Schulthess) 1998.

FOËX Bénédict, Dédit et clause pénale, *in* SCHMID Jürg (édit.), Der Grundstückkauf : Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, Zurich (Schulthess) 2010, p. 407 ss.

FORNAGE Anne-Christine, Les fors protecteurs des consommateurs, en particulier dans le commerce électronique, *in* BONOMI Andrea/GAULIS Dimitri/KOHLER Emilie/TAPPY Denis (édit.), Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève (Droz) 2012, p. 119 ss.

FORSTER Matthias, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens, Berne (Stämpfli) 2006.

FURRER Andreas/GIRSBERGER Daniel/MÜLLER-CHEN Markus/SCHRAMM Dorothee, Internationales Privatrecht, 3e éd., Zurich (Schulthess) 2013.

GEISSBÜHLER Grégoire, L'association insolvable : quelles responsabilités ?, *in* HECKENDORN URSCHELER Lukas/TOPAZ DRUCKMAN Karen (édit.), Les difficultés économiques en droit, Genève (Schulthess) 2015, p. 295 ss (cité : GEISSBÜHLER, Association).

GEISSBÜHLER Grégoire, Tiers garant, tiers payant (42 LAMal) – Un point de vue de droit des obligations, in PJA 2015, p. 1012 ss (cité : GEISSBÜHLER, Tiers garant, tiers payant).

GILLARD François, La sanction de l'inexécution des contrats dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* : PETER Hans/STARK Emil W./TERCIER Pierre, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht : Jubiläumsschrift/Le centenaire du code des obligations : mélanges, Fribourg (Éditions universitaires) 1982.

GALLIANO Daniele/MOLO Giovanni, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, *in* PJA 2012 p. 1766 ss.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, T. I et II, 10e éd., Zurich (Schulthess) 2008.

GILLIÉRON Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne (Payot) 2003 (cité : GILLIÉRON P.-R., Commentaire).

GILLIÉRON Pierre-Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012 (cité : GILLIÉRON P.-R., Poursuite).

GILLIÉRON Pierre-Robert, Voies et moyens pour remédier au surendettement des particuliers, *in* FOËX Bénédict/THÉVENOZ Luc (édit.), Insolvence, désendettement et redressement : études réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Bâle, Genève (Helbing & Lichtenhahn) 2000, p. 129 ss (cité : GILLIÉRON P.-R., Surendettement).

GILLIÉRON Philippe, Les dommages-intérêts contractuels, Lausanne (CEDIDAC) 2011.

GORDON Lucy/LAZOPOULOS Michael, Switzerland, *in* BEALE Ned/LAUTENSCHLAGER Barbara/SCOTTI Giuseppe/VAN DEN HOLE Leo (édit.), Dispute resolution clauses in international contracts – A global guide, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2013, p. 479 ss.

GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9e éd., Zurich (Schulthess) 2000.

GUILLOD Olivier, Droit des personnes, 4e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015.

HÄFELIN Ulrich/MÜLLER Georg/UHLMANN Félix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd., Zurich (Dike) 2010.

HALDY Jacques, Les procédures spéciales, *in* FOËX Bénédict/JEANDIN Nicolas, Le Code de procédure civile – Aspects choisis, Genève (Schulthess) 2011.

HAUSHERR Heinz/WALTER Hans Peter (édit.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, vol. I/1, Berne (Stämpfli) 2012 (cité : BK-AUTEUR).

HAUSHERR Heinz/AEBI-MÜLLER Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3e éd., Berne (Stämpfli) 2012.

HOFMANN David/LÜSCHER Christian, Le Code de procédure civile, Berne (Stämpfli) 2009.

HOFSTETTER Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2000.

HOHL Fabienne, Procédure civile, Tome I et II, Berne (Stämpfli) 2001 et 2010.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2014 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR).

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim PETER/WIEGAND Wolfgang (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2015 (cité : BSK OR I-AUTEUR).

HONSELL Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht : besonderer Teil, 9e éd. Berne (Stämpfli) 2010 (cité : HONSELL, BT).

HUGUENIN Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2e éd., Zurich (Schulthess) 2014.

HURTADO POZO José, Droit pénal, partie générale, Genève (Schulthess) 2008.

HURTADO POZO José, Droit pénal, partie spéciale, Genève (Schulthess) 2009.

INGOLD Maria, La responsabilité pénale d'une société mère suisse en cas d'infraction commise au sein de la société fille à l'étranger, *in* RPS 133/2015, p. 228 ss.

JEANDIN Nicolas, Poursuite pour dettes et faillite : l'exception de non-retour à meilleure fortune, FJS 990a, Genève (Fiches Juridiques Suisses) 1998 (cité : JEANDIN, FJS 990a).

JEANDIN Nicolas/PEYROT Aude, Convention de Lugano : for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques, *in* BADDELEY Margareta/FOËX Bénédict/LEUBA Audrey/PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure (édit.), Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, Genève (Schulthess) 2012, p. 183 ss.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/RIGOZZI Antonio, Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2e éd., Berne (Weblaw) 2010.

KNOEPFLER François/SCHWEIZER Philippe/OTHENIN-GIRARD Simon, Droit international privé suisse, 3e éd., Berne (Stämpfli) 2004.

KREN KOSTKIEWICZ Jolanta, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Berne (Stämpfli) 2012.

KUONEN Nicolas, La responsabilité précontractuelle, Zurich (Schulthess) 2007.

KUMPAN Christoph/BAULER-BULST Cathrin, Mediation in Switzerland : a new approach in a conciliation-oriented tradition, *in* HOPT Klaus J./STEFFEK Felix (édit.), Mediation, Oxford (Oxford University Press) 2013, p. 1201 ss.

LÉVY Cinthia, Les avantages de la médiation pour l'avocat, *in* Revue de l'avocat 2013, p. 470 ss.

LOMBARDINI Carlo, Droit bancaire suisse, 2e éd., Zurich (Schulthess) 2008 (cité ; LOMBARDINI, Droit bancaire).

LOMBARDINI Carlo, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2003 (cité : LOMBARDINI, Gestion de fortune)

LORANDI Franco, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13-30 SchKG, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

LÜCHINGER Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht : Grundlagen und Einzelfragen der Schadenberechnung und Schadenersatzbemessung, Fribourg (Éditions Universitaires) 1999.

MARCHAND Sylvain, Clauses contractuelles : du bon usage de la liberté contractuelle, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2008 (cité : MARCHAND, Clauses).

MARCHAND Sylvain, Droit de la consommation : le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève (Schulthess) 2012 (cité : MARCHAND, Consommation).

MARCHAND Sylvain, La clause d'exclusivité dans le contrat de courtage : un oxymore du Tribunal fédéral, *in* GUILLOD Olivier/MÜLLER Christoph (édit.), Pour un droit équitable, engagé et chaleureux – Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2011, p. 465 ss (cité : MARCHAND, Oxymore).

MARCHAND Sylvain, Précis de droit des poursuites, 2e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2013 (cité : MARCHAND, Poursuites).

MARCHAND Sylvain/CHAPPUIS Christine/HIRSCH Laurent (édit.), Recueil de contrats commerciaux – Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013.

MARQUIS Christian, Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier, Lausanne (Payot) 1993.

MAURER-CECCHINI Yves/ROBERT Christian-Nils, La contrainte, FJS 932, Genève (Fiches juridiques suisses) 2005.

MAYRAND Albert, Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, 3e éd., Québec (Yvon Blais Inc.) 1994.

MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, Droit des personnes, Articles 11-89a CC, Zurich (Schulthess) 2014.

MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, Droit suisse des sociétés (édition français par IORDANOV Peter), Berne (Stämpfli) 2015.

MIRFAKHRAEI Kaveh, Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive, Genève (Schulthess) 2014.

MOOR Pierre/FLÜCKIGER Alexandre/MARTENET Vincent, Droit administratif, Volume 1 : Les fondements généraux, 3e éd., Berne (Stämpfli) 2012.

MOOSER Michael, Le droit notarial en Suisse, Berne (Stämpfli) 2004.

MÜLLER Christoph, Contrats de droit suisse, Berne (Stämpfli) 2012 (cité : MÜLLER, Contrats).

MÜLLER Christoph, La perte d'une chance : étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, Berne (Stämpfli) 2002 (cité : MÜLLER, Perte d'une chance).

MÜLLER Christoph/MADER Mélanie, Développements récents de la jurisprudence en matière de contrats spéciaux, *in* BRAUN Martina (édit.), Actualités du droit des contrats : le contrat à la croisée des chemins, Lausanne (CEDIDAC) 2008, p. 157 ss.

MÜLLER-CHEN Markus, Internationales Factoring, *in* BJM 1999 p. 177 ss.

MÜLLER-CHEN Markus/HUGUENIN Claire/GIRSBERGER Daniel (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht : Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184-318), 2e éd., Zurich (Schulthess) 2012 (cité : HK-AUTEUR).

MUSTER Éric, La reconnaissance de dette abstraite – Art. 17 CO et 82 ss LP : Étude historique et de droit actuel, Zurich (Schulthess) 2004.

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB. Jugendstrafgesetz, 3e éd, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013 (cité : BSK StGB I-AUTEUR).

NIGGLI Marcel Alexander/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3e éd, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2013 (cité : BSK StGB II-AUTEUR).

NOBEL Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3e éd., Berne (Stämpfli) 2010.

OTHENIN-GIRARD Simon, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Zurich (Schulthess) 1999.

PERRIN Jean-François/CHAPPUIS Christine, Droit de l'association, 3e éd., Genève (Schulthess) 2008.

PETER Hansjörg, Édition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Berne (Stämpfli) 2010.

PETITPIERRE Gilles, Une proposition de lecture systématique des art. 19 et 20 CO (sans référence aux notions matérielles de l'impossibilité, de l'illicéité et de la contrariété avec les bonnes mœurs), *in* SJ 2001 II p. 73 ss (cité : PETITPIERRE, 19/20 CO).

PETITPIERRE Gilles, Absence de cause et enrichissement illégitime : pour un retour aux sources, *in* GUILLOD Olivier/KNOEPFLER François/WESSNER Pierre (édit.), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle, Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1992 (cité : PETITPIERRE, Enrichissement).

PHILIPPIN Edgar, Les notions d'entreprise, de groupe et d'employeur, *in* RSAS 2013, p. 82 ss.

PICHONNAZ Pascal, Le devoir du lésé de diminuer son dommage, *in* WERRO Franz (édit.), La fixation de l'indemnité, Berne (Stämpfli) 2004 (cité : PICHONNAZ, devoir du lésé).

PICHONNAZ Pascal, Les contrats dans le droit de la consommation, *in* BRAUN Martina (édit.), Actualités du droit des contrats, Le contrat à la croisée des chemins, Lausanne (CEDIDAC) 2008 (cité : PICHONNAZ, Consommation).

PICHONNAZ Pascal, Les contrats innommés : quelques questions récurrentes, *in* PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz (édit.), La pratique contractuelle : actualité et perspectives, Zurich (Schulthess) 2009, p. 21 ss (cité : PICHONNAZ, Contrats innommés).

PIETH Mark, Strafrecht Besonderer Teil, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2014.

PIOTET Denis, La responsabilité pour le passif et le droit successoral, *in* JdT 2009 II, p. 3 ss.

PIOTET Paul, La théorie de la conclusion du contrat et son évolution en droit suisse, *in* BJV 1985, p. 148 ss.

PORTMANN Wolfgang/STÖCKLI Jean-Fritz, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3e éd., Zurich (Dike) 2013.

RAMONI Claude, Demeure du débiteur et contrats de droit suisse : étude de l'application des règles sur la demeure du débiteur aux divers contrats du Code des obligations, Zurich (Schulthess) 2002.

RAPP Jean-Marc, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, *in* IYNEDJIAN Nicolas (édit.), Sûretés et garanties bancaires, Lausanne (CEDIDAC) 1997.

REY Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4e éd., Zurich (Schulthess) 2008.

RIEMER Hans Michael, Personenrecht des ZGB : Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2002 (cité : RIEMER, Personenrecht).

RIEMER Hans Michael, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89bis ZGB), mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), Berne (Stämpfli) 2012 (cité : RIEMER, Verein).

ROBERTO Vito, Haftpflichtrecht, Berne (Stämpfli) 2013.

ROTH Robert/MOREILLON Laurent (édit.), Commentaire Romand, CP I (Code pénal, Dispositions générales – art. 1-110), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009 (cité : CR CP I-AUTEUR).

ROUILLER Nicolas, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Lausanne (CEDIDAC) 2007.

SCHENKER Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht : Übersicht, Würdigung und Kritik, Fribourg (Éditions Universitaires) 1988.

SCHÖBI Christian, Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Zurich (Schulthess) 1990.

SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6e éd., Berne (Stämpfli) 2012.

SPÜHLER Karl, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 5e éd., Zurich (Schulthess) 2011.

SPÜHLER Karl/DOLGE Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 5e éd., Zurich (Schulthess) 2011.

STAEHLIN Adrian/BAUER Thomas/STAEHLIN Daniel (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1-158 SchKG, 2e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010 (cité : BSK SchKG I-AUTEUR).

STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Tome III : Servitudes personnelles ; Charges foncières ; Droits de gage immobiliers ; Droits de gage mobiliers. 4e éd., Berne (Stämpfli) 2012 (cité : STEINAUER, Droits réels).

STEINAUER Paul-Henri, Traité de droit privé suisse II/1, Le titre préliminaire du Code civil, 2e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009 (cité : STEINAUER, Titre préliminaire).

STOFFEL Walter/CHABLOZ Isabelle, Voies d'exécution : poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2010.

STRATENWERTH Günter/BOMMER Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II – Straftaten gegen Gemeininteressen, 7e éd., Berne (Stämpfli) 2013.

STRATENWERTH Günter/JENNY Guido/BOMMER Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I – Straftaten gegen Individualinteressen, 7e éd., Berne (Stämpfli) 2010.

SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich (Schulthess) 2013 (cité : KZPO-AUTEUR).

TANQUEREL Thierry, Manuel de droit administratif, Zurich (Schulthess) 2011.

TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G., Les contrats spéciaux, 4e éd., Genève (Schulthess) 2009.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 5e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2012.

THÉVENOZ Luc/PEYROT Aude, Le contrat de courtage immobilier, *in* FOËX Bénédict/HOTTELIER Michel (édit.), Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier, Genève (Schulthess) 2007, p. 115 ss.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, CO I (Code des obligations, art. 1-529 CO), 2e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR).

TRECHSEL Stefan/PIETH Mark (édit.), Schweizerisches Strafgesetzbuch : Praxiskommentar, 2e éd., Zurich (Dike) 2013 (cité : StGB PK-AUTEUR).

TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard/SCHMID Jörg/RUMO-JUNGO Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2009.

VALTICOS Michel/REISER Christian/CHAPPUIS Benoît, Commentaire romand, LLCA (Loi fédérale sur la libre circulation des avocats), Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010 (cité : CR LLCA-AUTEUR).

VENTURI-ZEN-RUFFINEN Marie-Noëlle, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, *in* SJ 2008 II, p. 1 ss.

VILLA Franco, Le financement de contentieux par des tiers (« Third party funding »), *in* Revue de l'avocat 2014, p. 207 ss.

VIONNET Guillaume, L'exercice des droits formateurs, Genève (Schulthess) 2008.

VISCHER Frank/HUBER Lucius/OSER David, Internationales Vertragsrecht, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2000.

VOGT Nedim Peter/SCHNYDER, Anton K., Basler Kommentar, Internationales Privatrecht (IPRG), 2e éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007 (cité : BSK IPRG-AUTEUR).

VON TUHR Andreas/ESCHER Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tome II, 3e éd., Zurich (Schulthess) 1974.

VON TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tome I, 3e éd., Zurich (Schulthess) 1979.

WALCH Mathias, Abstraktions- und Kausalitätsprinzip bei der Forderungsabtretung, *in* PJA 7/2015, p. 1006 ss.

WERRO Franz, La peine conventionnelle : quelques aspects saillants de l'actualité jurisprudentielle, *in* PICHONNAZ Pascal/WERRO Franz, La pratique contractuelle 2 – Symposium en droit des contrats, Genève (Schulthess) 2011, p. 1 ss (cité : WERRO, Peine).

WERRO Franz, Le mandat et ses effets : une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations : analyse critique et comparative, Fribourg (Éditions Universitaires) 1993 (cité : WERRO, Mandat).

WERRO Franz, Responsabilité civile, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2011 (cité : WERRO, Responsabilité).

WERRO Franz/DOUZALS Jacques/CARRON Maxence. Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, *in* PJA 2013 p. 213 ss.

WILHELM Christophe, Conflits de droit commercial, *in* ECS 4/14, p. 326 ss.

WYLER Rémi, Droit du travail, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2008.

XOUDIS Julia, Affaire « L'Etivaz » : droit de la concurrence et appellations d'origine protégées (AOP), *in* BADDELEY Margareta/FOËX Bénédict/LEUBA Audrey/PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure (édit.), Facettes du droit de la personnalité, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la professeure Dominique Manaï, Zurich (Schulthess) 2015, p. 73 ss.

ZEN-RUFFINEN Piermarco, Droit du sport, Zurich (Schulthess) 2002.

ZINGG, Nicolas, La réparation des vacances gâchées en droit suisse : vers une redéfinition du préjudice réparable au regard de la jurisprudence européenne, Genève (Schulthess) 2012.

Divers

ACADÉMIE FRANÇAISE, Dictionnaire, 8e et 9e éd., Paris (Fayard, Imprimerie nationale), 1935 et 1992-présent[1411].

ASSOCIATION SUISSE DES SOCIÉTÉS FIDUCIAIRES DE RECOUVREMENT (VSI), Verzugsschadentabelle, s. l. (s. n.) 2004.
http://www.vsi1941.ch/fr-fr/verzugsschadentabelle-fr.html.

MARX Karl (traduit par ROY Joseph), Le Capital – Critique de l'économie politique, Livre premier, Tome deuxième, Paris (Éditions sociales) 1954.

MEIER Isaak, Gutachten zur Frage « Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sind die Kosten des Gläubigers für die Einschaltung eines Inkassobüros vom Schuldner zu übernehmen? », Zurich (s. n.) 2007.

MERMINOD Yves, Expressions et proverbes latins, adages juridiques, Neuchâtel (Ides & Calendes) 1992.

SMITH Adam, Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations, Paris (Guillaumin et Cie) 1888.

[1411] La 9e édition du Dictionnaire est déjà partiellement publiée.

Table des matières

Remerciements VII

Sommaire IX

Table des abréviations XI

Introduction 1

Terminologie 3

Méthodologie 4

Plan de l'ouvrage 5

Première partie : Le contrat de recouvrement 7

Chapitre 1 : Objet du contrat 9

Section I : Définition du contrat de recouvrement 9

§ I. Définition du recouvrement 9

§ II. Fondements du contrat de recouvrement 11

A) Fondements juridiques 11

B) Fondements économiques 13

Section II : Éléments essentiels du contrat 14

§ I. Éléments objectivement essentiels 14

A) Parties 15

1) Personnes physiques 16
2) Personnes morales 17
B) Prestation 18
1) Action du recouvreur 19
2) Créance 20
a) Origine 22
i) En général 22
ii) Droits de la personnalité 22
iii) Créances incessibles 23
iv) Obligations naturelles 25
b) Prestation 26
c) Détermination 26
d) Temps 28
i) En général 28
ii) Créance future 29
iii) Inexigible 30
iv) Prescrite 31
v) Périmée 31
e) Nullité 33
f) Caractère contesté de la créance 34
g) Acte de défaut de biens 36
C) Rémunération 38
§ II. Éléments subjectivement essentiels 39
Section III : Rapports avec la poursuite pour dettes 39
§ I. Préalable 40
§ II. Alternative 41
A) Avantages 41
B) Inconvénients 46
C) Neutralité procédurale 47

Synthèse **48**

Chapitre 2 : Nature juridique **49**

Section I : Mandat de recouvrement **49**

§ I. Qualification 52

A) Mandats et contrats assimilés 52

1) Mandat 52

a) Mandat en général 53

b) Mandat d'encaissement 57

c) Médiation 59

2) Courtage 61

B) Autres contrats de service 65

1) Agence 65

2) Travail 67

§ II. Questions particulières 69

A) Représentation 69

B) Auxiliarité 70

C) Accessoriété 72

D) Intermédiation financière 75

§ III. Rôle des Directives VSI 76

Section II : Cession de créances aux fins de recouvrement **77**

§ I. Qualification 78

A) Cession de créance 78

B) Affacturage 79

§ II. Questions particulières 80

A) Représentation indirecte 80

B) Caractéristiques de la cession 81

1) Caractère causal ou abstrait 81
2) Caractère gratuit ou onéreux 81
Synthèse 83

Chapitre 3 : For et droit applicable 85

Section I : For 86

§ I. Détermination contractuelle 86

§ II. Détermination légale 87

A) En général 87
B) Détermination impérative 88

Section II : Droit applicable 92

§ I. Détermination contractuelle 92

§ II. Détermination légale 93

A) En général 93
B) Détermination impérative 93

Synthèse 96

Chapitre 4 : Formation du contrat 97

Section I : Manifestations de volonté 97

§ I. Portée 97

§ II. Échange 98

Section II : Règles de forme 100

§ I. Mandat de recouvrement 101

§ II. Cession de créances aux fins de recouvrement 102

Synthèse **104**

Chapitre 5 : Obligations du recouvreur **105**

Section I : Obligations typiques **106**

§ I. Recouvrement 106

A) Recouvrement proprement dit 107

1) Notion 107

2) Lien psychologique 110

a) Paiement en mains du recouvreur 110

b) Paiement en mains du créancier 112

i) Stipulations 112

ii) Présomptions 113

iii) Poursuites 116

3) Paiement après la fin du contrat 117

4) Paiement partiel 118

a) Droit à la provision 118

b) Paiement partiel en mains du recouvreur 120

c) Paiement partiel en mains du créancier 120

5) Paiement par un tiers 121

B) Substituts au paiement 122

1) Consignation 122

2) Sûretés 123

3) Reconnaissance de dette 124

4) Transaction 125

C) Actes de défaut de biens 126

D) Quittance 127

§ II. Restitution 128

A) Du montant recouvré 128

B) Des documents 129

Section II : Obligations accessoires 129

§ I. Exécution personnelle 129

§ II. Diligence 131

§ III. Respect des instructions 131

§ IV. Discrétion 132

Section III : Exécution et responsabilité 133

Synthèse 136

Chapitre 6 : Obligations du créancier 137

Section I : Obligations principales 137

§ I. Paiement du salaire 137

A) Détermination 137

B) Moment 138

C) Salaire excessif 139

D) Paiement partiel 140

§ II. Remboursement des impenses 140

A) En général 141

B) Modulations contractuelles 141

Section II : Obligations accessoires 142

§ I. Renseignements 142

A) Créance 142

B) Solvabilité 143

C) Démarches 144

D) Documentation 144

§ II. Abstention 145

A) Causes de nullité 145
B) Démarches judiciaires 145
Section III : Exécution et responsabilité 146
§ I. Action en exécution 146
§ II. Inexécution ou mauvaise exécution 147
Synthèse 148
Chapitre 7 : Impossibilité 149
Section I : Typologie 150
§ I. Impossibilité initiale 150
§ II. Impossibilité subséquente 152
Section II : Causes d'impossibilité 153
§ I. Inexistence 153
A) Créance inexistante 154
B) Créance déjà acquittée 155
C) Erreur sur le montant 155
D) Erreur sur le débiteur 156
§ II. Extinction 156
A) Remise de dette et novation 157
B) Confusion 158
C) Impossibilité subséquente non-fautive 159
D) Prescription et péremption 160
§ III. Disparition 160
A) Vices du consentement 161
B) Révocation 162

C) Demeure qualifiée 163
1) Demande d'exécution 163
2) Renonciation à l'exécution 163
3) Résolution 163
D) Compensation 164
1) Effet postérieur au recouvrement 164
2) Effet antérieur au recouvrement 165
E) Condition résolutoire 165
1) En règle générale 165
2) Condition résolutoire spécifique au recouvrement 166
§ IV. Exceptions dans les contrats bilatéraux 166
A) Exception d'inexécution 167
B) Exception d'insolvabilité 167
§ V. Actes judiciaires 168
A) Poursuite 168
B) Procès 168
Synthèse 170
Chapitre 8 : Fin du contrat 171
Section I : Fins conventionnelles 171
§ I. Par exécution 171
§ II. Par accord 171
A) Clause de fin de contrat 172
B) Accord subséquent 172
Section II : Fins non-conventionnelles 172
§ I. Résiliation 172
A) Article 404 al. 1 CO 173

B) Pour justes motifs 174
§ II. Résolution 174
§ III. Prescription 175
§ IV. Article 405 CO 175
A) Décès 176
1) Du recouvreur 176
2) Du créancier 176
3) Du débiteur 177
B) Faillite ou acte de défaut de biens 178
1) Du recouvreur 179
2) Du créancier 180
3) Du débiteur 181
Synthèse 183
Deuxième partie : La protection du débiteur 185
Chapitre 9 : Relations extracontractuelles 187
Section I : Relation entre le recouvreur et le débiteur 187
§ I. Nature de la relation 187
A) Mandat de recouvrement 188
B) Cession de créances aux fins de recouvrement 188
§ II. Contacts avec le débiteur 189
A) Annonce au débiteur 189
B) Méthodes 190
1) Moyens de contact 191
2) Contenu 193
C) Refus du débiteur 195

D) Limites 196
Section II : Relation entre le créancier et le débiteur 197
§ I. Mandat de recouvrement 197
§ II. Cession de créances aux fins de recouvrement 198
Synthèse 200
Chapitre 10 : For et droit applicable 201
Section I : For 201
§ I. Détermination contractuelle 201
A) Avant l'intervention 201
B) Suite à l'intervention 202
§ II. Détermination légale 202
Section II : Droit applicable 204
§ I. Détermination contractuelle 204
§ II. Détermination légale 205
Synthèse 208
Chapitre 11 : Frais de recouvrement 209
Section I : Pour le compte du recouvreur 210
§ I. Relation recouvreur-débiteur 210
A) Responsabilité contractuelle 210
B) Responsabilité pour acte illicite 211
§ II. Relation recouvreur-créancier 212
Section II : Pour le compte du créancier 213

§ I. Nature des frais 213

A) Indemnité pour dommage 214

1) Dommage 215

a) Dommage moratoire 215

i) Intérêt moratoire 216

ii) Démarches officielles 216

iii) Situation économique 217

b) Dommage en général 221

2) Autres conditions 224

3) Fixation de l'indemnité 225

B) Clause pénale 228

1) Clause pénale de rappel 230

2) Clause pénale de recouvrement 233

§ II. Sort des frais 234

Section III : Éléments de comparaison 236

§ I. Comparaison avec le droit des poursuites 236

§ II. Directive 2011/7/UE 238

Synthèse 241

Chapitre 12 : Limites de droit pénal 243

Section I : Infractions 243

§ I. Protection du débiteur 244

A) Infractions potentielles 244

1) Contrainte (181 CP) 244

2) Extorsion et chantage (art. 156 CP) 247

3) Atteinte à l'honneur (art. 173 ss CP) 249

B) Casuistique 250

1) Menace de poursuites 250
2) Menace de plainte pénale ou de dénonciation 251
3) Menace de boycott 253
4) Menace d'inscription dans un registre de « mauvais payeurs » 254
5) Autres menaces 255
6) Harcèlement 255
7) Mise à exécution 256
§ II. Protection des secrets 256
§ III. Protection du marché 258
A) Position du débiteur 258
B) Position du recouvreur 258
§ IV. Protection de la communauté des créanciers 259
Section II : Participation et punissabilité 261
§ I. Formes de participation 261
A) Coactivité 261
B) Instigation 261
C) Complicité 262
§ II. Responsabilité du chef d'entreprise 264
§ III. Punissabilité de l'entreprise 265
§ IV. Conditions de la répression 266
Synthèse 267
Chapitre 13 : Limites de droit civil 269
Section I : Protection de la personnalité 269
§ I. Atteintes 269
A) Honneur et solvabilité 270

B) Méthodes 271
C) Secrets 272
§ II. Actions 272
A) Protection de la personnalité 272
B) Responsabilité civile 274
C) Tort moral 275
Section II : Protection des données 276
Synthèse 279
Chapitre 14 : Effet contractuel des limites 281
Section I : Impact sur le contrat de recouvrement 281
§ I. Nullité 281
§ II. Dommages-intérêts 282
Section II : Impact sur le rapport de base 283
§ I. Fin du contrat 283
§ II. Dommages-intérêts 284
§ III. Restitution des sommes payées 285
A) Crainte fondée 285
B) Enrichissement illégitime 286
Synthèse 289
Conclusion 291
I. Synthèse générale 292
II. Un contrat paradoxal 296

III. Réglementation du recouvrement ? 297

IV. *De minimis* 299

Sources 301

Table des lois et ordonnances 301

Traités internationaux 301

Au plan fédéral 301

Au plan cantonal 303

Berne 303

Genève 303

Publications des autorités 304

Bibliographie 305

Divers 318

Table des matières 319

Derniers ouvrages parus

Collection Genevoise

http://www.unige.ch/droit/CG.html

Droit civil

Geissbühler, Grégoire *2016*
Le recouvrement privé de créances
Aspects contractuels et protection du débiteur

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédict / Leuba, Audrey / Papaux van Delden, Marie-Laure (éds) *2014*
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï

Marchand, Sylvain *2012*
Droit de la consommation

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédict / Leuba, Audrey / Papaux Van Delden, Marie-Laure (éds) *2012*
Le droit civil dans le contexte international
Journée de droit civil 2011

Baddeley, Margareta / Foëx, Bénédict (éds) *2009*
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François / Chappuis, Christine *2008*
Droit de l'association
3e édition

Baddeley, Margareta (éd.) *2007*
La protection de la personne par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Collection générale

Hohl-Chirazi, Catherine *2016*
La privation de liberté en procédure pénale suisse : but et limites

Dan, Adrian *2015*
Le délit de commission par omission – éléments de droit suisse et comparé

Mirfakhraei, Kaveh *2014*
Les indemnités de fin de contrat dans le contrat d'agence et le contrat de distribution exclusive

Sigrist, Alexandra *2013*
Les pouvoirs de la police : le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios *2012*
Confiscation internationale : instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel *2012*
L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc *2011*
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula *2011*
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung

Alberini, Adrien *2010*
Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution

Bernard, Frédéric *2010*
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe *2010*
Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

Wyler, Rémy / Meier, Anne / Marchand, Sylvain (éds) *2015*
Regards croisés en droit du travail : Liber Amicorum pour Gabriel Aubert

Bellanger, François / de Werra, Jacques (éds) *2012*
Genève au confluent du droit interne et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) *2011*
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février 2011 par la Faculté de droit et la Fondation Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) *2010*
Emouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

Trigo Trindade, Rita / Peter, Henry / Bovet, Christian (éds) *2009*
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit et histoire

Mettral Dubois, Véronique *2015*
L'œuvre politique de James Fazy (1794-1878) et son apport à l'avènement des droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte historique

Dufour, Alfred / Quastana, François / Monnier, Victor (éds) *2013*
Rousseau, le droit et l'histoire des institutions
Actes du colloque international pour le tricentenaire de la naissance de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) organisé à Genève, les 12, 13 et 14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (éds) 2011
La Savoie, ses relations avec Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion du 150e anniversaire de l'Annexion de la Savoie à la France organisées à Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht / Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
James Fazy
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la propriété

Foëx, Bénédict / Hottelier, Michel (éds) 2016
La propriété immobilière face aux défis énergétiques
Du statut juridique de l'énergie au contrôle des loyers

Foëx, Bénédict (éd.) 2016
La propriété par étages aujourd'hui
Une alerte cinquantenaire

Foëx, Bénédict (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédict (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédict (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1er janvier 2012

Foëx, Bénédict (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété

Foëx, Bénédict / Hottelier, Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube du XXIe siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éds) 2015
Responsabilité civile – Responsabilité pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éds) 2013
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éds) 2011
La preuve en droit de la responsabilité civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / Winiger, Bénédict (éds) 2009
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Droit international

Rodriguez Ellwanger, Maria *2016*
Les instruments juridiques de la planification territoriale transfrontalière dans le bassin de vie franco-valdo-genevois

Herren, Pascal *2016*
L'intervention internationale au nom des droits de l'homme – L'autorité de l'approche finaliste

Christófolo, João Ernesto *2016*
Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law

Carron, Djemila *2016*
L'acte déclencheur d'un conflit armé international

Sossou Biadja, Cassius Jean *2015*
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé

McGregor, Eleanor *2015*
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement

Reymond, Michel *2015*
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet

de María Palaco Caballero, Flor *2015*
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu

Romano, Gian Paolo *2014*
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

Granges, Mathieu *2014*
Les intérêts moratoires en arbitrage international

Grignon, Julia *2014*
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak, Begüm *2014*
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Johannot-Gradis, Christiane *2013*
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

Chatton, Gregor T. *2013*
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria *2013*
La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha *2013*
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo *2013*
La conduite des hostilités dans les conflicts armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent *2013*
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes