

## **BGer 4A\_399/2016 vom 3. Februar 2017**

Bundesgericht, 2017-02-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_399\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_399_2016)

FR: TF 4A\_399/2016 du 3 février 2017

IT: TF 4A\_399/2016 del 3 febbraio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Z. \_\_\_\_\_ a été le client de X. \_\_\_\_\_, lequel exerce la profession d'avocat à Fribourg. Le 1er juin 2012, il lui a fait notifier le commandement de payer 150'000 fr. avec intérêts au taux de 5% dès le 16 août 2008; cette prétention est censément fondée sur le contrat de mandat. Me X. \_\_\_\_\_ a formé opposition.

Le 22 janvier 2016, sans tentative de conciliation préalable, Me X. \_\_\_\_\_ a ouvert action contre Z. \_\_\_\_\_ devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine. Les conclusions qu'il a articulées ne sont pas reproduites dans les décisions cantonales; le tribunal était semble-t-il requis de constater que le demandeur n'est pas débiteur de la somme réclamée par voie de poursuite. Le demandeur exerçait textuellement une « action en constatation ( art. 88 CPC ) (créance inexistante) ».

Le tribunal s'est prononcé le 25 janvier 2016; il a déclaré la demande irrecevable au motif qu'elle n'avait pas été précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité compétente.

La Ire Cour d'appel civil du Tribunal cantonal a statué le 19 mai 2016 sur l'appel du demandeur; elle a rejeté l'appel et confirmé le jugement.

#### **E. 2**

Agissant par la voie du recours en matière civile, le demandeur requiert le Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de renvoyer la cause à cette autorité pour nouveau prononcé.

Invité à répondre au recours, le défendeur n'a pas procédé. La Cour d'appel a renoncé à présenter des observations.

#### **E. 3**

Les conditions de recevabilité du recours en matière civile sont satisfaites, notamment à raison de la valeur litigieuse; celle-ci s'élève à 150'000 fr. d'après le montant réclamé par voie de poursuite.

#### **E. 4**

Selon la jurisprudence relative à l' art. 88 CPC concernant les actions en constatation de droit, toute personne qui reçoit notification d'un commandement de payer est réputée avoir un intérêt digne de protection à faire constater par le juge, s'il y a lieu, que la somme à elle réclamée n'est pas due, et d'obtenir par là qu'à l'avenir, conformément à l' art. 8a al. 3 let. a LP, l'office compétent ne portera pas la poursuite à la connaissance des tiers qui consultent le registre des poursuites ou s'en font remettre des extraits. La justification de cette action négatoire gît dans les inconvénients que la publicité de la poursuite, prévue et circonscrite par l' art. 8a LP, entraîne pour le débiteur poursuivi ( ATF 141 III 68 ).

Le 16 décembre 2016, donnant suite à une initiative parlementaire intitulée « annulation des commandements de payer injustifiés » (n° 09.530), l'Assemblée fédérale a adopté un projet de révision de l' art. 85a al. 1 LP (FF 2016 p. 8631); le texte révisé est ainsi libellé: « 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. » Dès son entrée en vigueur, ce texte rendra caduque la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'action actuellement prévue par l' art. 85a al. 1 LP est réservée au débiteur poursuivi qui n'a pas formé opposition au commandement de payer ( ATF 125 III 149 consid. 2 p. 150).

Dans la présente contestation, le demandeur a formé opposition au commandement de payer; c'est pourquoi il intente l'action négatoire admise par la jurisprudence ci-mentionnée relative à l' art. 88 CPC , plutôt que l'action prévue par l' art. 85a al. 1 LP dans sa teneur actuelle.

### **E. 5**

En règle générale, à teneur de l' art. 197 CPC , toute action en justice doit être précédée d'une tentative de conciliation devant l'autorité de conciliation compétente. L' art. 198 CPC énumère divers cas d'actions en justice qui, par exception, ne sont pas, ou pas obligatoirement précédés de la tentative de conciliation; l' art. 198 let . e CPC vise les actions qui relèvent de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, avec parmi elles, selon l' art. 198 let . e ch. 2 CPC, l'action en constatation prévue par l' art. 85a LP .

Quoiqu'elle tende au même but, l'action négatoire fondée sur la jurisprudence relative à l' art. 88 CPC , présentement intentée par le demandeur, est distincte de l'action prévue par l' art. 85a LP ; en effet, cette dernière n'est en l'état, selon l'interprétation du libellé actuel de cette disposition, pas disponible lorsque le débiteur poursuivi a formé opposition au commandement de payer. L'action constatatoire ou négatoire prévue de manière toute générale et pour toute espèce de rapport de droit privé par l' art. 88 CPC ne relève en aucune manière de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Elle ne s'inscrit dans aucune des exceptions énumérées à l' art. 198 CPC et elle est par conséquent soumise à la tentative préalable de conciliation. A l'appui du recours en matière civile, le demandeur discute vainement les solutions différentes que le législateur aurait pu adopter dans le domaine des actions négatoires consécutives à un commandement de payer et il fait tout aussi inutilement état d'une « erreur » dans le code de procédure civile. Hors les exceptions limitativement prévues par l' art. 198 CPC , la tentative préalable de conciliation est une condition de recevabilité de la demande en justice selon l' art. 59 al. 1 CPC ( ATF 139 III 273 consid. 2.1 p. 275). En l'espèce, cette procédure préalable n'a pas été accomplie et les autorités précédentes ont donc à bon droit refusé l'entrée en matière. Les développements que le demandeur consacre par ailleurs à la valeur litigieuse sont hors de propos.

### **E. 6**

Le recours se révèle privé de fondement, ce qui conduit à son rejet. A titre de partie qui succombe, son auteur doit acquitter l'émolument à percevoir par le Tribunal fédéral. L'adverse partie n'a pas procédé et il ne lui sera donc pas alloué de dépens.