

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Séance du 5 mai 2011

---

Présidence de M. SAUTEREL, vice-président  
Juges : MM. Bosshard et Muller  
Greffier : M. Berthoud, greffier ad hoc

\*\*\*\*\*

**Art. 82 LP**

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant en audience publique en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **R.**\_\_\_\_\_, à Forel, contre le prononcé rendu le 14 septembre 2010, à la suite de l'audience du 7 septembre 2010, par le Juge de paix du district de Lavaux-Oron dans la cause opposant la recourante à **K.**\_\_\_\_\_, au Muids.

Vu les pièces du dossier, la cour considère :

## **En fait :**

**1. a)** Par contrat d'entreprise du 8 novembre 2005, R. \_\_\_\_\_ s'est engagée à réaliser les travaux de peinture et de plâtrerie dans le cadre de la construction d'une villa individuelle pour les époux K. \_\_\_\_\_.

Le 17 novembre 2005, les époux ont fait réaliser une expertise hors procès. Le rapport d'expertise, daté du 22 novembre 2005, fait état de plusieurs malfaçons, parfois graves, notamment dans la réalisation de cloisons en plâtre.

Le 30 novembre 2005, les époux K. \_\_\_\_\_ et l'entrepreneur ont signé un protocole d'accord duquel il ressort que les maîtres de l'ouvrage ont refusé les travaux de plâtrerie en raison de défauts majeurs et mineurs. En substance, les parties sont parvenues à un accord prévoyant que l'entrepreneur renonçait au paiement du solde du prix de l'ouvrage par 10'213 fr. (chiffre 1 du protocole), ainsi qu'à un montant de 11'600 fr. relatif à la réalisation de faux-plafonds au premier étage (chiffre 2 du protocole). Ce document contient encore les clauses suivantes :

« 3. L'entrepreneur s'engage à réaliser tous les travaux de peinture avec sa propre équipe (aucun sous-traitant ne sera autorisé sur le chantier) tels que décrits dans le contrat d'entreprise en date du 8 novembre 2005 qui nous lie. En plus de ce qui est décrit dans ce contrat, l'entrepreneur s'engage à effectuer tous les travaux de peinture intérieure (variovlies et/ou dispersion) pour la cave, le rez-de-chaussée, le premier étage et le garage ainsi que tous les travaux de peinture extérieure de la villa, et tous ceux-ci selon les règles de l'art en la matière et les normes SIA 118 dans leur intégralité + les normes spéciales inhérentes au corps de métier en question.

4. Par l'exécution des travaux énoncés au point 4 [sic], l'entrepreneur ne verse pas de somme d'argent aux maîtres d'œuvre pour la réfection de l'ouvrage et pour les frais associés ; mais exécute à son compte et à ses propres frais tous les travaux de peinture comme énoncés au point 4 [sic]. Aucune facture ne sera établie pour les travaux de peinture, cependant l'entrepreneur remettra sa

garantie d'assurance aux maîtres d'œuvre pour les travaux de peinture intérieure et extérieure effectués.

(...)

6. Les travaux de peinture seront effectués dès que les travaux de réfection de l'ouvrage de plâtrerie seront terminés.

Date de début des travaux de peinture : à partir du 9 janvier 2006.

Date approximative de fin des travaux : selon ordre des maîtres d'œuvre.

D'autre part :

(...)

8. Les maîtres d'œuvre s'engagent à ne demander aucune indemnité à l'entrepreneur, sauf si l'entrepreneur fait défaut à exécuter tous les travaux repris au point 4 [sic]. Le montant réclamé sera alors de 25,165.10 CHF (36,765.10 CHF moins 11,400 CHF pour les faux plafonds), selon devis établi par l'entreprise tierce auquel viendront s'ajouter des indemnités de retard de chantier, les honoraires d'expertise, les dommages-intérêts de relogement, la sentence communale. (...) »

Le 4 août 2006, le conseil des maîtres d'œuvre a écrit à l'entrepreneur pour constater que le protocole d'accord n'avait pas été respecté, des sous-traitants ayant été engagés sur le chantier et les mises en conformité n'ayant pas commencé dès la fin des travaux de plâtrerie ; l'entrepreneur a ainsi été mis en demeure d'exécuter les travaux prévus par le protocole d'accord dans un délai de quinze jours dès réception de la lettre. Il découle par ailleurs d'un texte manuscrit non daté, signé par les parties, que l'entrepreneur s'engageait à terminer les travaux à fin avril 2007.

Une première poursuite a été engagée le 29 octobre 2007 contre l'entrepreneur ; cette première procédure a conduit à une commination de faillite, puis à une requête de faillite, finalement écartée

par prononcé du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois du 13 novembre 2009 pour cause de péremption de la poursuite.

**b)** Par commandement de payer notifié le 9 décembre 2009 dans le cadre de la poursuite n° 5'222'932 de l'Office des poursuites du district de Lavaux, K. \_\_\_\_\_ ont requis de R. \_\_\_\_\_ le paiement de la somme de 25'455 fr. 10 plus intérêts à 5 % l'an dès le 24 novembre 2006, plus 100 fr. de frais de commandement de payer et 146 fr. 90 de frais d'encaissement, indiquant comme cause de l'obligation : « Protocole d'accord du 30 novembre 2005 et remboursement de la sentence sans citation n° 9-0205 en CHF 290.00 ». La poursuivie a formé opposition totale.

**2.** Par prononcé du 14 septembre 2010, le Juge de paix du district de Lavaux-Oron a provisoirement levé l'opposition à hauteur de 25'165 fr. 10 plus intérêts à 5 % l'an dès le 30 octobre 2007 ; il a mis les frais, par 360 fr., à la charge des poursuivants et alloué à ces derniers la somme de 860 fr. à titre de dépens.

Par acte du 23 septembre 2010, la poursuivie a requis la motivation du prononcé. Les motifs ont alors été adressés aux parties le 7 octobre 2010. En bref, le premier juge a considéré que le protocole d'accord du 30 novembre 2005 valait titre à la mainlevée de l'opposition, les poursuivants ayant rendu vraisemblable la non-exécution des travaux.

Par acte de son conseil du 18 octobre 2010, la poursuivie a déclaré recourir contre ce prononcé, concluant, avec suite de frais et dépens de première et de deuxième instances, à sa réforme, l'opposition étant maintenue.

La recourante a déposé dans le délai imparti un mémoire ampliatif.

Les intimés ont produit en temps utile un mémoire de réponse, dans lequel ils ont conclu au rejet du recours.

### **En droit :**

**I.** La décision attaquée a été communiquée aux parties avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011, de sorte que la procédure demeure soumise à l'ancien droit cantonal (art. 405 al. 1 du Code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC], RS 272).

La demande de motivation a été formée en temps utile (art. 54 al. 1 aLVLP [loi du 18 mai 1955 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite]; RSV 280.05). Le recours, déposé dans les dix jours dès réception du prononcé, en temps utile également, comporte des conclusions valablement formulées. Le recours est ainsi recevable à la forme (art. 57 al. 1 et 58 al. 1 aLVLP, art. 461 ss CPC-VD [Code de procédure civile du 14 décembre 1966]; RSV 270.11).

**II.** Selon l'art. 82 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1), 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 de l'opposition au commandement de payer.

Constitue une telle reconnaissance l'acte d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant une somme d'argent déterminée et échue, sans réserve ni condition (ATF 130 III 87, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125, JT 1998 II 82; Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite

pour dettes et la faillite, n. 29 ad art. 82 LP). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire, doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre à la mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP).

Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies, en particulier, dans les contrats bilatéraux, lorsque le poursuivant prouve avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité de la créance (TF 5A\_367/2007 du 15 octobre 2007 et les références doctrinales ; Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 85 ; Staehelin, Basler Kommentar, n. 110 in initio ad art. 82 LP).

En l'espèce, la somme en poursuite correspond, selon le protocole conclu par les parties, à une indemnité pour des travaux défectueux, respectivement restant à exécuter. Les parties ont réglé conventionnellement les conséquences de carences de l'entrepreneur dans l'exécution de l'ouvrage, ce qu'elles étaient en droit de faire en vertu du principe de la liberté contractuelle (art. 19 CO [Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]). A titre principal, l'entrepreneur s'est engagé à effectuer les travaux décrits dans le protocole d'accord, les parties prévoyant qu'en cas d'inexécution de cet engagement, l'entrepreneur verserait une certaine somme aux intimés. Cet engagement est solidaire

activement, les créanciers étant les maîtres d'œuvre d'un ouvrage commun (art. 18 al. 1 et 150 al. 1 CO).

La clause d'inexécution constitue une convention accessoire en vertu de laquelle le débiteur, in casu l'entrepreneur, promet au créancier, en l'espèce aux maîtres de l'ouvrage, une prestation pour le cas où il n'exécuterait pas, ou n'exécuterait qu'imparfaitement, une prestation déterminée, à savoir l'exécution des travaux auxquels le protocole d'accord se réfère. Cet engagement constitue donc une clause pénale au sens de l'art. 160 CO (Tercier, *Le droit des obligations*, 4<sup>ème</sup> éd., n. 1365, p. 290). Un auteur rappelle également que l'on distingue la clause pénale, qui est une stipulation accessoire conventionnelle entre les parties, et la peine conventionnelle, qui est la dette que le débiteur doit en vertu de cette clause si les conditions en sont remplies; en principe, la peine consiste en une somme d'argent (Tercier, *op. cit.*, n. 1366).

Par la conclusion d'une clause pénale, le débiteur promet une prestation différente de l'obligation principale : la peine. Cette prestation n'est pas exigible immédiatement, mais dépend, d'après les termes de l'art. 160 al. 1 CO, de l'inexécution de l'obligation principale. La clause pénale porte ainsi sur une obligation soumise à condition suspensive au sens de l'art. 151 al. 1 CO (Couchepin, *La clause pénale*, thèse Fribourg 2008, n. 410, p. 85 et les références citées à la note infrapaginale n. 405). La condition suspensive est un événement futur objectivement incertain dont les parties font dépendre l'efficacité d'un acte juridique librement déterminé, en l'occurrence l'inexécution de l'obligation principale (Couchepin, *op. cit.*, n. 411, pp. 85-86 et les références citées à la note infrapaginale n. 406).

En droit des poursuites, il est constant que le contrat écrit stipulant une peine conventionnelle selon l'art. 160 CO constitue, avec la preuve de l'inexécution de la prestation promise, une reconnaissance de dette (TF 5A\_734/2009 du 2 février 2010 c. 3.1 et les références citées). Le Tribunal fédéral rappelle que la procédure de mainlevée est une procédure sur pièces, dont le but n'est pas de constater la réalité de la prétention

déduite en justice, mais de vérifier l'existence du titre à la mainlevée, le juge n'examinant que la force probante du titre produit par le poursuivant (ATF 132 III 140 c. 4.1.1, rés. in JT 2006 II 187). Si le poursuivi peut se contenter de rendre vraisemblables ses moyens libératoires, conformément à l'art. 82 al. 2 LP, le poursuivant ne bénéficie pas d'un tel allègement du degré de preuve. En conséquence, pour qu'une clause pénale puisse valoir titre à la mainlevée provisoire pour la peine conventionnelle, il appartient au créancier d'établir que la prestation promise n'a pas été exécutée. A défaut, il doit passer par la voie ordinaire de l'action en reconnaissance de dette (art. 79 al. 1 LP).

En l'espèce, il convient de déterminer si les intimés apportent la preuve de l'inexécution de la prestation promise, cette preuve devant être rapportée par titre (Krauskopf, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, in JT 2008 II 23 ss, p. 28 et la référence citée à la note infrapaginale n. 43; JT 1969 II 127).

Apporter la preuve de l'inexécution des travaux revient à devoir prouver un fait négatif.

La preuve d'un fait négatif - ou, plus exactement, de l'inexistence d'un fait positif - présente la particularité que, dans de nombreux cas, elle ne peut être rapportée directement, mais seulement par des indices tirés de faits positifs contraires. On distingue alors selon que la preuve de quelques faits positifs déterminés est de nature à emporter la conviction du tribunal - fait négatif dit « déterminé » - ou qu'il faudrait prouver de très nombreux faits positifs, voire une infinité de tels faits - fait négatif dit « indéterminé ». Dans le premier cas, la preuve ne présente pas plus de difficulté que dans les autres situations où, en raison de la nature même du fait à prouver, une preuve certaine est impossible en pratique. Le tribunal doit donc statuer sur la base de la haute vraisemblance du fait négatif déterminé ; mais rien n'est changé quant au fardeau de la preuve. Ainsi, à titre d'exemples, le débiteur qui doit établir que l'inexécution d'un contrat n'est pas due à sa faute (art. 97 CO) peut apporter la preuve qu'il a pris des mesures exigées par les circonstances ;

de même, pour démontrer qu'il n'est plus enrichi, le défendeur à l'action pour enrichissement illégitime peut établir ce qu'il est advenu du montant reçu.

Lorsque le fait négatif à démontrer requiert la preuve de nombreux faits positifs, éventuellement d'une infinité de tels faits, la partie qui a le fardeau de la preuve n'est pratiquement plus en mesure d'apporter celle-ci. Il paraîtrait alors normal d'inverser le fardeau de la preuve et d'exiger de la partie adverse qu'elle démontre au moins un fait positif qui remette en question le fait négatif indéterminé. Pourtant, même dans de tels cas, le Tribunal fédéral, suivi par une partie de la doctrine, s'est prononcé contre un renversement du fardeau de la preuve et considère que la question relève de l'appréciation de cette preuve. Il estime en effet que les règles de la bonne foi (art. 2 CC [Code civil du 10 décembre 1907, RS 210]) imposent à la partie adverse un devoir de collaborer à l'administration des preuves, parce que celui qui a le fardeau de la preuve est dans un état de nécessité quant à la preuve (*Beweisnot*). La partie adverse doit dès lors apporter la preuve de faits positifs qui tiennent en échec le fait négatif indéterminé. Si elle ne le fait pas ou si elle n'y parvient pas, le tribunal doit en tirer les conséquences dans le cadre de l'appréciation des preuves, c'est-à-dire, en règle générale, considérer que le fait négatif indéterminé est prouvé (Steinauer, *Le Titre préliminaire du Code civil*, TDPS 11/1, nn. 711 ss, pp. 268-269 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 174 à 181).

En l'espèce, il apparaît de manière claire que le fait négatif en question appartient à la première catégorie, soit, à l'instar de l'absence de faute dans l'inexécution d'un contrat, à celle du fait négatif déterminé, pour lequel il est exclu de modifier le fardeau de la preuve. Il était en effet parfaitement loisible aux intimés de faire par exemple établir un constat d'inexécution des travaux décrits au chiffre 3 de la convention du 30 novembre 2005 et de produire ce constat comme preuve par titre de l'inexécution de la prestation promise. Or, ils n'ont pas produit de tel titre. Ils n'ont donc pas prouvé l'inexécution leur permettant d'exiger le paiement de la peine conventionnelle.

**III.** En définitive, le recours doit être admis et l'opposition maintenue.

Les frais de première instance, par 360 fr., sont mis à la charge des poursuivants. Ces derniers doivent payer à la poursuivie, solidairement entre eux, la somme de 500 fr. à titre de dépens de première instance.

Les frais d'arrêt de la recourante sont fixés à 570 francs. Les intimés doivent payer à la recourante, solidairement entre eux, la somme de 1'570 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,  
statuant en audience publique en sa qualité d'autorité  
de recours en matière sommaire de poursuites,  
p r o n o n c e :

- I. Le recours est admis.
- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par R.\_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 5'222'932 de l'Office des poursuites du district de Lavaux, notifié à la réquisition de K.\_\_\_\_\_, est maintenue.

Les frais de première instance des poursuivants sont fixés à 360 fr. (trois cent soixante francs).

Les poursuivants K.\_\_\_\_\_ doivent verser, solidairement entre eux, la somme de 500 fr. (cinq cents francs) à la poursuivie R.\_\_\_\_\_ à titre de dépens de première instance.

**III.** Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 570 fr. (cinq cent septante francs).

**IV.** Les intimés K.\_\_\_\_\_ doivent verser, solidairement entre eux, à la recourante R.\_\_\_\_\_ la somme de 1'570 fr. (mille cinq cent septante francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

**Du 5 mai 2011**

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Gilles Davoine, avocat (pour R.\_\_\_\_\_),
- Me Filippo Ryter, avocat (pour K.\_\_\_\_\_).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 25'165 fr. 10.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des articles 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des articles 113 et suivants LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, au moins à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge de paix du district de Lavaux-Oron.

Le greffier :