

Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Le droit comparé et le droit suisse

Édité par

Rashid Bahar

Thomas Kadner Graziano

Avec la collaboration de

Xenia Karametaxas

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Universités de Fribourg, Genève,
Lausanne et Neuchâtel

Programme doctoral romand de droit

Le droit comparé et le droit suisse

Édité par

Rashid Bahar

Thomas Kadner Graziano

Avec la collaboration de

Xenia Karametaxas

Schulthess § 2018
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage : RASHID BAHAR/THOMAS KADNER GRAZIANO (éds), *Le droit comparé et le droit suisse*, collection CUSO, Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

Publié avec l'aide de la Conférence universitaire de Suisse occidentale

978-3-7255-8701-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2018
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>.

Sommaire

Avant propos	1
L'impact de l'arrêt <i>Google Spain</i> en Suisse MICHEL REYMOND	3
Difficultés générées par la mise en œuvre partagée du droit et solutions envisagées : approches suisse et européenne REBECCA JOLY	21
Reine Vermögensschäden im schweizerischen und europäischen Internationalen Zivilverfahrensrecht HANNES MEYLE	41
The complaint and appeal mechanisms for social security claims in the contracting states of the European Code of Social Security: a comparative overview ADELINE MICHOU	65
La désignation des juges en France et en Suisse : deux mondes différents ? ALFIO RUSSO	87
La distribution d'eau potable par les communes - Perspective de droit comparé franco-suisse GÉRALDINE BOUCHEZ	111
La protection des données personnelles et la coopération policière en Europe BEGÜM BULAK UYGUN	129
La prétention en entretien post-rupture dans le cadre des couples non mariés - Analyse des droits suisse, néo-zélandais et français JOHANNA MUHEIM	155
L'interdiction suisse de la procréation post-mortem face au droit comparé TIFFAINE STEGMÜLLER	177
L'apport du droit anglais à la réforme de l'art. 404 CO MAXENCE CARRON	199

Publication d'un prospectus d'émission dans le cadre d'une campagne de financement participatif : étude de droit comparé PASCAL FAVROD-COUNE	223
Recouvrement privé de créances : Libéralisme suisse et réglementation américaine GRÉGOIRE GEISSBÜHLER	245
Le pacte de préférence en droit d'édition : une lacune du droit suisse ? VICTOR HÉRAN	263
The Uber qualification dilemma: a comparative analysis driven by the concept of online trading community FEDERICO LUBIAN	279
Distinguer les structures actionnariales en gouvernance d'entreprise comparée ARNAUD PHILIPPE	299
Les rachats d'actions propres en droit des sociétés : une approche comparée JOËL TAWIL	321

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER

Recouvrement privé de créances : Libéralisme suisse et réglementation américaine

Introduction

Le recouvrement privé de créances (« *debt collection* ») est une institution connue des deux côtés de l'Atlantique, sans qu'il soit possible de déterminer où cette pratique a pris naissance. Il est vrai qu'elle pourrait être aussi vieille que les dettes elles-mêmes. Le terme « recouvrement » est d'ailleurs attesté dans la langue française dès le XI^e siècle, alors que la « poursuite », prise dans le sens d'un recouvrement étatique, n'apparaît que deux siècles plus tard¹.

Ce sujet nous est familier : nous y avons consacré une thèse de doctorat, soutenue en juin 2016². Nous définissons le contrat à la base de cette pratique 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. »³.

Cette recherche n'était alors limitée qu'au droit suisse. Il nous est par la suite apparu judicieux d'apporter un regard de droit comparé, en nous servant pour ce faire du droit américain, qui connaît une intéressante réglementation du sujet, le FDCPA, qui nous présenterons et analyserons dans cette contribution.

Il nous est impossible d'offrir un panorama comparatif complet de cette institution en droits suisse et américain. Aussi, après une brève présentation des sources de ces deux systèmes (I.), nous nous limiterons à certains aspects choisis (II.), qui se rapportent tous à la protection du débiteur. L'étude du contrat et des relations entre le créancier et le recouvreur nécessiterait des développements bien plus importants.

¹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e édition, entrées « recouvrement » et « poursuite ».

² GEISSBÜHLER Grégoire, *Le recouvrement privé de créances – aspects contractuels et protection du débiteur*, Genève/Zurich 2016.

³ GEISSBÜHLER, N 40. Nous avons adopté la terminologie « recouvreur » et non « société de recouvrement ». En effet, il ne serait pas adéquat de limiter nos conclusions aux seules personnes morales.

I. Sources

Lorsque l'on compare les droits anglo-saxons et continentaux, on s'attend volontiers à trouver une approche casuistique et jurisprudentielle pour les premiers, alors que les seconds seraient caractérisés par l'adoption et la codification de principes par le législateur. Le recouvrement privé de créance échappe à cette présomption. Plus encore, notre présentation successive des droits suisse (1) et américain (2) montre une tendance inverse : les États-Unis ont déjà adopté un ensemble de bases légales à ce propos, tandis que le processus législatif suisse n'en est qu'à ses balbutiements.

1. Droit suisse

Une réglementation suisse du recouvrement privé de créances n'existe simplement pas. Alors que la représentation en matière de poursuite et les abus qui avaient été constatés à l'époque sont réglés depuis plus d'un siècle⁴, le législateur n'a semble-t-il pas jugé opportun pour l'instant de consacrer un texte de loi au recouvrement privé de créances.

Certaines tentatives parlementaires existent cependant. Nous pouvons relever à cet égard le postulat déposé par le conseiller aux États Raphaël Comte⁵, déposé en juin 2012 et adopté en septembre de la même année. Il chargeait le Conseil fédéral d'étudier la question, mais n'a pas eu de suite à l'heure où nous écrivons ces lignes.

Il ne faut pas en conclure que le recouvrement privé de créances est un domaine où règne en Suisse une liberté – ou une impunité – absolue. Le vide juridique apparent est comblé par un retour aux règles habituelles de protection de l'individu⁶, qu'elles relèvent du droit civil (protection de la personnalité ou des données), du droit de la concurrence ou du droit pénal.

Cette démarche assure un standard de protection minimum, mais s'il n'est pas toujours adapté à la situation en cause. Mais elle souffre d'un défaut majeur : chaque question ou situation litigieuse nécessite une analyse juridique – parfois complexe – mais qui n'est généralement pas à la portée d'un débiteur peu sophistiqué. Pire encore, ce débiteur pourra être facilement impressionné par un argumentaire fallacieux, mais qui semble être fondé sur des dispositions légales existantes. Par exemple, l'article 106 CO est régulièrement utilisé pour justifier des frais de recouvrement⁷.

⁴ FF 1887 I 616, 618.

⁵ Postulat N 12.3641, "Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement".

⁶ GEISSBÜHLER, N 13 ss.

⁷ *Infra* II.2.

À cela s'ajoute un problème d'apathie rationnelle : le débiteur n'a que peu d'intérêt à rechercher et développer un argumentaire pour s'opposer au recouvreur – ou à mandater et rémunérer un tiers pour ce faire – alors qu'il lui suffit de déboursier les quelques dizaines ou centaines de francs qui lui sont demandés pour faire cesser les démarches à son encontre.

Cette absence de règles offre toutefois un avantage inattendu. Le retour aux principes généraux assure que toute personne placée dans cette situation jouira des mêmes droits, sans distinction d'aucune sorte – par exemple entre les personnes physiques et les personnes morales, que l'on retrouve en droit américain. En parallèle, le recouvreur ne sera pas mieux ou moins bien traité que le créancier qui choisirait d'agir lui-même, ce qui assure une certaine cohérence au système.

2. Droit américain

Les États-Unis ont adopté en 1977⁸ une réglementation détaillée de la question de la protection du débiteur confronté au recouvrement privé dans le « Fair Debt Collection Practices Act (FDCPA) ». Cet acte a été intégré dans le United States Code (U.S.C.), Titre 15, Chapitre 41, Sous-Chapitre V, sections 1692-1692p. Nous utiliserons ces numéros de sections lorsque nous ferons référence au texte.

Le but de cet acte était de remédier au vide juridique existant à l'époque en matière de recouvrement privé de créances, qui donnait lieu à de nombreux abus. Afin de garantir une mise en œuvre effective et offrir des moyens de défense effectifs au débiteur, les limites fixées ont été assorties de sanctions, que nous analyserons à la fin de cette contribution⁹. Le FDCPA a reçu une approbation quasi-unanime, y compris de la part des recouvreurs, qui souhaitaient qu'une concurrence loyale soit instaurée dans ce domaine¹⁰. Même s'il est parfois critiqué car n'ayant pas évolué en même temps que les pratiques de recouvrement¹¹, il reste encore aujourd'hui une législation protégeant efficacement les débiteurs.

On peut décomposer le FDCPA en plusieurs parties : *ratio legis* et définitions (§ 1692-1692a), pratiques prohibées (§ 1692b-1692j), sanctions (§ 1692k-1692l) et mise en œuvre (§ 1692m-1692p).

⁸ L'entrée en vigueur était fixée au 20 mars 1978. ALPERIN/CHASE, N 621 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.49 ; GAMACHE/BJURSTROM/MYERS, p. 2 ; MARSH, N 398 ; PETERS, p. 1243 ; *Jerman v. Carlisle, McNellie, Rini, Kramer & Ulrich L.P.A.*, 559 U. S. 573 (2010) (ci-après : *Jerman v. Carlisle*), I. A.

⁹ *Infra* II.4.

¹⁰ AKINA, p. 148 ; ALPERIN/CHASE, N 621.

¹¹ GOLDBERG, p. 723 ss ; TRAVIS, *passim*.

Le but du FDCPA est de protéger les consommateurs (« *consumers* ») et – pour certaines dispositions – leurs proches, contre les pratiques abusives en matière de recouvrement. On retrouve dans cet acte la définition classique du consommateur, adaptée pour tenir compte de la situation visée : il s’agit de toute personne physique à qui on réclame le paiement d’une dette contractée dans un contexte personnel ou familial¹².

Le recouvreur (« *debt collector* ») est défini comme toute personne qui pratique régulièrement – même sans en faire métier ou sous un autre titre, par exemple un avocat – le recouvrement de dettes dues à des tiers¹³. Le créancier qui agit lui-même ou par l’intermédiaire d’un employé ou d’une société du même groupe n’est pas soumis au FDCPA¹⁴, sauf s’il se fait faussement passer pour un recouvreur¹⁵, par exemple dans le but de faire pression sur le débiteur.

La liste des pratiques prohibées occupe la majorité des sections du FDCPA, et couvre la plupart des situations litigieuses qui pourraient survenir : communication avec des tiers ou divulgation du litige, harcèlement, fausses allégations ou frais¹⁶. Il faut relever que la liste présentée n’est pas exhaustive¹⁷. Ces pratiques sont réprimées au plan civil et administratif¹⁸. Nous y reviendrons dans notre deuxième partie.

II. Aspects choisis

Les sources ayant été présentées, nous pouvons maintenant nous consacrer à l’étude de trois questions importantes dans le contexte du recouvrement privé de créances. Toutes se rapportent à la protection du débiteur : l’interdiction des pratiques abusives (1), les frais de recouvrement (2), les moyens de défense du débiteur (3), et les sanctions (4).

¹² 15 U.S.C. § 1692a (4) et (5). AKINA, p. 146 ; ALPERIN/CHASE, N 622 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.49 ; MARSH, N 399 ; *Jerman v. Carlisle*, I. A.

¹³ 15 U.S.C. § 1692a (6). AKINA, p. 147, 151 ; ALPERIN/CHASE, N 623 ; GAMACHE/BJURSTROM/MYERS, p. 2 ; LUCAS/HARRELL, p. 952 ; MARSH, N 400 ; PETERS, p. 1243 s. ; VUKOWICH, p. 293. *Heintz v. Jenkins*, 514 U. S. 291 (1995), *Jerman v. Carlisle*, II. B.

¹⁴ 15 U.S.C. § 1692a (3) et (6) *a contrario*. Critiques quant à cette exclusion : ALPERIN/CHASE, N 623.

¹⁵ 15 U.S.C. § 1692a (6). ALPERIN/CHASE, N 623 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.51.

¹⁶ 15 U.S.C. § 1692b-1692j. ALPERIN/CHASE, N 625.

¹⁷ ALPERIN/CHASE, N 625 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.53.

¹⁸ 15 U.S.C. § 1692k et 1692l. ALPERIN/CHASE, N 626, 628 ; *Jerman v. Carlisle*, I. A.

Ces quatre éléments permettent de résoudre les principaux problèmes qui se posent dans notre contexte. Le premier permet de dresser un catalogue de pratiques trop incisives pour être tolérées dans un ordre juridique donné, et concrétise le but protecteur de la norme générale. Le deuxième – que l'on peut considérer comme un cas particulier de pratique abusive – assure au débiteur que le choix du créancier de se tourner vers des privés plutôt que vers le système étatique ne se fera pas à son détriment. Il lui permet aussi de dialoguer avec le recouvreur ou de contester tout ou partie de la dette sans risque de voir sa facturer finale gonfler. Enfin, les troisièmes et quatrièmes éléments que nous étudierons est la garantie de l'effectivité des deux premiers.

Avant d'examiner *comment* le débiteur est protégé, il nous apparaît nécessaire d'expliquer *pourquoi* cette protection est importante. Un premier argument est que le débiteur refuse parfois à raison un paiement qui lui est réclamé. Les causes peuvent être multiples : erreur sur la personne, inexécution de la contre-prestation, montant qui ne correspond au contrat, *etc.* L'engagement d'un recouvreur ne constitue pas une preuve que l'obligation existe.

Ensuite, quand bien même le débiteur serait d'une mauvaise foi patente et refuserait de payer pour des motifs absurdes, cela ne suffit pour lui dénier la protection de l'ordre juridique. Pour déplaisant que soit son comportement aux yeux du créancier, il ne commet pas une violation suffisamment grave du « contrat social » pour se retrouver au ban de la société. Alors que l'État lui-même ne peut réprimer pénalement le non-paiement d'une dette¹⁹, laisser une personne privée s'affranchir des règles garantissant une cohabitation harmonieuse au sein de notre société serait un insupportable triomphe de la force sur le droit.

Tout est donc question de pesée des intérêts, entre le désir légitime du créancier d'obtenir ce qui lui est dû – sans passer nécessairement par une procédure étatique²⁰ – et le respect des droits du débiteur. Nous admettons volontiers que l'équilibre est difficile à trouver pour le recouvreur²¹, engagé et rémunéré par le créancier. Cela renforce l'intérêt d'une réglementation claire qui lui servira autant de garde-fou que de guide.

Incidemment, la répression des pratiques abusives permet aussi de garantir une bonne concurrence, en assurant que les recouvreurs qui utilisent des méthodes plus musclées, mais moins légales, ne jouissent pas d'un avantage indu par rapport à leurs concurrents

¹⁹ Interdiction de la contrainte par corps : ATF 130 I 169, consid. 2.2.

²⁰ CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.42, qui relèvent que le créancier poursuit parfois le but accessoire – et moins légitime – de punir le débiteur pour son retard. GOLDBERG, p. 720.

²¹ Du même avis, RASOR, p. 501 : « The distinction between harassment and legitimate collection procedures is by no means clear ».

plus respectueux de la personnalité du débiteur. Ce but est reconnu tant en droit suisse²², qu'en droit américain²³.

1. Pratiques abusives

Le droit suisse ne connaît aucun catalogue de pratiques réprimées, faute de réglementation topique. La jurisprudence a reconnu une seule pratique comme étant clairement abusive : la menace – infondée – de plainte pénale, qui constitue un cas de contrainte au sens de l'art. 181 CP²⁴. Nous avons pu en déduire d'autres : la menace de poursuites qui ne se limiterait pas au montant de la créance²⁵, l'inscription dans un registre de mauvais payeurs²⁶, le harcèlement²⁷, la violation d'un secret professionnel²⁸ ou encore des allégations fausses quant à la situation financière du débiteur²⁹. De façon générale, toute démarche – même licite en elle-même – qui ne serait pas proportionnée au but poursuivi serait prohibée, car constitutive de contrainte³⁰.

La réglementation américaine est à cet égard bien plus complète. Tout d'abord, elle limite les possibilités de révéler l'existence d'une démarche de recouvrement à l'égard du débiteur à des tiers, y compris ses proches ou son employeur³¹. Ce principe est limité si le débiteur n'a pas pu être localisé. Le recouvreur peut alors s'adresser à des personnes qui pourraient détenir cette information, sans être toutefois autorisé à affirmer l'existence de la dette en cause³². Une fois le débiteur localisé, ces communications doivent cesser³³. Enfin, dans l'hypothèse où le recouvreur sait que le

²² GEISSBÜHLER, N 1245 ss.

²³ 15 U.S.C. § 1692 (e). ALPERIN/CHASE, N 621 ; MARSH, N 399.

²⁴ ATF 120 IV 17. Voir également : GEISSBÜHLER, N 1207 ss.

²⁵ GEISSBÜHLER, N 1202 ss.

²⁶ CELLINA/GEISSBÜHLER, N 54 s.; GEISSBÜHLER N 1224 ss.

²⁷ GEISSBÜHLER, N 1230 ss.

²⁸ GEISSBÜHLER, N 1238 ss.

²⁹ GEISSBÜHLER, N 1305 ss.

³⁰ CORBOZ, CP 181 N 21; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 5 N 16.

³¹ 15 U.S.C. § 1692c (a)(3) et (b). CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; GOLDBERG, p. 721.

³² 15 U.S.C. § 1692b. CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.54; VUKOWICH, p. 340.

³³ 15 U.S.C. § 1692b (3).

débiteur est représenté par un avocat, il a l'obligation de contacter ce dernier³⁴, sans que cela ne le dispense de respecter le FDPCA.³⁵

Une fois que le débiteur a pu être atteint, le recouvreur doit l'informer des droits dont celui-là dispose en vertu du FCDPA³⁶. Même si elle relativement détaillée, et doit pouvoir être comprise facilement (« *least sophisticated consumer* » ou « *unsophisticated consumer* »)³⁷ cette obligation d'information n'est pas complète, en cela qu'elle omet notamment le droit du débiteur de réclamer l'arrêt des contacts de la part du recouvreur³⁸ que nous examinerons plus loin³⁹.

Le FDCPA a créé trois catégories principales de pratiques prohibées, classification qui a par la suite été reprise en doctrine⁴⁰ : le harcèlement (« *Harassment or abuse* »)⁴¹, la tromperie (« *False or misleading representations* »)⁴² et les mesures déloyales (« *unfair practices* »)⁴³.

Dans la première catégorie, on retrouve tout d'abord l'évidente interdiction de la violence⁴⁴, des injures⁴⁵ ou du harcèlement téléphonique⁴⁶ qui auraient pour but de pousser le débiteur à s'exécuter. Cette interdiction explicite n'est à notre avis pas nécessaire, le droit pénal y pourvoyant déjà, mais cela constitue un rappel bienvenu.

Le droit américain permet à certaines conditions de constituer des listes de mauvais payeurs, cette pratique étant réglemantée par le Fair Credit Reporting Act⁴⁷. Un recouvreur peut communiquer les informations dont il dispose, mais uniquement à une agence qui respecte les critères fixés par ce dernier acte. Il n'est en revanche pas

³⁴ 15 U.S.C. § 1692c (a)(2). ALPERIN/CHASE, N 638; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.54 ; VUKOWICH, p. 340.

³⁵ NARITA/MAURICE/LUCAS, p. 640 s.

³⁶ 15 U.S.C. § 1692e (11) et 1692g (a). ALPERIN/CHASE, N 636 ; GOLDBERG, p. 721 ; LUCAS/HARRELL, p. 953 ; MARSH, N 404 ; PETERS, p. 1243.

³⁷ LUCAS/HARRELL, p. 955 ; PETERS, p. 1247 ss.

³⁸ ALPERIN/CHASE, N 640.

³⁹ *Infra* II.3.

⁴⁰ ALPERIN/CHASE, N 644 ss; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.51 ; GOLDBERG, p. 721 ; MARSH, N 402 ss.

⁴¹ 15 U.S.C. § 1692d.

⁴² 15 U.S.C. § 1692e.

⁴³ 15 U.S.C. § 1692f.

⁴⁴ 15 U.S.C. § 1692d (1). ALPERIN/CHASE, N 645 ; MARSH, N 404.

⁴⁵ 15 U.S.C. § 1692d (2). ALPERIN/CHASE, N 646 ; MARSH, N 404.

⁴⁶ 15 U.S.C. § 1692d (5). ALPERIN/CHASE, N 649 ; MARSH, N 404.

⁴⁷ 15 U.S.C. § 1681 ss. VUKOWICH, p. 332 ss.

autorisé à divulguer lui-même l'identité des débiteurs auxquels il a affaire⁴⁸, la simple menace de communiquer ces données est déjà une violation du FDCPA⁴⁹.

Concernant les pratiques trompeuses, le recouvreur est obligé de révéler qu'il agit en cette qualité, et doit s'abstenir de toute représentation trompeuse à cet égard⁵⁰. En particulier, le recouvreur ne peut prétendre qu'il est avocat ou qu'il agit en cette qualité si cela n'est pas avéré⁵¹.

Dans le même esprit, le recouvreur n'a pas la possibilité de se faire passer pour un agent de la puissance publique, fédéral ou étatique ou serait autorisé par l'État à engager des démarches vis-à-vis du débiteur⁵². L'État pouvant faire exécuter ses décisions par la force publique, le débiteur sera naturellement plus enclin à prendre au sérieux une communication de ce type – l'interdiction est donc pleinement justifiée.

Le recouvreur ne peut pas non plus menacer le débiteur de recourir à une action judiciaire quelconque, s'il n'est pas en mesure de mettre à exécution sa menace⁵³. Plus encore, il suffit qu'il n'ait pas l'intention d'agir effectivement – alors qu'une telle action serait licite, possible et proportionnée – pour retenir une violation du FDCPA⁵⁴. En particulier, un avocat ne peut se contenter d'envoyer un courrier indiquant qu'il se charge du recouvrement de la créance, s'il n'a pas l'intention de procéder par la voie judiciaire, sauf à préciser explicitement ce point⁵⁵. Ce dernier point diffère du droit suisse, où le recouvreur qui expose son intention d'entreprendre une action, sans avoir l'intention de la mettre en œuvre – par exemple une menace de poursuite – ne serait pas punissable⁵⁶.

Nous doutons toutefois du fait que cette différence théorique ait une véritable portée dans la pratique. L'intention du recouvreur est par nature difficile à établir avec certitude. On voit mal quelle différence serait discernable entre un premier recouvreur qui « bluffe » et un second qui commence par une menace d'action judiciaire avant d'y renoncer pour des motifs d'opportunité, par exemple après avoir évalué le coût de la procédure et ses chances de succès.

⁴⁸ 15 U.S.C. § 1692d (3). VUKOWICH, p. 340.

⁴⁹ 15 U.S.C. § 1692e (8).

⁵⁰ 15 U.S.C. § 1692e (10), (14) et (16), § 1692j. En faveur d'une interprétation large de cette prohibition : AKINA, p. 152 ss.

⁵¹ 15 U.S.C. § 1692e (3). ALPERIN/CHASE, N 650 ; PETERS, p. 1245.

⁵² 15 U.S.C. § 1692e (1) et (9). ALPERIN/CHASE, N 650 s. ; MARSH, N 402.

⁵³ 15 U.S.C. § 1692e (4) et (5), § 1692f (6). ALPERIN/CHASE, N 652 ; MARSH, N 403 ; PETERS, p. 1251.

⁵⁴ 15 U.S.C. § 1692e (4) et (5). ALPERIN/CHASE, N 652 s. ; MARSH, N 403.

⁵⁵ PETERS, p. 1251 ss.

⁵⁶ GEISSBÜHLER, N 1202 ss.

À l'intersection des deux précédentes interdictions, le FDCPA considère comme une pratique trompeuse le fait de laisser croire au débiteur que le recouvrement privé dont il fait l'objet a un caractère judiciaire⁵⁷.

Les pratiques déloyales forment la dernière catégorie de comportements interdits par le FDCPA. La première disposition concerne les frais de recouvrement, que nous avons décidé de traiter à part, pour des raisons que nous exposerons⁵⁸. D'autres règles concernent les chèques postdatés, qui sont soumis à certaines restrictions⁵⁹.

La communication par « carte postale » (« *post card* »), ce par quoi il faut entendre un courrier qui ne serait pas dans une enveloppe, est prohibée, tout comme les signes apposés directement sur l'enveloppe qui permettraient de déterminer que le destinataire du courrier est confronté à un recouvreur. Le but est d'éviter toute forme de pression sur le débiteur. En effet ce dernier pourrait être mal à l'aise vis-à-vis d'un proche, d'un colocataire ou d'un voisin qui pourrait se rendre compte d'un contact par un recouvreur⁶⁰.

Nous rattachons également à cette catégorie l'interdiction de contacter le débiteur en dehors des heures que l'on qualifierait en Suisse de « habituellement consacrées aux affaires » au sens de l'art. 79 CO, soit de huit heures du matin à neuf heures du soir⁶¹.

L'étude comparée des droit suisse et américain fait donc apparaître une symétrie quant aux buts visés, aux biens juridiques protégés et aux pratiques interdites. Mais, là où le droit suisse – faute de réglementation spécifique – interdit certains résultats qui réaliseraient les éléments constitutifs d'une infraction pénale ou constitueraient une atteinte à la personnalité, le droit américain offre un catalogue détaillé, même s'il ne peut par définition pas être exhaustif. En particulier, le FDCPA ne contient aucune référence aux communications par internet, ayant été adopté une décennie avec cette invention.

Le principal mérite du FDCPA est sa clarté, qui permet au débiteur de connaître et de comprendre ses droits – une première étape nécessaire pour leur respect. Ce n'est toutefois pas son seul avantage. Une réglementation claire permet également au recouvreur de savoir quelles sont les limites à ne pas franchir et de se prémunir contre le risque de sanctions, que nous étudierions par la suite⁶².

⁵⁷ 15 U.S.C. § 1692e (13).

⁵⁸ *Infra* II.2.

⁵⁹ 15 U.S.C. § 1692f (2) et (3).

⁶⁰ 15 U.S.C. § 1692f (7) et (8). ALPERIN/CHASE, N 658 ; VUKOWICH, p. 340.

⁶¹ 15 U.S.C. § 1692c (a)(1) ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; GOLDBERG, p. 721 ; MARSH, N 405.

⁶² *Infra* II.4.

2. Frais de recouvrement

Les frais de recouvrement pourraient être vus comme une pratique abusive⁶³, mais il nous paraît judicieux de les traiter à part. En effet, ces frais ne touchent pas uniquement à la personnalité, l'honneur, la tranquillité ou la liberté du débiteur, mais également à son patrimoine. Il ne faut toutefois pas en conclure que nous plaçons la protection des moyens financiers du débiteur avant celle de son bien-être.

Le recouvrement est avant tout une affaire d'argent, qui concerne en général de petits montants. La facturation de frais fait souvent augmenter de façon disproportionnée le total réclamé au débiteur. Cela a deux effets néfastes : le débiteur est généralement dans une situation financièrement inconfortable lorsqu'il est confronté à un recouvreur, et toute dépense supplémentaire le plonge encore un peu plus dans les difficultés financières. Ensuite, voir les frais croître à chaque communication encourage le débiteur à se sortir le plus rapidement possible de cette situation, même si le paiement doit se faire au mépris de ses droits.

Nous avons affirmé⁶⁴, et réaffirmons ici que des frais de recouvrement ne sont pas une cause d'obligation valable en droit suisse. Le seul engagement d'un recouvreur ne suffit pas à causer un dommage au créancier, qui renonce au système étatique de la poursuite pour dettes et de la procédure civile par pur confort ou pour éviter d'avancer une certaine somme d'argent pour lancer ces procédures.

Seuls des montants résultant de la créance initiale peuvent être réclamés, en respectant les règles qui leur sont propres. On peut notamment penser à l'intérêt moratoire, ou à une éventuelle clause pénale⁶⁵. Dans ces hypothèses, la dette initiale augmente certes, mais ce n'est pas l'engagement d'un recouvreur qui en est la cause.

Le droit américain connaît une réglementation similaire. Les frais de recouvrement sont expressément prohibés par le FDCPA, sans que cela n'interdise d'autres causes d'obligations – qui suivront alors leurs règles propres, dont nous ne traiterons pas ici⁶⁶.

⁶³ Ils sont classés parmi les « *unfair practices* » du FDCPA : 15 U.S.C. 1692f (1).

⁶⁴ GEISSBÜHLER, N 1008 ss. Voir également, dans ce sens, les communications du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence : <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00848/index.html?lang=fr>, et de l'Office fédéral des assurances sociales : www.bsv.admin.ch/vollzug/storage/documents/4239/4239_1_fr.pdf. D'un avis proche : TERCIER/PICHONNAZ, N 1298. Certains auteurs admettent la possibilité que l'engagement d'un recouvreur suffise à justifier une indemnisation : CANTIENI, p. 101 ; SCHENKER, N 294 ; CR CO I-THÉVENOZ, CO 103 N 5g.

⁶⁵ GEISSBÜHLER, N 1162.

⁶⁶ 15 U.S.C. § 1692f (1). ALPERIN/CHASE, N 656.

Le recouvreur ne peut pas non plus mettre ses dépenses de communication à la charge du débiteur⁶⁷.

Nous pouvons donc conclure que la prohibition des frais de recouvrement se retrouve des deux côtés de l'Atlantique. La seule différence est l'affirmation claire de ce principe en droit américain, là où le droit suisse nécessite de longs développements.

3. Moyens de défense

Le FDCPA ne se contente pas d'interdire certains pratiques et de les réprimer. Il offre également des moyens simples au débiteur qui contesterait tout ou partie de l'obligation dont l'exécution qui lui est réclamée.

Le premier point qui mérite notre attention dans ce contexte est la section relative à la « validation of debts »⁶⁸. Si le débiteur le requiert dans les 30 jours suivant la première communication, le recouvreur est obligé de cesser ses démarches, le temps d'obtenir une copie d'un éventuel jugement ou d'obtenir une confirmation écrite du créancier quant à l'existence de la dette⁶⁹.

Cette possibilité est proche de l'opposition au commandement de payer (art. 74 ss LP), en droit suisse des poursuites. Le contexte et les exigences sont certes différentes, mais on retrouve la même possibilité de suspendre la procédure le temps de s'assurer de l'existence de la dette – avec des degrés de vraisemblance qui ne sont certes pas comparables. Un autre parallèle qui peut être tiré entre ces deux institutions est que le défaut d'opposition ou de requête de « validation » n'équivaut pas à une reconnaissance de dette implicite⁷⁰.

Le FDCPA offre également la possibilité au débiteur de signifier au recouvreur sa volonté de cesser toute communication avec lui. Le recouvreur doit obtempérer, sous peine de sanction. Il n'est alors autorisé qu'à envoyer une dernière lettre au débiteur, l'informant qu'il a bien pris note de la fin de leurs rapports, et qu'une éventuelle action subséquente se fera par la voie judiciaire⁷¹. Ce droit du débiteur est inconnu du droit suisse, même si des contacts non-désirés peuvent constituer une atteinte à la personnalité s'ils sont trop fréquents⁷².

⁶⁷ 15 U.S.C. § 1692f (5).

⁶⁸ 15 U.S.C. § 1692g (b). GAMACHE/BJURSTROM/MYERS, p. 14.

⁶⁹ ALPERIN/CHASE, N 636 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; MARSH, N 401 ; PETERS, p. 1246 ; *Chaudhry v. Gallerizzo*, 174 F.3d 394 (4th Cir. 1999).

⁷⁰ 15 U.S.C. § 1692g (c).

⁷¹ 15 U.S.C. § 1692c (c). ALPERIN/CHASE, N 640 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55.

⁷² GEISSBÜHLER, N 939 ss.

On peut s'étonner de cette possibilité, qui paraît favoriser de façon disproportionnée le débiteur, et rendre toute démarche initiée par le recouvreur inutile. Ce serait oublier que le débiteur a parfois intérêt à obtenir une solution de paiement négociée avec le recouvreur, plutôt que de se voir actionné en justice.

Il nous faut également mentionner quelques règles de protection qui ne sont pas à proprement parler des moyens de défense, mais qui permettent en tout cas au débiteur de faire valoir ses droits dans un contexte favorable.

Le FDCPA institue des règles relatives au for auquel le débiteur peut être astreint, dans l'hypothèse où le recouvreur déciderait de déclencher une procédure judiciaire. De façon très classique, une action concernant une chose immobilière ne peut être ouverte qu'au lieu de situation du bien⁷³, tandis que les autres actions doivent être intentées au lieu où le contrat a été conclu ou au lieu de résidence du débiteur⁷⁴.

Lorsque le recouvreur est chargé d'une pluralité de dettes, et que le débiteur effectue un paiement partiel, celui-ci peut décider quelle dette est éteinte. Le recouvreur n'est pas autorisé à considérer qu'une dette contestée est acquittée par le paiement s'il en existe une autre, que le débiteur a reconnue⁷⁵. On retrouve une règle similaire en droit suisse, qui n'est toutefois pas limitée au contexte du recouvrement privé de créances (art. 86 et 87 CO)⁷⁶.

4. Sanctions

À nouveau, l'absence de normes topiques en Suisse conduit à revenir aux règles générales, qui ne sont pas toujours adaptées. L'art. 28a CC permet de se prémunir contre, de faire cesser ou de constater le caractère illicite d'une atteinte à la personnalité⁷⁷, et offre la possibilité de demander des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral, vu le renvoi fait aux articles 41 et suivants CO⁷⁸. La preuve d'un dommage effectif reste cependant difficile à apporter⁷⁹.

Certaines pratiques abusives sont également constitutives d'infractions pénales, comme nous l'avons exposé plus haut, avec les sanctions typiques du domaine : amende, peine pécuniaire ou peine privative de liberté. Il est vrai que les qualifications retenues peuvent parfois paraître disproportionnées par rapport aux circonstances,

⁷³ 15 U.S.C. § 1692i (a)(1). CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.53 ; MARSH, N 415.

⁷⁴ 15 U.S.C. § 1692c (a)(2). CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.53 ; MARSH, N 415.

⁷⁵ 15 U.S.C. § 1692h.

⁷⁶ CR CO I-LOERTSCHER, CO 86 N 1-4, CO 87 N 3.

⁷⁷ MEIER/DE LUZE, N 733 ss

⁷⁸ MEIER/DE LUZE, N 771.

⁷⁹ GEISSBÜHLER, N 1325.

mais les limites fixées par le législateur ont pour but de protéger certaines des valeurs fondamentales de notre société (liberté, honneur, etc.), qui ne peuvent pas être oubliées, même dans un contexte de recouvrement⁸⁰.

La réglementation américaine est à cet égard bien plus complète. Elle ne contient pas de sanctions pénales spécifiques, sans que cela n'ait un impact sur une éventuelle responsabilité pénale au regard d'autres dispositions – pour diffamation, harcèlement, etc.⁸¹. Le raisonnement est le même en matière de protection de la personnalité, l'absence d'une disposition topique n'empêche pas le débiteur de prévaloir d'une violation de sa sphère privée (« *invasion of privacy* ») si les conditions spécifiques sont remplies⁸².

Les sanctions civiles prévues par la § 1692k se décomposent en deux postes : des dommages-intérêts effectifs⁸³, et des dommages-punitifs⁸⁴. Ces derniers sont fixés en fonction des circonstances du cas d'espèce : gravité et nature de la violation, fréquence ou encore intention⁸⁵. Ils sont plafonnés à USD 1000.—⁸⁶. Les dommages-intérêts peuvent être réclamés non seulement par le débiteur, mais également par toute personne protégée par le FDCPA, ce qui inclut à certaines conditions les proches du débiteur⁸⁷.

Le recouvreur ne peut se prévaloir d'une mauvaise interprétation du FDCPA pour échapper à sa responsabilité. La Cour Suprême, dans l'arrêt *Jerman v. Carlisle*, a tranché qu'une erreur de droit n'était pas un motif permettant de se dégager de sa responsabilité au sens du § 1692k (c)⁸⁸.

Il existe également la possibilité d'une *class action*⁸⁹, sur laquelle nous ne nous étendrons pas, car cela nous forcerait à des développements sans rapport avec le sujet de cette contribution.

⁸⁰ GEISSBÜHLER, N 1403 ss.

⁸¹ CAPPELLO, p. 342 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.43 ss ; VUKOWICH, p. 340.

⁸² ALPERIN/CHASE, N 678.

⁸³ 15 U.S.C. § 1692k (a)(1). ALPERIN/CHASE, N 670, 672 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; GAMACHE/BJURSTROM/MYERS, p.12 ; MARSH, N 405.

⁸⁴ 15 U.S.C. § 1692k (a)(2)(A). ALPERIN/CHASE, N 670, 672 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; GAMACHE/BJURSTROM/MYERS, p. 12 ; MARSH, N 405.

⁸⁵ 15 U.S.C. § 1692k (b)-(e). ALPERIN/CHASE, N 673 ss ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; MARSH, N 405 ; *Jerman v. Carlisle*, I. A.

⁸⁶ 15 U.S.C. § 1692k (a)(2)(A). ALPERIN/CHASE, N 670, 672 ; CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.55 ; *Jerman v. Carlisle*, I. A.

⁸⁷ 15 U.S.C. § 1692k (a). ALPERIN/CHASE, N 671.

⁸⁸ *Jerman v. Carlisle*, II. A. MADOYAN, p. 1092 ; NARITA/MAURICE/LUCAS, p. 645.

⁸⁹ 15 U.S.C. § 1692k (a)(2)(B). ALPERIN/CHASE, N 670, 672.

Le FDCPA prévoit que les recouvreurs américains sont soumis à la surveillance de la Federal Trade Commission (FTC), par le biais de la § 1692i⁹⁰. Les pouvoirs de cette commission ne sont pas spécifiquement prévus par cette disposition, mais résultent d'une norme plus générale, le Federal Trade Commission Act⁹¹, qui remonte à 1914 et qui pourrait être comparé quant à sa fonction à la Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD)⁹². Parmi les actions envisageables, la FTC peut enquêter puis ordonner qu'il soit mis fin à une situation contraire au droit (au besoin en stoppant toute activité du contrevenant) et/ou imposer des sanctions financières⁹³. À l'heure actuelle, le contrôle du recouvrement privé a été transféré au Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), qui dispose des mêmes pouvoirs⁹⁴.

Les dommages-intérêts punitifs sont tout à fait étrangers à la conception suisse de la réparation du préjudice. Ils sont d'ailleurs considérés comme contraires à l'ordre public⁹⁵. Hormis le cas particulier du tort moral (art. 47 et 49 CO), et de l'indemnité pour résiliation injustifiée en droit du travail (art. 336a et 337c CO)⁹⁶, seul un dommage patrimonial effectif peut être réparé par une action en dommages-intérêts. Le temps perdu, le sentiment de justice, un léger inconfort, etc. ne sont pas indemnisables. Cette conception du dommage préside également à l'interdiction des frais de recouvrement, dont nous avons déjà parlé. Il ne se justifie pas de déséquilibrer notre système dans le seul but de réparer certains abus causés par les recouvreurs.

En revanche, l'instauration d'une autorité de surveillance étatique – à l'image de la FINMA pour les banques, même si le degré de contrôle pourrait être inférieur – qui serait dotée de véritables pouvoirs d'enquête et de sanction permettrait de rétablir une forme d'équilibre entre débiteurs et recouvreurs.

Conclusion

Un premier constat vient immédiatement à l'esprit : malgré des différences fondamentales quant à la manière d'appréhender la protection du débiteur face au recouvrement privé de créances, la protection est globalement comparable. Nous

⁹⁰ CRANDALL/HAGEDORN/SMITH, N 5.56 ; MADOYAN, p. 1093 ; VUKOWICH, p. 340 ; *Jerman v. Carlisle*, I. A.

⁹¹ 15 U.S.C. § 41 ss.

⁹² RS 241.

⁹³ ALPERIN/CHASE, N 626. Pour des exemples : GOLDBERG, p. 712 s. ; NOONAN, p. 1073 s.

⁹⁴ AKINA, p. 163 ss ; TRAVIS, p. 1034 ss.

⁹⁵ BUCHER/BONOMI, N 495.

⁹⁶ CR CO I-AUBERT, CO 336a N 2, CO 337c N 11

avons certes relevé quelques différences : le cercle des personnes concernées par la réglementation, les limites dans le contact du débiteur ou encore les possibilités de faire cesser les démarches du recouvreur par une simple déclaration.

Nous pouvons donc considérer que les deux approches sont théoriquement comparables. Mais une équivalence théorique ne suffit pas dans ce contexte. Les personnes concernées sont souvent trop peu sophistiquées pour saisir toutes les nuances de la réglementation et reconnaître si une pratique est légale ou non. Ce constat vaut tant pour les débiteurs que pour les recouvreurs.

Le système américain est à nos yeux plus efficace, pour deux raisons. La première est la surveillance administrative. S'il n'est évidemment pas question d'un contrôle orwellien des sociétés de recouvrement, sa simple existence suffit à prévenir les abus les plus criants et garantit la mise en œuvre des règles adoptées. La seconde est le texte même du FDCPA, rédigé en termes clairs, qui permet à chacun de saisir les limites imposées par le législateur. Ils offrent un argument efficace au débiteur qui souhaiterait voir cesser une procédure, et ne peuvent être utilisés à mauvais escient par un recouvreur indélicat.

Nul n'est censé ignorer la loi. L'adage est connu, et la fiction qui en résulte est nécessaire dans notre société. Mais cela ne saurait signifier que l'État puisse rester passif lorsqu'un besoin de protection se fait sentir. Les trois pouvoirs doivent œuvrer de concert pour relever ce défi : le législatif en créant ou en clarifiant des dispositions légales, l'exécutif en se donnant les moyens de les appliquer et le judiciaire en arbitrant les litiges qui surgiront. Loin de se limiter au recouvrement privé de créances leur travail se renouvelle sans cesse, au gré des évolutions de notre société, mais le bien-être des citoyens est à ce prix.

Bibliographie

- AKINA William K., *A Lie is a Lie, The Need to Define Section 1692e of the FDCPA*, 7 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 145 2012.
- ALPERIN Howard J./CHASE Roland F., *Consumer Law, Sales practices, Credit regulation*, St. Paul 1986.
- AUBERT Gabriel, *ad art. 336a et 337c CO*, in : *Commentaire romand, CO I*, 2e éd., Bâle 2012.
- BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 3e éd. Genève, Bâle 2013.
- CANTIENI Fabian, *Verzugsschaden bei Geldschulden*, Zurich 1996.
- CAPPELLO Barry A., *Lender Liability*, 4^e éd., Huntington 2009.
- CELLINA Eva/GEISSBÜHLER Grégoire, *Collecte et transmission de données relatives au crédit : cadre légal, validité et limites*, Jusletter du 13 Juillet 2015.
- CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit suisse*, 2 vol., 3e éd., Berne 2010.
- CRANDALL Thomas D./HAGEDORN Richard B./SMITH Frank W. Jr., *The law of debtors and creditors – Bankruptcy • Security Interests • Collection*, Boston 1991.
- GAMACHE David R./BJURSTROM Stanford M./MYERS Edward J., *Heintz v. Jenkins : An Analysis of the Decision, its Effect upon Litigation and Suggestions for Avoiding FDCPA Violations in its Aftermath*, 100 Com. L.J. 1 1995.
- GEISSBÜHLER Grégoire, *Le recouvrement privé de créances – aspects contractuels et protection du débiteur*, Genève/Zurich 2016.
- GOLDBERG Lauren, *Dealing in Debt : The High-Stakes World of Debt Collection after FDCPA*, 79 S. Cal. L. Rev. 711 2005-2006.
- LOERTSCHER Denis, *ad art. 86-87 CO*, in : *Commentaire romand, CO I*, 2e éd., Bâle 2012.
- LUCAS Laurie A./HARRELL Alvin C., *An Unholy Trilogly: Unresolved Issues Under the Federal Fair Debt Collection Practices Act*, 51 Bus. Law. 949 1995-1996.
- MADOYAN Vartan S., *Attorneys Beware: Jerman v. Carlisle Holds You Liable for Technical Legal Errors Under the FDCPA*, 44 Loy. L.A. L. Rev. 1091 (2011).
- MARSH Gene A., *Consumer protection law in a nutshell*, 3^e éd., St. Paul 1999.
- MEIER Philippe/DE LUZE Estelle, *Droit des personnes, Articles 11-89a CC*, Zurich 2014.
- NARITA Tomio B./MAURICE Donald S./LUCAS Laurie A., *FDCPA Update: An Industry in Transition*, 67 Bus. Law. 639 2011-2012.
- NOONAN Jean, *Federal Trade Commission Activity: Pursuing Unfair and Deceptive Practices in Consumer Financial Services*, 43 Bus. Law. 1069 1987-1988.
- PETERS Jeffrey S., *Meaningful Involvement in Collections: Should Ethics or the FDCPA Govern?*, 34 Pace L. Rev. 1240 2014.
- RASOR Paul B., *Consumer finance Law*, New York, San Francisco 1985.

- SCHENKER Franz, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht: Übersicht, Würdigung und Kritik*, Fribourg 1988.
- STRATENWERTH Günter/JENNY Guido/BOMMER Felix, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I – Straftaten gegen Individualinteressen*, 7e éd., Berne 2010.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 5e éd., Zurich, Bâle, Genève 2012.
- THÉVENOZ Luc, *ad art. 106 CO*, in : *Commentaire romand, CO I*, 2e éd., Bâle 2012.
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand, CO I (Code des obligations, art. 1-529 CO)*, 2e éd., Bâle 2012.
- TRAVIS Melissa, *The Three Cs versus the Dinosaur: Updating the Technologically Archaic FD CPA to Provide Consumers, Collectors, and Courts Clarity*, 44 J. Marshall L. Rev. 1033 2010-2011.
- VUKOWICH William T., *Consumer Protection in the 21st century – a global perspective*, New York 2002.