

Journée Juridique Valaisanne 2018

L'avocat et le notaire

Les conditions-cadres de deux
professions sous pression

Mercredi 21 novembre 2018

En collaboration avec l'Ordre des avocats valaisans
et l'Association des notaires valaisans

Les risques pénaux de l'activité d'avocat

Alain Macaluso

Professeur à l'Université de Lausanne

Directeur du Centre de droit pénal

Avocat associé

Poncet Turrettini Avocats

Plan

1. Introduction
2. L'avocat qui fait son travail: exercice des droits procéduraux, poursuites LP et démarches diverses (en détail)
3. L'avocat qui facture son travail : honoraires, secret professionnel, blanchiment et confiscation (survol)
4. Et maintenant, la conformité fiscale du client (survol)...
5. Conclusion

1. L'avocat qui fait son travail

- La menace d'une plainte abusive et désormais les poursuites LP comme moyen de contrainte?
- A propos de quelques arrêts récents du TF qui ont fait couler de l'encre et de la sueur: à juste titre?

- TF, arrêt 6B_378/2016 du 15 décembre 2016

2.3. La question de savoir si le recourant était en droit de réclamer 611'325 francs, soit 10 ans de loyer, le 24 janvier 2013 au moyen d'un commandement de payer peut être laissée ouverte. En effet, même l'utilisation d'un moyen conforme au droit (in casu : la notification d'un commandement de payer conformément à la LP) pour atteindre un but légitime (in casu : la récupération du montant du dommage résultant de la résiliation anticipée du bail) peut constituer un moyen de pression abusif, donc illicite (cf. jurisprudence citée sous ch. 2.1 ci-dessus).

Il y a donc lieu d'examiner l'intention du recourant lorsqu'il a fait notifier le commandement de payer. Le recourant a fait notifier un commandement de payer peu de temps après la résiliation anticipée du bail pour un montant très important dont il estimait lui-même qu'il s'agissait du montant maximum. A la suite de l'opposition de l'intimée, le recourant a demandé la mainlevée de celle-ci, qui lui a été refusée. Cette décision est restée sans suite de la part du recourant, qui semble l'avoir acceptée, se contentant du fait que sa créance n'était pas prescrite. Une telle manière d'agir, très rapidement après la résiliation, et l'absence de suite donnée à un rejet de la mainlevée d'opposition, laisse planer des doutes sur la volonté du recourant d'obtenir rapidement un paiement de la part de l'intimée. En revanche, le courriel du 9 janvier 2013, rédigé par un avocat, mentionne que le recourant envisage de faire des poursuites sur lesquelles il entend faire figurer les motifs de celles-ci et pour lesquelles il prévoit de demander une saisie de salaire directement en mains de l'employeur. De plus, il précise que, malgré les poursuites portant sur le loyer de 10 ans de bail, il renouvellera, avec suite de frais et dépens, sa poursuite chaque mois pour le loyer en cours durant les 10 ans. A cela, le recourant a ajouté la possibilité d'une action en justice avec une requête en mesures provisionnelles et, le cas échéant, un séquestre. Enfin, après l'énumération de toutes les mesures envisagées, le recourant a insisté sur la saisie en mains de l'employeur en rappelant que celui-ci « ne manquera pas d'apprécier » cette mesure.

En s'adressant de cette façon à l'intimée puis en lui notifiant un commandement de payer portant sur la créance maximale, le recourant montrait son intention d'utiliser le commandement de payer comme un moyen de pression envers l'intimée pour l'amener à accepter le règlement amiable qu'il proposait.

Art. 181 CP : Contrainte

*«Celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou **en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action**, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.»*

Éléments constitutifs

A. Moyen de contrainte

- a. Violence
- b. Menace d'un dommage sérieux
- c. «Autre manière»

B. Illicéité de la contrainte

- a. Moyen ou but contraire au droit
- b. Moyen disproportionné par rapport au but / abusif / contraire aux mœurs

C. Comportement induit

A. Moyen de contrainte

- a. Violence
- b. Menace d'un dommage sérieux
 - Le dommage est sérieux s'il porte atteinte à la liberté d'action. Peu importe qu'on puisse s'en prémunir facilement par la voie judiciaire 6S.853/2000 c. 4.c ; 122 IV 322 c. 1a
 - Exemples : déposer / ne pas retirer sa plainte ; ne pas conclure un contrat comme prévu alors que cela entraînerait une grosse perte financière pour obtenir un pot-de-vin 105 IV 120 ; ne pas fournir un certificat de travail pour encourager l'employé à démissionner 107 IV 35; ne pas réinstaller un chauffage avant l'hiver à défaut de paiement 115 IV 207
- c. « Autre manière »
 - Interprété de façon restrictive, le moyen doit être propre à impressionner une personne de sensibilité moyenne et à l'entraver de manière significative dans sa liberté de décision ou d'action 141 IV 437 c. 3.2.1; 137 IV 326 c. 3.3.1; 6B_8/2017 15.08.17 c. 2.1119 IV 301 c. 2
 - Par exemple : un commandement de payer (CDP) 6B_70/2016 c.4.3.4; «Stalking» 141 IV 437; 129 IV 262

B. Illicéité de la contrainte (1/2)

a. Moyen ou but contraire au droit

- CDP sans aucun fondement (CHF 250'000 contre un avocat pour le dissuader de réclamer le paiement de ses honoraires 6B_281/2013 c. 1.2 ; CHF 14 millions à un directeur de banque pour dissuader la banque de réclamer le solde d'un prêt : 6S.853/2000; CHF 1 milliard par un avocat contre des directeurs de sociétés non débitrices de son client 6B_416/2010)
- CDP fondé sur un titre faux : 6B_447/2014 c. 2.2

b. Moyen disproportionné par rapport au but / moyen de pression abusif ou contraire aux mœurs

B. Illicéité de la contrainte (2/2)

a. Moyen ou but contraire au droit

b. Moyen disproportionné par rapport au but / moyen de pression abusif ou contraire aux mœurs

Tel est le cas lorsque l'objet de la plainte pénale ou de la menace est sans rapport avec la prestation demandée ou si la menace doit permettre d'obtenir un avantage indu;

- Menace sans lien factuel avec le but : dénoncer à Kassensturz (+/- ABE) contre CHF 500.- pour les désagréments occasionnés 106 IV 125
- CDP excessif dans le montant : CHF 100'000.- + 50'000.- pour «tort moral pour poursuites injustifiées» CAPE 2013/146, 8.05.2013; CHF 825'255 fr. pour une créance prescrite de DI pour atteinte à la personnalité/diffamation 6B_153/2017
- CDP dette non exigible: 611'325.- pour 10 ans de loyer 6B_378/2016
- MAIS pas de contrainte pour un CDP de 4,5 millions pour interrompre la prescription, avec une créance reconnue de 1,1 millions dans la mesure où le jugement admettait que d'autres prétentions pourraient être élevées CREP-VD, 21.03.2012, PE12.000750

C. Comportement induit

L'auteur veut obliger la victime à agir, à tolérer ou à omettre un acte (CP 181). Selon la jurisprudence, l'atteinte dans la liberté d'action suffit.

- MAIS Atteinte admise lorsque le CDP est adressé pour «troubler le quotidien» du destinataire CAPE 2013/146, 8.05.2013 ou, en cas de stalking insistant 129 IV 262; 141 IV 437

Lorsque la victime ne se laisse pas intimider et n'adopte pas le comportement voulu par l'auteur : tentative de contrainte 129 IV 262 c.; 106 IV 125 c. 2b

Casuistique

La tentative de contrainte a été admise dans les cas suivants :

- TF, arrêt 6B_153/2017 du 28 novembre 2017 :

Un candidat au Grand Conseil genevois est invité sur un plateau de la RTS en 2001. Au cours de l'émission, la présentatrice laisse entendre que celui-ci faisait l'objet de poursuites pénales en raison de violences commises sur ses anciennes employées. Le candidat fait notifier à la présentatrice un commandement de payer (CDP) pour un montant de près d'un million de francs. Opposition de la présentatrice. En 2014, le candidat fait notifier un second CDP à hauteur de 825'255 CHF + intérêts. Le moyen est abusif dès lors que le candidat n'avait pas fait usage des voies légales à sa disposition pour constater son atteinte à la personnalité. Le CDP porte sur une somme fantaisiste et exorbitante, pour une supposée atteinte qui date de plus de 13 ans, prescrite au moment de l'envoi du CDP. La dernière instance cantonale avait en outre relever une intention de nuire du candidat. En effet, il s'est limité à notifier le CDP, sans tenter d'établir ses prétentions par voie judiciaire (consid. 3.2.1). Outre ces éléments, le candidat, par ses agissements, a cherché à obtenir de sa victime le paiement du montant avancé (consid. 3.3).

- TF, arrêt 6B_8/2017 du 15 août 2017 :

Des époux font notifier deux CDP pour des montants de plus de 900'000 CHF à trois dirigeants, recherchés à titre personnel, d'une société avec laquelle ils sont en litige. Les montants réclamés sont infondés. Moyen de pression illicite retenu, car le CDP était un moyen propre à entraver les débiteurs allégués dans la prise de décisions dans la gestion de la société B (société qui réclamait des montants aux époux. Le fait que les victimes étaient des hommes d'affaires « aguerris » n'y change rien.

- TF, arrêt 6B_378/2016 du 15 décembre 2016 :

Un locataire signe un contrat de bail de durée déterminée pour une période de 10 ans. Quelques mois après le début du bail, le locataire résilie le bail sans invoquer un quelconque défaut ou autre juste motif ni offrir aucun repreneur solvable. Le bailleur informe le locataire que le bail ne peut être résilié de la sorte et qu'en conséquence la résiliation est nulle, tout en lui proposant dans la foulée de régler la situation à l'amiable, moyennant « le paiement immédiat » d'une somme forfaitaire de 20'000 CHF. A défaut, le bailleur annonce qu'il agira immédiatement contre le locataire par la voie des poursuites, entre autres. Le bailleur notifie un commandement de payer au locataire d'un montant de 611'325 CHF représentant la totalité des loyers sur 10 ans. Menace d'un dommage sérieux retenu en raison du montant important réclamé. Même si le montant en cause pourrait s'avérer fondé, l'utilisation d'un moyen licite pour atteindre un but légitime peut constituer un moyen de pression abusif et, partant, être illicite. Examen de l'intention de l'auteur. Caractère intentionnel retenu dès lors que le courrier du bailleur listait les nombreuses conséquences possibles en cas de non-paiement par la locataire. L'utilisation du commandement de payer avait ainsi pour but de mettre la pression sur le locataire pour l'amener à accepter la proposition transactionnelle.

- TF, arrêt 6B_447/2014 du 30 octobre 2014 :

Notification d'un CDP sur la base d'une fausse reconnaissance de dette, fabriquée de toutes pièces.

- TF, arrêt 6B_281/2013 du 16 juillet 2013 :

Notification d'un CDP de CHF 250'000.-, sans fondement, dans le but de dissuader le destinataire du CDP de recouvrer une créance de CHF 116'000.-

- TF, arrêt 6B_416/2010 du 29 septembre 2010 et 6F_14/2010 du 20 juin 2011 :

Notification de trois CDP, chacun pour un milliard de francs, à trois personnes différentes dont une personne morale alors que le poursuivant savait ou aurait dû savoir que les destinataires n'étaient pas ses débiteurs.

- TF, arrêt 6S.853/2000 du 9 mai 2001 :

Notification d'un CDP de CHF 14 millions à un directeur de banque, alors que ce dernier n'était pas impliqué dans le litige et que la créance était manifestement inexistante. Le procédé avait pour but d'inciter l'employeur du destinataire, contrairement aux intérêts de celui-ci, à abandonner les poursuites dirigées contre le pseudo créancier poursuivant.

La tentative de contrainte a été niée dans les cas suivants :

- TF, arrêt 6B_1188/2017 du 5 juin 2018 :

Notification d'un CDP à un héritier par l'administrateur d'office d'une succession en remboursement d'un prêt hypothécaire obtenu grâce à la mise en gage d'un bien immobilier appartenant à la succession et qui avait dû être remboursé par la succession. Démarche licite portant sur un montant non supérieur à celui remboursé par la succession. Respect de la proportionnalité. Pas de moyen de pression abusif. Peu importe que les droits du légataire soient éventuellement reconnus par la suite. Confirmation du classement.

- CREP-VD, arrêt du 8 avril 2014 dans la cause PE13.026846-DMT :

Notification d'un CDP à une caisse de compensation, car celle-ci n'a pas comme les particuliers à présenter un extrait délivré par l'office des poursuites pour obtenir certaines prestations (conclusion d'un contrat de bail, recherche d'un emploi etc.) ou à maintenir le crédit dont elle jouirait dans le domaine commercial. La notification n'était donc pas propre à l'impressionner au point de l'entraver dans sa liberté de décision ou d'action, excluant ainsi la possibilité de réaliser l'infraction.

- CREP-VD, arrêt du 21 mars 2012 dans la cause PE12.000750-CMS :

Notification d'un CDP portant sur un montant abusif de 4'500'000 fr. alors qu'un premier arrêt fixait le montant du dommage à 1,1 millions tout en précisant que d'autres prétentions pourraient être élevées. Le but étant d'interrompre la prescription, le Tribunal cantonal vaudois a admis le procédé.

Excursus : modifications de la LP du 16.12.16

FF 2016 8631

Art. 8a, al. 3, let. d

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

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

Art. 73

B. Présentation
des moyens de
preuve

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

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

Art. 85a, al. 1

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

En résumé

a. Déterminer si un CDP peut réaliser une infraction de contrainte requiert un double examen :

- **du point de vue objectif** : le sérieux du fondement de la créance, dans son principe et sa quotité;
- **du point de vue subjectif** : la finalité assignée par le créancier poursuivant au CDP.

b. Jurisprudence restrictive.

c. Attention aux concours éventuels !

Bibliographie

- ROMAIN JORDAN, *Les poursuites injustifiées: point de situation*, Revue de l'avocat 2017, pp. 127ss.
- DANIEL JOSITSCH / MARTINA CONTE, *Nötigung durch Betreuung*, BLSchK 2017, pp. 63ss.

Autre exemple

- L'instigation à violation du secret de fonction: TF, arrêt du 3 novembre 2015, 4D_42/2015, c. 4
- Mais aussi pour le secret professionnel du notaire...

2. L'avocat qui facture son travail

- Pression sur les honoraires : ATF 143 III 600
- Poursuites LP et violation du secret professionnel, des arrêts contradictoires: ATF 142 II 307, c. 4 et TF, arrêt du 12 décembre 2017, 5D_241/2017, c. 4.2.1
- Honoraires et blanchiment?
- Exposition à la confiscation : TF, arrêt du 9 janvier 2002, 6S.482/2002 ; TF, arrêt du 5 mai 2006, 1S.5/2006=SI 2006 I 492 (arrêt « Behring »)

3. La conformité fiscale du client

Art. 305bis CP Blanchiment d'argent

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Impôts indirects
(DPA 14 IV)

Impôts directs

1bis. Sont considérées comme un délit fiscal qualifié, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'art. 59, al. 1, 1er paragraphe, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de 300 000 francs.

- Délit autonome
 - Absence de poursuite contre l'auteur du délit préalable
 - Caractère accessoire :
 - Pas d'infraction si l'infraction fiscale est prescrite (caractère instantané de l'infraction fiscale)
- **Tentative, complicité et instigation sont punissables**

Bibliographie choisie

- ALAIN MACALUSO, *Séquestre et confiscation des provisions et honoraires d'avocat : comment interpréter l'exigence jurisprudentielle de la persistance de la bonne foi au moment de la contre-prestation adéquate?*, RPS 2013 (131), pp. 1ss.
- BENOÎT CHAPPUIS/URUSLA CASSANI, *L'instigation à un acte illicite par un avocat*, Revue de l'Avocat 2016, pp. 385ss.
- URSULA CASSANI, *Evolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique: blanchiment d'argent et corruption privée*, RPS 2018 (136), pp. 179ss.
- MARC-ANDRÉ BEAT SCHAUWECKER, *Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei und deren Konsequenzen für Finanzintermediäre*, Berne 2016.
- NICOLAS BÉGUIN, *L'avocat face à la révision GAFI 2012*, Revue de l'Avocat 2015, pp. 256ss.
- CHRISTOPH SUTTER/CÉDRIC REMUND, *Les infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers*, GesKR 1/2015, 54ss.

4. Conclusion

Le pire n'est jamais certain...