

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 21 août 2013

Présidence de Mme ROULEAU, vice-présidente
Juges : M. Hack et Mme Byrde
Greffier : Mme Nüssli

Art. 82 LP ; 254 al. 1 CPC

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 **E.**_____, à Aigle, contre le prononcé rendu le 15 mars 2013 par le Juge de paix du district d'Aigle, dans la cause opposant le recourant à **H.**_____, à Martigny.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. A la réquisition de H._____, l'Office des poursuites du district d'Aigle a notifié le 16 novembre 2012 à E._____ un commandement de payer, dans la poursuite n° 6'426'124, portant sur la somme de 50'000 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 16 septembre 2012, mentionnant comme titre de la créance : « Créance découlant de l'exécution d'une convention - concerne : entreprise U._____, Aigle, raison individuelle ».

Le poursuivi a formé opposition totale.

Par acte du 30 novembre 2012, la poursuivante a requis, avec suite de frais et dépens, la mainlevée de l'opposition. Elle a produit à l'appui de sa requête les pièces suivantes :

- une requête de preuve à futur adressée le 16 décembre 2011 au Tribunal de district de Monthey demandant la mise en œuvre d'une expertise tendant à déterminer les défauts d'un ouvrage réalisé par U._____ sur l'immeuble de la poursuivante ainsi que le coût des travaux de réfection du mur construit ;

- une convention signée par les parties le 18 juillet 2012 qui contient les passages suivants :

« U._____ s'engage irrévocablement à procéder, à ses frais et sous sa responsabilité, à la démolition intégrale du mur construit auprès de la villa de Mme H._____, à l'enlèvement et à la conservation des remblais et terre végétale apposée par Mme H._____ entre le mur construit par U._____ et l'ancien mur.

2. Une fois le mur intégralement démonté, U._____ procèdera à la mise en place du drainage et procèdera, à ses frais et sous sa responsabilité, à la construction du mur dans les règles de l'art et conformément aux directives, plans et autres injonctions de l'ingénieur T._____ qui sera chargé de diriger les travaux de démolition et de construction du nouveau mur. S'il est constaté à la démolition qu'il n'y a pas de drainage existant,

U. _____ établira un devis pour la mise en place du drainage lequel sera supporté par Mme H. _____.

(...)

7. U. _____ s'engage à débiter les travaux de démolition d'ici au 15 septembre au plus tard et à terminer l'intégralité des travaux sus-décrits pour la fin de l'année 2012.

Pour le cas où U. _____ ne devait débiter les travaux de démolition d'ici au 15 septembre 2012, Mme H. _____ pourra alors se départir des obligations décrites sous chiffres 1 à 6 de la présente convention et requérir la démolition du mur et la construction d'un nouveau mur auprès d'une autre entreprise. Dans cette éventualité, U. _____ devra alors acquitter en mains de Mme H. _____, sans exception ni objection, avec exigibilité au 16 septembre 2012 la somme forfaitaire de Fr. 50'000.- (cinquante mille) à titre d'indemnisation forfaitaire pour la réfection des défauts du mur construit. Dans l'hypothèse où U. _____ n'a pas débuté les travaux d'ici au 15 septembre 2012 et que Mme H. _____ fait valoir son droit à la substitution des travaux, la présente convention vaut titre de mainlevée au sens de l'article 82 LP s'agissant du paiement de l'indemnisation forfaitaire de Fr. 50'000.-.

(...)

12. La présente est soumise au Tribunal du district de Monthey pour homologation et valoir jugement entre les parties. »

- une décision du Juge du district de Monthey homologuant la convention précitée pour valoir décision entrée en force au sens de l'art. 241 al. 2 CPC ;

- un courrier du 13 septembre 2012 du conseil du poursuivi à l'avocat de la poursuivante, qui a la teneur suivante :

« Je reviens sur (...) la convention signée entre les parties le 18 juillet 2012.

Cette convention est le fruit des discussions que nous avons tenues entre les parties en présence éclairée de M. Y. _____. Cette convention se base sur la lettre du 5 juillet 2012 du Dr T. _____ à M. Y. _____, prévoyant notamment le coût du mur de soutènement de ce type à CHF 35'000.--.

M. E. _____ a reçu les plans devant lui servir à reconstruire ledit mur. A la lecture de ces plans, le coût de construction s'élèverait bien plutôt à Frs 90'000.--. J'ai conseillé à M. E. _____ de prendre contact avec M. T. _____ afin de savoir s'il n'y avait pas une erreur dans le projet

proposé. M. T. _____ l'aurait informé qu'il n'était pas mandaté pour faire le calcul du prix de l'ouvrage et l'aurait renvoyé à M. Y. _____.

Aujourd'hui M. E. _____ se trouve bloqué dans les travaux qu'il a à exécuter, n'étant en possession d'aucun permis, tant de démolition que de construction. Par ailleurs, Vous conviendrez qu'il ne s'est pas engagé à réaliser un mur pour un prix de CHF 90'000.--.

J'adresse copie de la présente à MM Y. _____ et T. _____ afin qu'une solution soit rapidement trouvée, solution qui fasse suite à la bonne foi des parties dans le cadre de la convention signée. » ;

- la réponse au courrier précité, du 14 septembre 2012, dans lequel le conseil de la poursuivante écrivait notamment ce qui suit :

« ...Je rappelle cependant uniquement à l'attention de votre mandant qu'il s'était engagé à construire un mur conforme aux règles de l'art et qu'en tant que professionnel de la construction, il connaissait, au moment de l'accord, pleinement les implications et les conséquences de la construction d'un mur conforme à ces règles de l'art. M. E. _____ a précisément voulu exécuter lui-même les travaux et ce afin de devoir supporter la marge d'une entreprise concurrente.

Je m'étonne qu'aujourd'E. _____ veuille remettre en cause un accord qu'il a lui-même signé, pu apprécier et qui a été homologué par le Tribunal de district.

(...)

Aussi, pour le cas où M. E. _____ n'entendait plus satisfaire aux obligations prises, ma mandante n'aurait d'autre alternative que de solliciter l'exécution par substitution via une autre entreprise et ce naturellement auxE. _____.

S'agissant du blocage dont vous faites référence, je relève qu'il n'est nullement besoin d'une autorisation de construire pour procéder à la correction d'un ouvrage et sa substitution par un ouvrage non défectueux et du même type.

M. E. _____ peut dès lors sans autre entreprendre ces travaux. » ;

- une autorisation de construire délivrée le 28 juin 2011 à la poursuivante par la Commune de Troistorrents pour le dossier de régularisation d'un mur de soutènement ;

- une lettre du 31 octobre 2012 par laquelle le conseil de la poursuivante confirmait le contenu de précédents courriers de cette dernière, à savoir

qu'en raison de l'inaction du poursuivi, elle se départait de la convention, conformément à la clause 7 de celle-ci et qu'elle réclamait la somme de 50'000 fr., avec intérêt dès le 16 septembre 2012 ;

- un courrier du 20 novembre 2012 du conseil du poursuivi qui mentionne un « certain nombre d'éléments invocables » en procédure de mainlevée relatifs au montant prévu à titre d'indemnisation forfaitaire, selon lui nettement au-dessus du prix de réfection, et à l'envoi tardif, soit le 24 octobre 2012, de l'autorisation de construire.

Par avis du 14 décembre 2012, le Juge de paix du district d'Aigle a imparti au poursuivi un délai au 14 janvier 2013 pour se déterminer et déposer toute pièce utile, indiquant qu'il serait statué sans audience. Sur requête du poursuivi, ce délai a été prolongé au 14 février 2013.

Dans ses déterminations du 14 février 2012, le poursuivi a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mainlevée. Il a demandé la tenue d'une audience notamment pour faire entendre des témoins. Il allègue en effet s'être rendu sur place durant la semaine du 10 au 14 septembre 2012, accompagné de son employé et de son machiniste, et avoir dû interrompre les travaux en constatant que le drainage n'avait pas été effectué ; il se serait alors adressé à l'ingénieur T._____ et à l'architecte Y._____, qui auraient refusé d'intervenir. Le poursuivi affirme enfin que la tranchée qu'il avait creusée aurait été remblayée par la poursuivante ou son époux, notamment par le dépôt de déchets en tout genre. Il a produit les pièces suivantes :

- une lettre du 23 octobre 2012 dans laquelle le conseil du poursuivi indiquait que son client n'avait pas débuté les travaux car il n'avait pas obtenu l'autorisation de construire de la commune que la poursuivante devait lui transmettre et réclamait ce document, à réception duquel le poursuivi serait disposé à effectuer les travaux convenus ;

- la réponse au courrier précité, adressée le 24 octobre 2012 par courrier A et par télécopieur, dans laquelle le conseil de la poursuivante communiquait l'autorisation de construire et écrivait en particulier « Sans avis de votre part dans les deux jours, je partirai du principe que M. E._____ n'entend pas remplir les engagements pris de manière conventionnelle » ;
- un message adressé en télécopie le 29 octobre 2012 par le conseil du poursuivi qui mentionne que le poursuivi, « en possession de l'autorisation de construire, commencera les travaux ce vendredi » ;
- des photographies du chantier.

Par lettre du 19 février 2013, le juge de paix a indiqué aux parties qu'il ne serait pas tenu d'audience dans cette affaire.

Le 7 mars 2013, la poursuivante s'est déterminée sur la réponse du poursuivi, confirmant les conclusions de sa requête de mainlevée, et a produit les pièces suivantes :

- un courrier du 14 septembre 2012 de T._____ indiquant qu'il n'avait jamais eu de contact avec le poursuivi et confirmant que le coût de construction de l'ouvrage était de 35'000 fr., ce prix n'englobant pas les coûts de terrassement, remblayage et démolition ;
- un fax de J._____, entrepreneur, estimant que les travaux de creusage avaient dû débuter entre fin octobre et début novembre 2012.

2. Par prononcé du 15 mars 2013, le Juge de paix du district d'Aigle a provisoirement levé l'opposition ; il a arrêté à 360 fr. les frais judiciaires, mis ces frais à la charge du poursuivi et dit que ce dernier devait rembourser à la poursuivante son avance de frais et lui verser la somme de 1'500 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel.

Les motifs du prononcé ont été adressés pour notification aux parties le 11 avril 2013.

Le premier juge a considéré en substance que la convention produite constituait un titre de mainlevée provisoire pour la somme de 50'000 fr. en capital dès lors que le poursuivi n'avait pas commencé les travaux dans le délai échéant au 15 septembre 2012.

E. _____ a recouru par acte du 22 avril 2013 contre le prononcé, dont les motifs lui ont été notifiés le 12 avril 2013, concluant, avec dépens de première et seconde instance, à sa réforme en ce sens que la requête de mainlevée est rejetée.

Par décision du 25 avril 2013, le président de la cour de céans a accordé d'office l'effet suspensif.

Dans ses déterminations du 31 mai 2013, l'intimée H. _____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. Le recours a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Ecrit et motivé, il est recevable à la forme (art. 321 al. 1 CPC).

II. Le recourant fait grief au premier juge d'avoir refusé de fixer une audience le privant ainsi de moyens de preuve indispensables à l'examen du litige. Il relève que la procédure sommaire applicable depuis le 1^{er} janvier 2011 à la procédure de mainlevée n'exclut pas la possibilité

d'entendre des témoins et qu'en l'occurrence l'audition de témoins, qui auraient dû selon lui être entendus sur les conditions d'exigibilité de la dette, n'aurait pas retardé la procédure de façon inappropriée.

En procédure sommaire, qui s'applique notamment dans les décisions rendue en matière de mainlevée d'opposition (art. 251 let. a CPC), la preuve est rapportée par titre (art. 254 al. 1 CPC). D'autres moyens de preuve sont admissibles dans les cas suivants :

- a. leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure ;
- b. le but de la procédure l'exige ;
- c. le tribunal établit les faits d'office.

Dans un arrêt du 17 août 2012 (ATF 138 III 636, SJ 2013 I 45), le Tribunal fédéral a considéré qu'en procédure sommaire, il fallait examiner en fonction de la procédure applicable si les autres moyens de preuve que la preuve par titres doivent être exceptionnellement admis. Il a retenu que l'article 254 CPC était une disposition générale s'appliquant à « des procédures sommaires de types différents » (cf. art. 248 CPC), la nature de chacune de celles-ci devant être prise en

considération lorsqu'il s'agit de déterminer quels autres modes de preuves sont admissibles. Ainsi, les moyens de preuve peuvent être limités à ceux qui sont immédiatement disponibles dans les causes soumises à la procédure sommaire au sens propre, à savoir lorsque les faits doivent être simplement rendus vraisemblables et que le juge examine sommairement le bien-fondé juridique de la prétention et qu'il rend une décision provisoire, ne réglant pas définitivement la situation juridique des parties et ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée (cf. ATF 127 III 474). Une telle limitation est admissible puisque les preuves qui ne sont pas admises pourront toutes être administrées ultérieurement dans le procès ordinaire. Le Tribunal fédéral a considéré que la procédure d'opposition au séquestre présentait ces trois caractéristiques (simple vraisemblance des faits, examen sommaire du droit et décision provisoire) et que, en tant que procédure spécifique de la LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1), elle était aussi une procédure sur pièces. En matière de mainlevée, le Tribunal fédéral renvoyait à deux arrêts récents : TF 5D_147/2011, du 2 février 2011 et TF 5A_83/2011, du 2 septembre 2011.

Les deux arrêts précités ne portent pas spécifiquement sur la question des moyens de preuve admissibles. Dans le second (TF 5A_83/2011, du 2 septembre 2011), il est précisé toutefois, en se référant au premier, que la créance opposée en compensation doit être rendue vraisemblable « en principe par pièces » ; mais il est également précisé ce qui suit :

« La procédure de mainlevée provisoire est un incident de la poursuite; elle n'a pas pour objet de statuer sur la réalité de la prétention en poursuite, mais uniquement sur la force exécutoire du titre produit par la poursuivante (ATF 136 III 583 consid. 2.3 p. 586-587 et les références citées). Le prononcé de mainlevée provisoire ne sortit que des effets de droit des poursuites (ATF 100 III 48 consid. 3 p. 50) et ne fonde pas l'exception de chose jugée (res iudicata) quant à l'existence de la créance (ATF 136 III 583 consid. 2.3 p. 587). La décision du juge de la mainlevée ne prive donc pas les parties du droit de soumettre à nouveau la question litigieuse au juge ordinaire (art. 79 et 83 al. 2 LP; cf. ATF 136 III 528 consid. 3.2) ».

Au vu de la jurisprudence précitée, il apparaît qu'il n'y a pas lieu de traiter différemment la mainlevée de l'opposition au séquestre. Dans les deux cas, il s'agit de procédures prévues par la LP, qui ne donnent pas lieu à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, au cours de laquelle on examine la vraisemblance des faits et du droit. Il faut donc admettre que la procédure de mainlevée se fait exclusivement sur pièces.

Il en ressort que le premier juge n'était pas tenu, dans le cas d'espèce, d'entendre des témoins.

On ne voit d'ailleurs pas ce que le recourant entendait tirer d'un pareil grief. Il n'a en effet conclu qu'à la réforme du prononcé. Comme il n'est pas possible d'entendre des témoins en procédure de recours - et que le recourant ne le demande pas - on ne voit pas, même dans l'hypothèse où il serait suivi sur ce point, quelle en serait la conséquence. Il aurait fallu conclure à l'annulation du prononcé. Certes, selon une partie de la doctrine, le recourant ne pourrait prendre que des conclusions au fond, et non simplement cassatoires, sous peine d'irrecevabilité (Jeandin, in Bohnet et al., Code de procédure civile, 2011, n. 5 ad art. 321 CPC et le renvoi à la n. 4 ad art. 311 CPC). La cour de céans n'a cependant pas adhéré à cette opinion qui aurait pour conséquence de rendre impossible tout recours qui tendrait à l'annulation de la décision en se fondant exclusivement sur un grief formel (CPF, 7 février 2012/32 ; CPF, 25 octobre 2012/423).

III. a) Le poursuivant dont la poursuite est frappée d'opposition peut, s'il se trouve au bénéfice d'une reconnaissance de dette, requérir la mainlevée provisoire de l'opposition, que le juge prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 LP). 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, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n.

29 ad art. 82 LP; 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).

b) En l'espèce, le recourant a pris, dans la convention du 18 juillet 2012, l'engagement de payer la somme forfaitaire de 50'000 fr. pour le cas où il n'aurait pas commencé les travaux de démolition du mur au 15 septembre 2012 et où l'intimée ferait valoir son droit à la substitution des travaux.

Il ressort amplement des pièces produites en première instance, que le recourant n'a pas débuté les travaux de démolition à l'échéance fixée dans la convention et que, par lettre du 31 octobre 2012, l'intimée a confirmé faire valoir son droit à la substitution des travaux et a réclamé le montant de l'indemnité forfaitaire.

Le recourant fait toutefois valoir qu'il aurait commencé les travaux dans la semaine du 10 au 15 septembre 2012 et qu'il aurait été empêché de les poursuivre par l'intimée. Cela ne ressort aucunement des pièces produites. Les avocats ont échangé des correspondances pendant les mois de septembre et d'octobre 2012. A aucun moment l'avocat du recourant n'a-t-il fait allusion à ce qui précède. Au contraire, dans sa lettre du 23 octobre 2012, il a déclaré que son client n'avait pas débuté les travaux car il n'avait pas obtenu l'autorisation de construire de la commune. Comme on vient de le voir par ailleurs, il n'appartenait pas au juge de paix, statuant en procédure sommaire sur la base de la simple vraisemblance, d'entendre des témoins sur ce point.

Le recourant fait aussi valoir qu'il n'a jamais reçu le permis de construire concernant ces travaux. Le contraire résulte du dossier. Une copie de ce permis a été adressé au mandataire du recourant, qui le réclamait, à la fin du mois d'octobre 2012. De toute manière, l'argument est sans pertinence.

Les travaux concernaient une remise en état. Plus précisément, il s'agissait de démolir un mur qui venait d'être fait et de le reconstruire. Un nouveau permis de construire n'était pas nécessaire. Ensuite, cette question ne concernait pas le recourant directement. D'ailleurs si, par hypothèse, les travaux étaient menés sans permis de construire - mais cela aurait alors été le cas des travaux déjà effectués par le recourant - cela aurait concerné l'intimée et non le recourant. Les contrats passés entre les parties demeuraient valables. La convention du 18 juillet 2012 ne mentionne nullement la nécessité d'un permis pour entreprendre les travaux de démolition. Enfin, dans la mesure où le recourant souhaitait malgré tout recevoir ce document, il lui appartenait de le réclamer suffisamment tôt pour pouvoir débiter les travaux à l'échéance fixée dans la convention et non deux jours avant cette date.

Le recourant soutient encore qu'il n'avait pas été en mesure de s'exécuter parce que le drainage n'était pas effectué, qu'il avait tenté d'obtenir des instructions de l'ingénieur, et qu'une tranchée qu'il avait creusée avait été rebouchée. On ne voit guère en quoi de pareils faits - supposés - l'auraient empêché de procéder à la destruction du mur. La question du drainage était au contraire expressément prévue dans la convention - elle devait se régler après la démolition du mur. Le recourant prétend qu'il s'était adressé à l'ingénieur concernant ces prétendus problèmes. Ce qui ressort des pièces, et en particulier d'une lettre du 13 septembre 2012 de son propre conseil à celui de l'intimée, est qu'il se serait adressé à l'ingénieur pour faire valoir que le coût des travaux avait été sous-évalué. La question du drainage n'est évoquée dans aucun des courriers du conseil du recourant et en particulier pas dans sa lettre du 20 novembre 2012 qui mentionne de prétendus éléments invocables en

procédure de mainlevée. Par ailleurs, l'ingénieur nie, dans sa lettre du 14 septembre 2012, avoir été approché par le recourant.

En première instance, le recourant a fait valoir que la clause pénale était disproportionnée, car supérieure au prix de la réfection des défauts. Or, il avait lui-même soutenu précédemment que le prix du mur avait été sous-évalué, et qu'il l'estimait à 90'000 francs. Il n'y a aucune raison de considérer en l'état que la clause, qui a été négociée dans le cadre d'une procédure judiciaire, serait excessive. Ce serait, le cas échéant, un moyen de fond.

En définitive, la convention du 18 juillet 2012 constitue bien une reconnaissance de dette et il est suffisamment établi à ce stade que les conditions y figurant, à savoir la non-exécution par le recourant des premiers travaux de démolition au 15 septembre 2012 et la réclamation de l'indemnisation forfaitaire par l'intimée, sont réalisées. C'est donc à bon droit que le premier juge a levé l'opposition au commandement de payer.

IV. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et le prononcé confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 630 fr., doivent être mis à la charge du recourant, qui devra en outre verser à l'intimée la somme de 1'200 fr. à titre de dépens 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 rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 630 fr. (six cent trente francs), sont mis à la charge du recourant.
- IV.** Le recourant E. _____ doit verser à l'intimée H. _____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du 21 août 2013

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 :

- M. Julien Greub, agent d'affaires breveté (pour E. _____),
- Me Patrick Fontana, avocat (pour H. _____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 50'000 francs.

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 d'Aigle.

La greffière :