

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 25 juin 2012

Présidence de M. S A U T E R E L, vice-président
Juges : M. Bosshard et M. Vallat, juge suppléant
Greffier : M. Berthoud, greffier ad hoc

Art. 82 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **B.**_____ **SA**, à Saint-Sulpice, contre le prononcé rendu le 18 novembre 2011, à la suite de l'audience du 15 novembre 2011, par le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois, dans la cause opposant la recourante à **J.**_____, à Zurich.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par contrat de bail à loyer conclu le 15 novembre 1985, E. _____ a remis à bail à B. _____ SA deux locaux d'une surface totale de 112 mètres carrés sis dans la galerie commerciale du complexe immobilier [...], à Genève, le loyer étant fixé soit selon un loyer de base de 1'071 fr. par mètre carré et par an, correspondant ainsi à 119'952 fr. par année, soit selon un loyer en pourcentage du chiffre d'affaires du locataire au cas où ce dernier serait plus élevé. Le chiffre 4.3.1 de ce contrat prévoyait que le loyer de base serait adapté le 1^{er} janvier de chaque année aux variations de l'indice suisse des prix à la consommation, l'indice de référence étant celui en vigueur le jour du commencement du bail, soit le jour de l'ouverture de la galerie commerciale.

Par avis de majoration de loyer du 21 novembre 1988 adressé à la locataire par les consorts H. _____, le montant du loyer annuel a été porté à 124'056 fr. dès le 1^{er} janvier 1989 pour tenir compte de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation. Un autre avenant du 19 février 1989, notifié par E. _____, mentionne que les consorts H. _____ ont remplacé E. _____ en qualité de bailleur. Par avenant du 2 février 1990, l'échéance initiale du bail a été prolongée du 31 août 1996 au 31 août 1999.

A la suite de plusieurs avis de majoration, le loyer a été porté la dernière fois à 144'276 fr. le 14 novembre 1991 pour le 1^{er} janvier 1992 afin de tenir compte de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation.

b) Le 14 juillet 1986, E. _____ avait notifié au locataire un avenant se référant à une convention sur les services annexes, fixant à 300 fr. par mètre carré et par an l'acompte pour les frais annexes. Ce document a été signé par la locataire le 19 novembre 1986. Cet acompte a été fixé forfaitairement à 200 fr. par le nouveau bailleur pour la période

du 1^{er} janvier 1989 au 31 décembre 1991. Ce montant a été maintenu à 200 fr. jusqu'au 31 décembre 2005.

c) Par contrat de transfert de bail cosigné par le bailleur J._____ et la locataire, le local commercial a été transféré avec effet au 1^{er} juillet 2006 à une société tierce. Une lettre de la bailleuse du 31 mai 2006 a confirmé ce transfert de bail et remis à la locataire sortante un relevé de compte au 30 juin 2006, d'un montant de 56'025 fr. 40, représentant quatre loyers à 14'006 fr. 35 pour les mois de mars à juin 2006. Il résulte d'une note manuscrite sur la comptabilité interne des bailleurs que le solde se montait, au 31 mai 2006, à 28'012 fr. 70 à la suite du paiement de deux mois de loyer.

Par courrier du 4 décembre 2009, la bailleuse a rappelé à la locataire qu'elle lui devait encore le montant de 28'012 fr. 70 et qu'elle était en demeure de lui verser cette somme dans un délai échéant le 15 décembre 2009. Après un échange de correspondance entre les parties, le délai de paiement a été repoussé au 23 novembre 2010, ce que confirme un courrier du conseil de la bailleuse du 16 novembre 2010.

d) Il résulte d'un extrait du registre foncier du 30 août 2011 que J._____ est propriétaire de l'immeuble situé rue de la Confédération 8, à Genève.

e) Par commandement de payer notifié le 21 décembre 2010 dans le cadre de la poursuite n° 5'638'023 de l'Office des poursuites du district de Morges, J._____ a requis de B._____ SA le paiement de la somme de 28'012 fr. 70 plus intérêt à 5 % l'an dès le 15 mai 2006, plus 100 fr. de frais de commandement de payer et 172 fr. 70 de frais d'encaissement, indiquant comme cause de l'obligation : « Montant dû par la débitrice pour les loyers, charges comprises, des mois de mai et juin 2006 pour l'arcade de 119 m2 sous l'enseigne "K._____" au 1^{er} étage de [...] à Genève ». La poursuivie a formé opposition totale.

2. Par prononcé du 18 novembre 2011, le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois a provisoirement levé l'opposition, arrêté à 360 fr. les frais judiciaires qu'il a mis à la charge de la poursuivie et dit qu'en conséquence cette dernière devait rembourser à la poursuivante son avance de frais à concurrence de 360 fr. et lui verser la somme de 30 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel.

Ayant reçu le dispositif le 24 novembre 2011, la poursuivie a requis la motivation de ce prononcé par lettre du 30 novembre 2011. En conséquence, les motifs ont été adressés pour notification aux parties le 1^{er} février 2012 et remis à la poursuivie le 3 février 2012. Dans son prononcé motivé, le premier juge a rectifié d'office le dispositif en ce sens que la somme que doit verser la poursuivie à la poursuivante à titre de défraiement de son représentant professionnel est fixée à 300 fr. et non à 30 francs. En bref, il a considéré que le contrat de bail valait titre à la mainlevée provisoire de l'opposition.

La poursuivie a recouru par mémoire du 11 février 2012, concluant à l'annulation de la décision de mainlevée de l'opposition et à l'annulation de la poursuite.

Par mémoire de son conseil du 19 mars 2012, l'intimée a conclu au déboutement de la recourante de toutes ses conclusions, à la confirmation du prononcé de mainlevée et à la condamnation de la recourante à tous les dépens comprenant le défraiement de son conseil.

En droit :

I. Le recours a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC. Il est écrit et motivé et contient des conclusions tendant au rejet de la mainlevée et au maintien de l'opposition (sur l'exigence de conclusions : cf. Jeandin, CPC commenté, n.

5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/Afheldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c. 4). Le recours est ainsi recevable.

En revanche, la conclusion tendant à ce que la poursuite soit annulée n'est pas recevable, le juge de la mainlevée n'étant pas habilité à donner un ordre tendant à la radiation de la poursuite (CPF, 29 mars 2007/101; CPF, 26 mars 2007/100; Gilliéron, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 45 ad art. 8 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]). De même, les pièces nouvelles produites par la recourante en deuxième instance seulement ne sont pas recevables (art. 326 al. 1 CPC). En effet, en procédure de recours, le tribunal de deuxième instance doit statuer sur un état de fait identique à celui examiné par le premier juge. Cette règle, stricte, s'explique par le fait que l'instance de recours a pour mission de contrôler la conformité au droit de la décision entreprise, mais pas de poursuivre la procédure de première instance; à l'instar du Tribunal fédéral, l'instance de recours doit contrôler la juste application du droit à un état de fait arrêté définitivement (Chaix, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, in SJ 2009 II 257 ss, n. 17, p. 267). Le deuxième alinéa de cette disposition réserve certes les dispositions spéciales de la loi, mais la procédure de mainlevée n'est pas visée par cet alinéa (Staehelin, Basler Kommentar, 2^{ème} éd., n. 90 ad art. 84 LP).

II. a) Selon l'art. 82 al. 1 LP, 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 reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme déterminée, ou aisément déterminable, et échue (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1; Gilliéron, op. cit., n. 29 ad art. 82 LP; ATF 136 III 627 c. 2; ATF 136 III 624 c. 4.2.2; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87

c. 3.1, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82). 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 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).

La procédure de mainlevée est une procédure sur pièces (Urkundenprozess), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire : le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, suffit pour que la mainlevée soit prononcée si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblable des moyens libératoires (ATF 132 III 140 c. 4.1.1, rés. in JT 2006 II 187; art. 82 al. 2 LP).

b) Le contrat signé de bail constitue une reconnaissance de dette pour le montant du loyer échu, pour autant que le bailleur ait mis l'objet du contrat à disposition du locataire (Panchaud/Caprez, op. cit., §§ 74 et 75; Gilliéron, op. cit., nn. 49 et 50 ad art. 82 LP; Trümpy, La mainlevée provisoire en droit du bail, in BISchK 2010, pp. 105 ss, p. 106; Krauskopf, La mainlevée provisoire : quelques jurisprudences récentes, in JT 2008 II 23 ss, p. 35). Le contrat de bail signé le 15 novembre 1985 vaut ainsi effectivement titre à la mainlevée provisoire, dès lors que,

notamment, le contrat de reprise de bail signé de la poursuivie, atteste de la mise à disposition des locaux par la bailleuse.

Cependant, ce bail ne vaut titre à la mainlevée que pour le loyer qui figure sur le contrat initial. En effet, selon la jurisprudence, un avis de majoration de loyer, qui n'est pas signé par le locataire, ne vaut pas titre à la mainlevée provisoire de l'opposition. Cette règle vaut même lorsque le locataire ne conteste pas la majoration (Trümpy, op. cit., p. 107 et les références citées à la note infrapaginale n. 12; Marchand, Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, n. 35 ad art. 269d CO [Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220]; Lachat, Le bail à loyer, nouvelle édition 2008, p. 400 et les références citées à la note infrapaginale n. 123; CPF, R. c. R., 8 septembre 2011/373). D'après la doctrine, il n'en va différemment que lorsque le loyer est échelonné car, dans cette hypothèse, les échelons ne peuvent pas être contestés (art. 270d CO).

Dans la présente cause, il s'agit d'un contrat de bail à loyer indexé, qui peut être contesté à certaines conditions, en particulier lorsque la variation du loyer ne correspond pas à l'ampleur de la variation de l'indice (art. 270c CO). En outre, ce contrat de bail a été conclu avant le 1^{er} juillet 1990, soit avant l'entrée en vigueur du nouveau droit du bail. Or, sous l'ancien droit, il était permis de contester un avis de majoration d'un loyer indexé même en se prévalant des critères usuels de fixation du loyer, ce qui, selon une partie de la doctrine, vaut également pour les baux conclus sous l'ancien droit et reconduits sous le nouveau (Marchand, op. cit., n. 22 ad art. 270c CO; Lachat, op. cit., pp. 515 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 49, 50, 52 et 53).

En l'occurrence, le bail a été conclu en 1985 et la clause qui prévoit l'indexation ne mentionne pas l'indice de référence, ni même la date précise à prendre en considération pour cet indice de référence. Il n'indique pas non plus la date de l'indice à prendre en compte pour le calcul. Par conséquent, le contrat de bail signé le 15 novembre 1985 ne peut valoir titre à la mainlevée provisoire pour la part du loyer supérieure à celle contenue dans cet écrit.

La poursuivante n'a pas produit la convention sur les services annexes sur la base de laquelle elle réclame les frais s'ajoutant au loyer fixé dans le contrat de bail. La seule pièce signée de la poursuivie est un avenant fixant à 300 fr. par mètre carré et par an l'acompte pour ces frais; toutefois, ultérieurement, ces frais ont été fixés forfaitairement plus bas à 200 fr. par mètre carré et par an, par lettres successives du bailleur, valables néanmoins que jusqu'au 31 janvier 2005. Il n'y a ainsi pas de titre de mainlevée provisoire pour ces frais.

Par conséquent, il n'y a reconnaissance de dette que pour le loyer net initial. A raison de deux mois, cela représente 19'992 fr. au lieu des 28'012 fr. 70 requis et accordés par le premier juge.

c) Le premier juge a aussi accordé des intérêts moratoires à partir de la date requise par l'intimée. Toutefois, le créancier peut renoncer en tout ou en partie aux intérêts, notamment moratoires. Il s'agit d'une remise de dette au sens de l'art. 115 CO et cette remise de dette peut parfois être implicite. Ainsi, lorsque le créancier fait savoir au débiteur durant la procédure relative à la créance principale qu'il compte obtenir le paiement d'intérêts moratoires, mais omet de prendre des conclusions dans ce sens alors qu'il aurait pu le faire avant le jugement, il a été jugé que le débiteur était en droit de considérer que le créancier avait renoncé aux intérêts moratoires (Marchand, Intérêts et conversion dans l'action en paiement, in Quelques actions en paiement, pp. 69 ss, n. 36, p. 85 et la référence citée à la note infrapaginale n. 63). En outre, lorsque le créancier consent à un report de délai pour le paiement d'une somme convenue, la convention se qualifie de sursis au paiement, qui a pour effet de mettre fin aux effets de la demeure et des intérêts moratoires ne sont pas dus pour la durée du sursis (Marchand, Intérêts, op. cit., n. 38, pp. 85-86). En l'occurrence, jusqu'à la notification du commandement de payer, la bailleresse n'a réclamé que le capital des deux mois de loyer, mettant successivement en demeure sans réserver les intérêts. La dernière mise en demeure est celle de son conseil du 16

novembre 2010 pour la date du 23 novembre 2010, de sorte que l'intérêt moratoire ne peut courir que dès le 24 novembre 2010.

III. En conséquence, le recours doit être partiellement admis et le prononcé réformé en ce sens que l'opposition est provisoirement levée à concurrence de 19'992 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 24 novembre 2010. L'opposition est maintenue pour le surplus.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 360 fr., sont mis à la charge de la poursuivie à raison de 240 fr. et de la poursuivante à raison de 120 francs. La poursuivie doit payer à la poursuivante la somme de 660 fr. à titre de restitution partielle d'avance des frais et de dépens partiels de première instance.

Les frais de deuxième instance sont arrêtés à 570 fr. et mis à la charge de la recourante à raison de 285 fr. et à la charge de l'intimée à raison de 285 francs. La recourante doit verser à l'intimée la somme de 115 fr. à titre de dépens réduits de deuxième instance, après compensation avec la restitution partielle de l'avance des frais de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos 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 partiellement.
- II.** Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par B. _____ SA au commandement de payer n° 5'638'023 de l'Office des poursuites du district de Morges, notifié à la

réquisition de J._____, est provisoirement levée à concurrence de 19'992 fr. (dix-neuf mille neuf cent nonante-deux francs), plus intérêt à 5 % l'an dès le 24 novembre 2010.

L'opposition est maintenue pour le surplus.

Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 360 fr. (trois cent soixante francs), sont mis à la charge de la poursuivante à raison de 120 fr. (cent vingt francs) et à la charge de la poursuivie à raison de 240 fr. (deux cent quarante francs).

La poursuivie B._____ SA doit verser à la poursuivante J._____ la somme de 660 fr. (six cent soixante francs) à titre de restitution partielle d'avance de frais et de dépens partiels de première instance.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 570 fr. (cinq cent septante francs), sont mis à la charge de la recourante à raison de 285 fr. (deux cent huitante-cinq francs) et à la charge de l'intimée à raison de 285 fr. (deux cent huitante-cinq francs).

IV. La recourante B._____ SA doit verser à l'intimée J._____ la somme de 115 fr. (cent quinze francs) à titre de dépens réduits de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 25 juin 2011

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- B. _____ SA,
- Me Emmanuelle Guiguet-Berthouzoz, avocate (pour J. _____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 28'012 fr. 70.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 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 art. 113 ss 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 à :

- Mme le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois.

Le greffier :