



POUVOIR JUDICIAIRE

C/28278/2010

ACJC/1006/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 10 AOÛT 2011

Entre

A _____ **SA**, sise _____ à Genève, recourante d'un jugement rendu par le Tribunal de première instance de ce canton le 5 mai 2011, comparant par Me Claudio Realini, avocat, 14, rue Le Corbusier, 1208 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____, domicilié _____ en France, intimé, comparant par Me Alexandre de Weck, avocat, 2, rue de Jargonant, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 12.08.2011.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 5 mai, communiqué aux parties par pli du 20 mai 2011, le Tribunal de première instance - statuant à la requête de B_____ - a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée par A_____SA au commandement de payer, poursuite no xx xxxxx8 P, à concurrence de 18'989 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 31 janvier 2008. A_____SA a en outre été condamnée à payer à B_____ la somme de 1'100 fr. à titre de dépens, lesquels comprennent une indemnité de 600 fr. valant participation aux honoraires de son conseil.

Par acte déposé au greffe de la Cour le 1^{er} juin 2011, A_____SA forme recours contre ce jugement dont elle demande l'annulation et, cela fait, conclut au renvoi du dossier par-devant le Tribunal de première instance pour nouvelle décision. A titre subsidiaire, elle conclut au déboutement de B_____ des fins de sa requête et, plus subsidiairement encore, excipe de compensation, le tout avec suite de frais et dépens à charge de B_____. Dans sa réponse, B_____ a conclu à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement au déboutement de A_____SA des fins de son recours.

L'effet suspensif sollicité par A_____SA dans son appel a été accordé par décision présidentielle du 16 juin 2011.

- B.** Les faits pertinents suivants résultent de la décision entreprise :

a. Le 12 janvier 2005, les parties ont signé une convention de collaboration donnant droit à B_____ à une commission de 20% calculée sur la commission nette encaissée par A_____SA pour tout mandat entré par B_____ et sur lequel une vente aurait été conclue. B_____ avait droit à 20% supplémentaires de la commission nette encaissée pour toute vente à un client amené par lui et inconnu de A_____SA.

Par convention du 19 juillet 2007, les parties ont mis fin à leur rapports.

b. Six ventes relatives à une promotion ont été réglées entre le 28 décembre 2007 et le 16 juin 2008. Le prix total de ces ventes s'est élevé à € 1'203'400.

La commission versée à A_____SA sur ces ventes a été de 5%.

Le premier juge a retenu que B_____ était intervenu dans ces ventes. A cet effet, il s'est fondé sur le courrier du notaire du 29 février 2008 à teneur duquel B_____ *«intervenant pour le compte de l'agence A_____SA était présent lors de la signature des contrats de réservation»*. Il a également visé une attestation des gérants de la SCI C_____ qui confirment avoir acquis deux appartements *«par le biais»* de B_____. Enfin, il a indiqué que A_____SA admettait que le requérant *«est bien intervenu pour ces ventes»*.

C. La procédure en relation avec la présente poursuite s'est déroulée de la manière suivante.

a. Le 11 août 2010, B_____ a fait notifier à A_____SA un commandement de payer, poursuite no xx xxxxx8 P, à concurrence de 50'728 fr. 33 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2008. La cause de l'obligation était «*EURO 32'144.40 au taux de change 1,578 : provisions dues à titre de la convention de collaboration du 12.01.05*».

Opposition totale a été faite à ce acte de poursuite.

b. Par requête déposée le 7 décembre 2010, B_____ a sollicité la mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer précité avec suite de frais et dépens à charge de A_____SA. Il s'est prévalu des ventes déjà mentionnées de la promotion (commission de 40%, admise par le premier juge à raison de 20% seulement) et d'une autre vente (écartée par le premier juge).

Dans ses notes de plaidoiries, A_____SA a préalablement excipé de compensation, indiquant qu'elle demanderait, le moment venu, le remboursement d'une commission de 5'334 fr. 35. Elle a également sollicité la suspension de l'instruction de la cause en raison de l'existence d'un litige en matière de prud'hommes portant également sur la question du paiement des commissions de la promotion, procédure dont seul un procès-verbal devant le Tribunal des prud'hommes du 2 juin 2008 a été produit par B_____. Sur le fond, A_____SA a contesté que B_____ ait œuvré de manière déterminante pour la conclusion des mandats sur lesquels il réclame les commissions.

c. Une audience a eu lieu le 24 janvier 2011 devant le Tribunal de première instance. A teneur de la feuille d'audience, les parties étaient présentes et ont plaidé. Le Tribunal était présidé par le juge suppléant X_____, lequel a rendu le jugement entrepris le 5 mai 2011.

A l'appui de son recours, A_____SA reprend son argumentation juridique de première instance. Elle indique avoir constaté que le jugement avait été rendu par le juge suppléant X_____, lequel est avocat auprès de l'Etude Z_____. Or, sans produire de pièces à cet égard, A_____SA affirme que cette Etude aurait plaidé dans un passé très récent contre elle dans les procédures C/10/2008 et C/14144/2008. A teneur des archives du Pouvoir judiciaire, un litige entre A_____SA et une autre société, défendue par Y_____, avocat auprès de l'Etude Z_____, s'est soldé par un arrêt de la Cour de justice du 13 février 2009 (C/14144/2008). En revanche, selon les recherches entreprises par la Cour de céans, l'autre procédure visée par A_____SA ne concerne ni cette entité ni l'Etude Z_____.

D. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. **1.1** Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce de la contestation d'une décision notifiée après le 1^{er} janvier 2011, le recours est régi par le nouveau droit de procédure.

Contre une décision en matière de mainlevée, seule est ouverte la voie du recours (art. 309 let. b, ch. 3 et 319 let. a CPC). La procédure sommaire et la maxime des débats sont applicables (art. 251 let. a et 255 CPC). Le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours dans un délai de 10 jours (art. 321 al. 2 CPC).

Déposé selon la forme et dans le délai prescrits, le recours est en l'espèce recevable.

1.2 S'agissant d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). Il appartient en particulier au recourant de motiver en droit son recours et de démontrer l'arbitraire des faits retenus par l'instance inférieure (HOHL, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd., n. 2513 à 2515). L'autorité de recours n'est pas liée pas les motifs juridiques invoqués par les parties. En revanche, elle n'entre pas en matière lorsque le recourant n'expose pas avec précision en quoi un point de fait a été établi de manière manifestement inexacte. Il ne peut se borner à opposer sa propre version des faits à celle du premier juge (CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II p. 257 ss, n. 16 et 20).

Les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC), les dispositions spéciales de la loi étant réservées (art. 326 al. 2 CPC, art. 174 al. 1 et 278 al. 3 LP).

1.3 Même si la procédure de recours est soumise au nouveau droit (consid. 1.1 ci-dessus), il n'en demeure pas moins que le premier juge - saisi avant le 1^{er} janvier 2011 - a appliqué l'ancien droit de procédure (art. 404 al. 1 CPC). Si des questions relatives au déroulement de la procédure de première instance sont soumises à l'autorité de recours, celle-ci doit examiner la conformité de ces actes au regard de l'ancien droit (TAPPY, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, in JdT 2010 III 39; FREI/WILLISEGGER, Basler Kommentar, n. 15 ad Art. 405 ZPO).

Dans le cas présent, les questions - de procédure - relatives à la récusation du magistrat et à la suspension de l'instruction de la cause étaient soumises à l'ancien droit de procédure. Il appartient dès lors à la Cour de céans d'examiner ces questions à l'aune de l'ancienne Loi de procédure civile (aLPC) et de l'ancienne

Loi d'organisation judiciaire (aLOJ), sans tenir compte de ce que pourrait prévoir le CPC sur ces points.

2. La recourante invoque une exception de litispendance. Elle estime en effet que la requête de mainlevée d'opposition déposée par l'intimée était irrecevable au motif que la question des commissions présentement litigieuses faisait également l'objet d'une procédure, actuellement pendante devant le Tribunal fédéral.

2.1 Jusqu'au 1^{er} janvier 2011, la question de la litispendance était réglée à l'art. 35 de la Loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors), lequel avait abrogé l'art. 101 aLPC. L'alinéa 1 de cette disposition prévoyait que lorsque des actions portant sur le même objet du litige entre les mêmes parties sont introduites devant plusieurs tribunaux, tout tribunal saisi ultérieurement sursoit à la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu ait statué sur sa compétence.

Il n'est pas contesté par l'intimé que les mêmes parties plaident aujourd'hui devant le Tribunal fédéral, le travailleur prétendant au paiement de différentes indemnités dues en vertu des rapports de travail avec la recourante. Le détail de ces prétentions n'a pas été exposé par les parties, la recourante se contentant d'affirmer que, dans la procédure au fond, l'intimé réclame les commissions également litigieuses dans la présente procédure.

2.2 La question est donc de savoir si, en l'espèce, les deux procédures - celle au fond et celle en mainlevée d'opposition - portent sur le même objet. Il convient donc de reprendre les principes établis en la matière par la jurisprudence.

Dans la procédure de mainlevée - provisoire ou définitive - qui est une pure procédure de l'exécution forcée, le juge examine uniquement la force probante du titre produit par le créancier, sa nature formelle et non pas la réalité et la validité matérielle de la créance en poursuite. En revanche, le fondement matériel de la prétention en poursuite n'est en principe examinée que dans le procès au fond. Les deux procédures traitent ainsi de questions différentes et ont des objets distincts (ATF 136 III 583 consid. 2.3).

Le jugement de mainlevée provisoire ne fonde pas l'exception de la chose jugée quant à l'existence de la créance. Il n'y a donc pas de litispendance entre la procédure de mainlevée et l'action de reconnaissance de dette (ATF 136 III 583 consid. 2.3). Il a été également jugé que la mainlevée provisoire d'une opposition à un commandement de payer peut être accordée alors même que la créance est l'objet d'un procès pendant au fond (CJ, SJ 1997 p. 204).

2.3 Au vu de ce qui précède, il ne saurait donc y avoir identité de l'objet du litige entre la présente action et celle actuellement pendante devant le Tribunal fédéral. Le premier juge n'a donc pas violé le droit en refusant de suspendre l'instruction

de la présente cause, mesure qui aurait été au demeurant incompatible avec la notion de procédure sommaire à laquelle la mainlevée est soumise.

Par conséquent, ce premier grief du recours doit être rejeté.

3. La recourante se prévaut du fait que le premier juge se trouve dans une Etude qui aurait - dans d'autres procès - représenté une partie qui lui était opposée. Sans viser de cas particulier de récusation prévu par la loi, la recourante reproche au premier juge de ne pas s'être récusé.

3.1 Comme on l'a vu, la question de l'éventuelle récusation du magistrat de première instance doit être traitée selon l'ancien droit de procédure, à savoir l'ancienne LOJ genevoise. A teneur de l'art. 97 let. a aLOJ, la récusation - dans tous les cas - n'est pas recevable s'il a été procédé devant le juge, postérieurement à la connaissance acquise par les parties des faits sur lesquels elles fondent la récusation.

Ce principe est d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. La partie qui entend procéder à une récusation doit invoquer le motif de récusation aussitôt qu'elle en a connaissance. Cela concerne aussi bien les motifs de récusation que la partie intéressée connaissait effectivement que ceux qu'elle aurait pu connaître en faisant preuve de l'attention voulue. A cet égard, choisir de rester dans l'ignorance peut être regardé, suivant les cas, comme une manœuvre abusive comparable au fait de différer l'annonce d'une demande de récusation (ATF 136 III 605 consid. 3.2.2).

3.2 Selon les indications de la recourante, non étayées de pièces, l'Etude dans laquelle exerce le juge suppléant ayant rendu la décision litigieuse aurait plaidé dans un passé récent dans deux procédures contre elle. Il ressort en réalité des recherches menées par la Cour que cette affirmation concerne tout au plus une procédure, terminée il y a plus de deux ans. Dans celle-ci, le frère du magistrat de première instance avait représenté une partie opposée à la recourante.

De toute manière, il est constant que la recourante s'est présentée à l'audience présidée par le magistrat de première instance et qu'elle a plaidé oralement sa cause. A cette occasion, elle était en mesure d'identifier le juge auquel elle s'adressait. Si elle avait estimé qu'une apparence de prévention était réalisée dans sa personne, elle aurait dû immédiatement déposer une requête de récusation ou, à tout le moins, faire part de ses doutes dans les jours suivant l'audience, après avoir éventuellement procédé à des recherches au sein de son Etude. Dans tous les cas, attendre le prononcé de la décision donnant - en partie - tort à la recourante rend aujourd'hui le grief tardif et, partant, irrecevable.

3.3 Par conséquent, sur ce point également, le recours doit être rejeté.

-
4. Sur le fond, la recourante persiste à soutenir que l'intimé, en raison de l'absence d'intervention dans les ventes concernées par la présente procédure, *«n'a pas droit à plus de commission que ce qu'il a déjà reçu»*. Elle fait également valoir la compensation avec un montant 5'334 fr. 35 perçu indûment et des *«commissions négatives avec une perte»*. Elle ne fait en revanche pas grief à l'autorité inférieure d'avoir violé l'art. 82 LP.

4.1 Il ressort des faits établis par le premier juge - et non taxés d'arbitraire par la recourante - que les parties ont signé une convention donnant droit à l'intimé à une commission de 20% sur les commissions encaissées par la recourante dans le cadre de ventes immobilières. Il n'est pas non plus argué d'arbitraire que six ventes couvertes par cette convention sont intervenues dans ce contexte en rapport avec la promotion.

Se fondant sur plusieurs pièces de la procédure, le premier juge a retenu que l'intimé était intervenu dans ces ventes. La recourante ne démontre pas en quoi cette appréciation des preuves serait arbitraire; elle ne reproche en particulier pas au Tribunal d'avoir omis, sans aucune raison sérieuse, de prendre en compte un élément de preuve propre à modifier la décision attaquée; elle n'allègue pas non plus que le premier juge se serait manifestement trompé sur le sens et la portée d'une preuve. En réalité, la recourante se borne à opposer sa propre version des faits à celle retenue par l'instance inférieure, ce qui n'est pas suffisant pour fonder le grief d'arbitraire.

Le premier juge a encore établi que le prix total de ces ventes s'est élevé à € 1'203'400. Sur ce point, la recourante ne démontre pas non plus devant l'instance de recours en quoi le montant total de € 1'203'400 aurait été retenu de manière arbitraire. Elle fait certes état, au chiffre 3 de son recours, de *«commissions négatives»* que l'intimé aurait intentionnellement réalisées en relation avec les deux lots achetés par les consorts D_____ pour le prix total de € 230'000 commission de 5% incluse, alors que le tarif de vente qu'elle produit indique un montant total de € 229'500, hors commission. Cet allégué laisse éventuellement apparaître que le prix proposé aux acquéreurs D_____ était plus élevé que celui effectivement acquitté par eux. Dans la mesure où le premier juge s'est fondé sur ce dernier montant pour calculer la commission de 5% versée à la recourante, on ne discerne pas en quoi cette appréciation, s'agissant d'une procédure sur titre, serait arbitraire.

4.2 Dans la mesure où le recourant conclut au déboutement de l'intimé de sa requête de mainlevée, il convient d'examiner d'office si la décision entreprise viole l'art. 82 al. 1 LP.

Aux termes de cette disposition, le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut

requérir la mainlevée provisoire. Constitue une reconnaissance de dette, au sens de cette disposition, l'acte authentique ou sous seing privé signé par le poursuivi d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et échue; cette volonté peut découler du rapprochement de plusieurs pièces, dans la mesure où celle qui est signée renvoie ou se réfère directement à celle qui indique la créance et son montant (ATF 132 III 480 consid. 4.1).

En l'espèce la convention du 12 janvier 2005 a été signée par les deux parties et elle prévoit une rémunération de l'intimé selon un système facilement compréhensible (20% de la commission de 5% encaissée par la recourante). Rapprochée avec la liste des ventes réalisées par l'intervention de l'intimé, cette convention constituait un titre de mainlevée. Le premier juge n'a donc pas violé le droit en prononçant celle-ci, à concurrence des ventes retenues par lui et documentées par pièces.

4.3 Se référant aux art. 120 et 124 CO, la recourante invoque enfin la compensation de la somme éventuellement due avec les «*nombreux préjudices financiers suite au comportement*» de l'intimé. Elle vise en particulier des détournements de commissions et des démarchages de clients.

Selon l'art. 82 al. 2 LP, le juge prononce la mainlevée si le défendeur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération. Cette libération peut intervenir en raison de l'extinction de la dette, notamment par compensation (art. 124 al. 2 CO). Il faut que, sur la base d'éléments objectifs, le juge acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence de faits pertinents. Pour la compensation, il faut rendre celle-ci vraisemblable dans son principe et sa quotité, par la production de pièces (KRAUSKOPF, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, JDT 2008 II 45 et les réf.).

Les faits allégués par la recourante à l'appui de ses prétentions compensatoires sont entièrement contestés par l'intimé. S'agissant d'une commission indûment touchée, les seules déclarations de la recourante ne sont pas suffisantes pour créer la vraisemblance d'une éventuelle créance compensante. Il en va de même pour la prétendue «*commission négative*» déjà mentionnée (cf. consid. 4.1). A défaut de vraisemblance suffisante, le moyen de la libération n'est pas fondé et le recours doit également être rejeté sur ces questions.

- 5.** La recourante, qui succombe, supportera les frais du recours, couverts par l'avance déjà opérée (art. 106 et 111 CPC).

Elle sera également condamnée aux dépens de l'intimée (art. 105 al. 2, 96 CPC; art 85, 88, 89 et 90 du règlement fixant le tarif des greffes en matière civile du 22 décembre 2010, E 1 05.10).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____SA contre le jugement JTPI/7142/2011 rendu le 5 mai 2011 par le Tribunal de première instance dans la cause C/28278/2010-JS.

Au fond :

Rejette le recours.

Condamne A_____SA aux frais du recours arrêtés à 600 fr.

Condamne A_____SA à verser à B_____ la somme de 1'000 fr. à titre de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Jean RUFFIEUX, président; Monsieur François CHAIX, Madame Sylvie DROIN, juges; Madame Fatina SCHAERER, greffier.

Le président :

Jean RUFFIEUX

Le greffier :

Fatina SCHAERER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.