

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 21 janvier 2014

Présidence de M. SAUTEREL, président
Juges : Mme Byrde et M. Maillard
Greffier : Mme Nüssli

Art. 82 LP, 27 al. 2 CC, 163 al. 3, 319, 340, 340a CO

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 **R.**_____, à Publier (France), contre le prononcé rendu le 21 juin 2013, à la suite de l'audience du 4 juin 2013, par le Juge de paix du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut, dans la cause opposant le recourant à **N.**_____, à Vevey.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 14 mars 2013, invoquant le cas de séquestre de l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP, N._____ a déposé auprès du Juge de paix du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut une requête de séquestre à l'encontre de R._____, médecin domicilié en France, portant sur « les avoirs que constituent notamment les prétentions d'honoraires encaissés ou exigibles dont certaines pourraient être déposées sur le compte du Dr R._____ auprès de la BCV Montreux, compte », à concurrence de 100'000 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 30 novembre 2011, en raison de la violation d'une clause de prohibition de faire concurrence et de la violation des obligations prévues dans un contrat de sous-traitance.

Le 15 mars 2013, faisant droit à cette requête, le juge a rendu une ordonnance de séquestre (n° 6568669) en indiquant comme cause de l'obligation : « peine conventionnelle due selon la clause de prohibition de concurrence contenue dans la convention du 18.12.2009 ». En exécution de cette ordonnance, l'Office des poursuites du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut a délivré un procès-verbal de séquestre le 3 avril 2013.

N._____ ayant déposé le 21 mars 2013 une réquisition de poursuite en validation de séquestre, l'Office des poursuites du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut a notifié le 26 mars 2013 à R._____, domicilié à Publier (France), un commandement de payer, dans la poursuite n° 6'581'027, portant sur le montant de 100'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 2 février 2013, et mentionnant comme titre de la créance ou cause de l'obligation « Validation du séquestre no 6568669. Peine conventionnelle due selon la clause de prohibition de concurrence contenue dans la convention du 18.12.2009 ». Le poursuivi a formé opposition totale.

2. Par acte du 9 avril 2013 adressé au Juge de paix du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut, la poursuivante a requis, avec suite de frais et

dépens, la mainlevée de l'opposition. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre le commandement de payer susmentionné, les pièces suivantes:

- l'original d'une convention signée le 18 décembre 2009 par les parties, qui contient en particulier les passages suivants :

«II. Présentation des parties

N._____ est une société anonyme qui exploite à titre privé un centre de traitement ambulatoire fournissant diverses prestations dans le domaine de la santé (soins ambulatoires).

(...)

Compte tenu de la situation du centre médical, N._____ a décidé de sous-traiter auprès de Dr. R._____ certaines prestations médicales fournies aux patients faisant appel à N._____ pour recevoir des soins.

Dr. R._____ exerce, quant à lui, son activité de médecin praticien FMH en qualité d'indépendant. Il est au bénéfice d'une autorisation cantonale de pratiquer la médecine en tant que tel. Il souhaite toutefois exercer son activité également en faveur des patients qui lui sont sous-traités par N._____.

III. Prestations entre parties

N._____ confie partie des prestations médicales qu'elle doit fournir à ses patients à Dr. R._____, en tant que médecin praticien FMH, qui y répond en fonction de ses disponibilités, en principe, à raison de 5 demi-journées par semaine fixées d'entente entre les parties.

Les prestations médicales de Dr. R._____ sont fournies dans le cadre des locaux du centre médical. Pour pouvoir exercer son activité, Dr. R._____ dispose, les jours de consultations auprès de N._____, d'un cabinet de consultation, ainsi que du matériel nécessaire lui permettant d'exercer l'activité médicale requise.

Dr. R._____ a également la possibilité de faire appel au personnel médical et paramédical de N._____ et aux autres services administratifs (secrétariat, service de facturation, etc.) de N._____ afin de mener à bien les traitements médicaux qui lui sont confiés.

IV. Mode de rémunération entre parties

Dr. R._____ facture ses prestations médicales de manière mensuelle sur la base des chiffres d'affaires encaissés par N._____, non compris les médicaments dispensés dans le centre médical et les prestations relevant de la LiMA (...). La rémunération de Dr. R._____ correspondra à 59,00% des honoraires encaissés par N._____ pour les prestations fournies en sous-traitance par Dr. R._____.

Au titre de participation aux frais encourus par N._____, il est déduit de la rémunération susmentionnée le montant forfaitaire de 4,00 % des honoraires précités pour la mise à disposition des locaux et de 2,00 % pour la mise à disposition des autres services d'infrastructure fournies par N._____.

(...)

V. Organisation et autres modalités

Les parties s'engagent à collaborer étroitement en ce qui concerne les routines et suivis thérapeutiques, ainsi qu'en ce qui concerne les horaires et les éventuelles absences de Dr. R. _____ lesquelles doivent, dans la mesure du _____ possible, être

signalées préalablement à N._____. L'organisation et les horaires de consultation de Dr. R._____ devront être décidés d'un commun accord entre parties en fonction des disponibilités de chacun.
(...)

VI Résiliation et clause de prohibition de faire concurrence

La présente convention est conclue pour une durée de 3 (trois) ans, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2013. Elle se renouvellera dès lors d'année en année.
(...)

Si la présente convention prend fin, Dr. R._____ s'engage à ne pas ouvrir un cabinet en son propre nom ou à collaborer au sein d'un autre cabinet ou centre médical pendant une durée de 3 (trois) ans dans un périmètre contenu à l'intérieur d'un arc de cercle entourant Vevey, siège de N._____, et allant de Montreux à Cully en passant par Châtel St.-Denis. En cas de violation de la prohibition de concurrence, Dr. R._____ s'engage à verser à N._____ un montant de CHF 100'000 (peine conventionnelle). Le versement de la peine conventionnelle ne libère toutefois pas Dr. R._____ de la prohibition de concurrence. Ce dernier reste par ailleurs tenu de réparer tout dommage éventuel qui excéderait ce montant.

(...) » ;

- l'original d'une convention signée le 12 novembre 2012 par les parties, où l'on peut lire :

« Dr. R._____ et N._____ à Vevey ont décidé d'un commun accord de mettre un terme, avec effet immédiat, au contrat de sous-traitance qui les lie.

En conséquence de quoi N._____ accepte :

1. de régler en un seul versement

(...)

Moyennant exécution de ce qui précède, parties se donnent réciproquement quittance pour solde de tout compte, tant le Dr. R._____ que N._____ renonçant mutuellement à toute prétention l'un envers l'autre » ;

- un extrait du site internet www.les-cliniques.ch, portant la date du 9 avril 2013 et mentionnant l'existence d'une clinique « [...] », à la [...], à Montreux ;

- un extrait du site internet <http://egk.arztmap.ch> portant la même date et mentionnant l'existence du docteur R._____, à la [...], à Montreux, avec le numéro de téléphone [...] ;

- un extrait du site internet <http://tel.search.ch>, portant la même dR. _____, Dr méd. consultations avec ou sans rendez-vous, Clinique [...], [...], 1820 Montreux, avec le même numéro de téléphone mobile que précédemment;

- un extrait du site internet <http://yellow.local.ch> comportant les mêmes indications ;

- la copie d'un SMS ou d'un courriel, daté du 25 novembre 2012, adressé à une personne inconnue, mentionnant ce qui suit :

« Bonjour

Je suis Dr R. _____ ... Votre médecin à Vevey ...

Je vous informe que je cesse mes activités a vevey et que je m'installe dans mon propre cabinet de médecine générale à partir de ce jour

Nouvelle adresse

Dr R. _____

[...]- 2^{ème} étage -

1820 MONTREUX ...

Natel [...]

(...)

A bientôt

Dr R. _____ » ;

- la copie d'une lettre du 20 novembre 2012 de l'avocat François Pidoux, conseil de la poursuivante, qui, se référant à un courriel du jour précédent dans lequel le poursuivi avait demandé au Dr Z. _____ les adresses d'un certain nombre de patients, constate que l'installation du poursuivi à Montreux, soit dans le périmètre couvert par la clause de prohibition de concurrence du chiffre VI de la convention du 18 décembre 2009, viole ladite clause, l'avise que sa cliente serait en droit de lui réclamer 100'000 fr. et l'informe qu'il réserve toutes autres démarches qu'elle pourrait entreprendre contre lui ;

- la copie des résultats d'une recherche faite le 4 mars 2013 par le moteur de recherche « google » en indiquant « [...] SA dr R. _____ », donnant sept occurrences (4 par local.ch et 3 par search.ch) ;

- un extrait du site internet <http://www.santeromande.ch>, portant la date du 4 mars 2013 et mentionnant l'existence d'un cabinet médical sis à la rue du [...], à Genève, dans lequel officie le Dr R. _____ ;

- un extrait du site internet <http://www.annuairemedecin.ch>, portant la date du 4 mars 2013 et mentionnant l'existence d'un cabinet médical sis à la rue [...], à Genève, dans lequel officie le Dr R. _____ ;

- la copie d'un commandement de payer le montant de 100'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 30 novembre 2012, dans la poursuite n° 6'488'046 de l'Office des poursuites du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut, notifié le 1^{er} février 2013 au poursuivi, à son adresse professionnelle à Montreux, et frappé d'une opposition totale ;

- la copie d'une plainte LP déposée par le poursuivi contre cette notification, concluant à l'annulation du commandement de payer et exposant notamment les points suivants :

« 1. Le commandement de payer attaqué indique sous la rubrique « Notification au » le nom du plaignant et l'adresse du cabinet médical où il exerce sa profession de médecin à Montreux.

2. Le commandement de payer attaqué indique sous la rubrique « Débiteur » le nom du plaignant et également l'adresse du cabinet médical où il exerce sa profession de médecin à Montreux.

3. En l'absence de toute autre indication, ces mentions désignent l'adresse à Montreux comme le domicile du plaignant et font croire qu'il existe un for ordinaire de poursuites contre celui-ci à Montreux».

Dans les déterminations qu'il a produites lors de l'audience du 4 juin 2013, le poursuivi a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mainlevée. Il a produit une lettre du 18 décembre 2012 de son conseil à la poursuivante. Lors de cette audience, la poursuivante a également produit une pièce portant la date du 3 mars 2013 et non signée, intitulée « Répartition des patients connus et des nouveaux patients médicaux » et qui contient en particulier le passage suivant :

« Merci de veiller à une répartition équilibrée des Urgences, des Nouveaux Patients et des Patients Connus entre les Médecins en offrant un service rapide au patient et en tenant compte des disponibilités de la semaine entière ».

3. Par décision du 21 juin 2013, le Juge de paix du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 100'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 2 février 2013 (I) ; il a arrêté à 480 fr. les frais judiciaires (II), mis ces frais à la charge du poursuivi (III) et dit qu'en conséquence celui-ci rembourserait à la poursuivante son avance de frais à concurrence de 480 fr. et lui verserait la somme de 2'000 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel (IV).

Le poursuivi a requis la motivation du prononcé le 24 juin 2013. Les motifs ont été adressés aux parties le 9 août 2013 et notifiés au poursuivi le 15 août 2013.

En bref, le premier juge a admis que la poursuivante était au bénéfice d'un titre de mainlevée provisoire pour 100'000 fr., à savoir le montant de la peine conventionnelle prévue par le contrat du 18 décembre 2009 en cas de violation de la clause de prohibition de concurrence. Il a considéré que la violation de cette clause par le poursuivi était établie dès lors que plusieurs pièces faisaient état du fait qu'il collaborait avec la clinique [...], à Montreux, ville située dans le périmètre interdit. En outre, il a rejeté l'argument du poursuivi, tiré de la nullité de la clause de prohibition de concurrence fondée sur l'art. 340 al. 2 CO. En particulier, il a considéré que cette disposition ne s'appliquait pas au motif que le poursuivi ne rendait pas vraisemblable la passation d'un contrat de travail entre les parties. Il a de plus estimé que la clause litigieuse n'était pas contraire à l'art. 27 al. 2 CC et qu'il n'appartenait pas au juge de la mainlevée de revoir le montant de la peine conventionnelle. Considérant que le poursuivi avait été mis en demeure de payer le montant de 100'000 fr. par le premier commandement de payer qui lui avait été notifié le 1^{er}

février 2013, le juge a fait courir l'intérêt moratoire, à 5 % l'an, dès le 2 février 2013.

4. Le poursuivi a recouru contre cette décision par acte du 26 août 2013, concluant, avec suite de frais et dépens de première et deuxième instances, à sa réforme en ce sens que la requête de mainlevée est rejetée et l'opposition maintenue et subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance.

Par décision du 30 août 2013, le président de la cour de céans a accordé d'office l'effet suspensif au recours.

L'intimée a déposé une réponse le 11 octobre 2013, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. Le recours a été déposé dans le délai de dix jours qui a suivi la notification de la décision motivée, conformément à l'art. 321 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Il est motivé et contient des conclusions (art. 321 al. 1 CPC). Il est dès lors recevable.

La réponse de l'intimée, déposée dans le délai de l'art. 322 al. 2 CPC, est recevable.

II. 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 ; loi

fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1).

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 (ATF 136 III 624, c. 4.2.2 et 627, c. 2 et la jurisprudence citée ; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118; 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).

Le juge prononce la mainlevée si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 al. 2 LP).

La peine conventionnelle prévue dans un contrat écrit est une reconnaissance de dette soumise à une condition. Elle ne constitue donc une reconnaissance de dette, au sens défini ci-dessus, que si la preuve de l'inexécution de la prestation promise est rapportée par titre (TF 5A_905/2010 du 10 août 2011, c. 2.1 ; TF 5A_734/2009 du 2 février 2010, c. 3.1; TF 5A_169/2000 ; Staehelin, Basler Kommentar, n. 110 ad art. 82 LP, p. 715 ; Panchaud/Caprez, op. cit., § 85; Florence Krauskopf, La mainlevée provisoire: quelques jurisprudences récentes, in JT 2008 II 23, p. 28). 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 produit 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 par titre que la prestation promise n'a pas été exécutée

(arrêts du TF précités ; CPF, 10 mai 2013/193 ; CPF, 9 décembre 2010/479).

b) La poursuivante et intimée au recours fonde sa prétention sur la convention que les parties ont passée par écrit le 18 décembre 2009, qui contient

une clause de prohibition de concurrence prévoyant une peine conventionnelle de 100'000 francs. Elle soutient avoir rapporté par pièces la preuve que le poursuivi a violé la clause de prohibition de concurrence en s'installant, en qualité de médecin, à Montreux.

Le recourant conteste ce point de vue. Il fait valoir que la preuve de la violation de la clause de prohibition de concurrence n'a pas été rapportée au motif que l'intimée se contente de « simples et vagues allégations sans aucune preuve ».

c) Contrairement à ce que soutient le recourant, il ressort clairement des pièces produites qu'à la fin de l'année 2012 déjà, et en tout cas à la date de la notification du commandement de payer, ce dernier exerçait en tant que médecin à l'adresse [...], à Montreux, au sein d'une clinique dénommée « [...] ». De nombreux extraits d'annuaires téléphoniques sur internet en attestent. En outre, et surtout, lorsque le premier commandement de payer lui a été notifié à cette adresse, le recourant a déposé une plainte au motif qu'il s'agissait de son adresse professionnelle, soit l'adresse du cabinet médical où il exerçait sa profession de médecin à Montreux, et non de son adresse privée. Il s'agit là d'un aveu sur le fait litigieux. Dans ces conditions, la preuve au sens strict est rapportée de la violation de la clause de prohibition de concurrence précitée, le recourant s'étant installé comme médecin à l'intérieur du périmètre prohibé.

La convention du 18 décembre 2009 constitue donc en principe une reconnaissance de dette concernant la peine conventionnelle de 100'000 francs.

III. a) Le recourant invoque la nullité de la clause de prohibition de concurrence, qui serait contraire à l'art. 340 CO (Code des obligations, loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse; RS 220). Il soutient que les parties étaient liées par un contrat de travail. L'intimée objecte qu'il n'est pas rendu vraisemblable que les parties étaient liées

par un tel contrat, et affirme qu'au contraire le poursuivi oeuvrait pour elle à titre indépendant, comme mandataire.

La validité de la clause de non-concurrence concerne le titre invoqué pour obtenir la mainlevée de sorte qu'il appartient au poursuivant de l'établir, faute de

quoi il ne dispose pas d'un titre de mainlevée, soit d'un titre équivalent à une reconnaissance de dette, l'opposition ne pouvant être levée sur la base d'un titre dont la validité n'est pas prouvée (CPF, 10 mai 2013/193 ; CPF, 9 décembre 2010/479).

b) Par le contrat de travail, le travailleur s'engage à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Ce contrat se distingue du mandat en ce sens que ce dernier porte sur une « affaire » à « gérer » ou un « service » à « rendre ». Le travailleur, quant à lui, se met au « service » de l'employeur ; il lui est subordonné. C'est ce rapport de subordination qui, selon la jurisprudence et la doctrine, est le critère distinctif essentiel du contrat de travail (TF 4P.36/2005 du 24 mai 2005, JAR 2006, 238 ; ATF 112 II 41, JT 1986 I 253 ; Aubert, Commentaire romand, CO I, n. 1 à 6 ad art. 319 CO, p. 1966, et les références citées ; Portmann, Basler Kommentar, CO I, n. 46 ad art. 319 CO). Cette subordination a plusieurs composantes : elle a lieu tant du point de vue organisationnel, que temporel, spatial, personnel et hiérarchique (Tercier/Favre/Eigenmann, in Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, n. 3263, p. 477 et n. 5001, p. 748).

Le contrat de mandat se distingue donc avant tout du contrat de travail par l'absence de ce lien de subordination juridique qui définit les relations entre le travailleur et l'employeur (ATF 121 I 259 c. 3a; ATF 107 II 430 c. 1; ATF 95 I 21 c. 5b). Pour savoir s'il y a un rapport de dépendance, caractéristique du contrat de travail, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances concrètes (TF 4C.66/2006, 28 juin 2006, c. 2). Il faut se demander si le débiteur de la prestation de travail est intégré dans l'entreprise du créancier, si des directives et des instructions contraignantes (art. 321d CO) déterminent l'accomplissement de son travail. Le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité, alors que le travailleur se trouve au service de l'employeur. Même s'ils ne sont pas cités par l'art. 319 CO, d'autres indices jouent un rôle dans la qualification des rapports contractuels ; ainsi les clauses prévoyant un délai de congé, des vacances, un salaire en cas de maladie ou une interdiction de

concurrence sont considérées comme typiques du contrat de travail (Aubert, op. cit., n. 19 ad art. 319 CO).

Le fait que le créancier déduit les cotisations sociales de la rémunération due au travailleur et les ajoute à ses propres prestations patronales versées aux assurances sociales constitue également un critère de distinction en faveur d'un contrat de travail (TF 4C.66/2006, précité ; TF 4P.337/2005 du 26 mars 2006, consid. 3.3.2). En droit de la sécurité sociale, la distinction entre le gain réalisé à titre dépendant et celui obtenu à titre indépendant revêt un caractère fondamental (art. 5 à 9 LAVS [loi du 20 décembre 1948 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10] ; art. 2 à 4 LPP [loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40] ; art. 1 et 4 LAA [loi du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20] ; art. 2 à 5 LACI [loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982, RS 837.0). Cette distinction correspond le plus souvent, quant au résultat, à celle qui existe, en droit privé, entre un travailleur et un indépendant (Aubert, op. cit., n. 24 ad art. 319 CO, p. 1968).

c) Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Il est nécessaire qu'il y ait une relation de causalité adéquate entre les connaissances acquises et le risque, après la rupture des rapports de travail, de provoquer un préjudice sensible à l'ancien employeur. Mais lorsque le travailleur fournit au client une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de sorte que ce dernier attache plus d'importance auxdites capacités qu'à l'identité de l'employeur, une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable (ATF 138 III 67, c. 2.2).

Selon l'art. 340a al. 1 CO, la clause de prohibition de concurrence doit être limitée quant au lieu, quant au temps et quant au

genre d'affaires. Le caractère excessif d'une interdiction de faire concurrence ne peut ainsi être apprécié qu'après avoir examiné sa portée de manière globale, en terme d'affaires concernées, de lieu et de temps. L'interdiction ne peut aller au-delà de ce qui est justifié par l'intérêt de l'employeur. Par ailleurs, l'avenir économique du travailleur ne doit pas être compromis contrairement à l'équité, ce dont il faut juger en comparant les intérêts des deux parties. Lorsque la clause ne contient pas ces trois limites, elle doit être

considérée comme nulle (Wyler, Droit du travail, 2^{ème} édition, p. 602 et les réf. citées). En particulier, une prohibition s'appliquant à une activité et aux entreprises qui ne sont pas de la même branche est frappée de nullité (Wyler, op. cit., p. 603). Ainsi, plus la clause est limitée dans son contenu – objet et étendue géographique et temporelle – mieux elle sera protégée (Wyler, op. cit., pp. 610 s. et les références citées; Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail, 2^e éd., Lausanne 2010, n. 1.1. ad art. 340a CO). Pour ce qui est de la limitation quant au lieu, l'interdiction ne saurait s'étendre au-delà du territoire sur lequel l'employeur déploie son activité. Les limites territoriales de l'interdiction s'arrêtent en principe là où la possibilité de porter préjudice à l'ancien employeur prend fin (cf. SJ 1989 pp. 685-686 et les auteurs cités; Wyler, op. cit., pp. 602-603 ; Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, Zurich 2009, p. 574).

Aux termes de l'art. 340a al. 2 *ab initio* CO, le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition de faire concurrence excessive, en tenant compte de toutes les circonstances.

d) En l'occurrence, le recourant se prévaut du fait que le contrat passé entre les parties prévoit une clause de concurrence, d'une part, et le fait qu'il devait œuvrer dans les locaux de la poursuivante, d'autre part, pour conclure à l'existence d'un contrat de travail. Il cite la référence à une jurisprudence au sujet du cas des médecins (JAR 2001, p. 259).

On relèvera en premier lieu que la référence en question ne se rapporte pas à la problématique en cause, ni du reste au cas d'un médecin. Ensuite, s'il est vrai que le contrat prévoit une clause de prohibition de concurrence, et qu'une telle clause est un indice de la passation d'un contrat de travail, il ne s'agit que d'un indice parmi d'autres. Or, les pièces produites ne font apparaître aucune des caractéristiques essentielles du contrat de travail. Les parties ne font aucunement mention à un contrat de « travail », ni aux termes «travailleur» ou «employé», ou «employeur» ; elles ne mentionnent pas non plus le paiement d'un «salaire», ni ne prévoient de vacances ou de

jours de congé. La convention du 18 décembre 2009 indique, au contraire, que les patients de l'intimée sont «sous-traités» au recourant. Celle du 12 novembre 2012 met un terme au « contrat de sous-traitance ». Par ailleurs, la rémunération convenue correspond à un pourcentage des honoraires encaissés par l'intimée, sans qu'aucune déduction pour cotisations sociales ne soit prévue.

On ne peut non plus voir un indice en faveur d'un contrat de travail dans le fait que le contrat mentionne une activité à raison de cinq demi-journées par semaine. En effet, selon la clause III, le recourant devait principalement effectuer ses prestations « en fonction de ses disponibilités » et, « en principe » seulement, à raison de cinq demi-journées, lesquelles étaient par ailleurs fixées d'entente entre les parties. En outre, le contrat ne mentionne pas une subordination personnelle, en particulier sur la manière dont les patients devaient être suivis par le recourant. Cette indépendance, ou cette absence de contrôle, dans les soins plaide plutôt pour un contrat de mandat.

Quant à la pièce produite par l'intimée, datée du 3 mars 2013, et intitulée « Répartition des patients connus et des nouveaux patients médicaux », elle est sans pertinence. Elle n'est pas signée et on ignore à qui elle est adressée. De plus, elle est postérieure à la période de collaboration des parties.

Enfin, le recourant devait s'acquitter d'une contrepartie pour la mise à disposition des locaux et des infrastructures, ce qui correspond aux conditions d'une activité indépendante et non à celles d'un travailleur.

En définitive, nonobstant l'existence de la clause de prohibition de concurrence, qui constitue un indice de la conclusion d'un contrat de travail, il n'y a à ce stade pas assez d'éléments factuels permettant d'aller à l'encontre de la terminologie employée par les parties pour qualifier leurs rapports.

Au stade de la mainlevée, il convient donc de retenir que les parties étaient liées par un contrat de mandat, sans pour autant exclure

qu'un tribunal saisi au fond aboutisse à une conclusion différente. Dans ces conditions, la validité de la clause de non concurrence ne peut pas être examinée au regard des art. 340 ss CO.

Mal fondé, l'argument du recourant doit être rejeté.

IV. a) Il reste encore à examiner d'office si la peine conventionnelle doit être réduite au regard de l'art. 163 al. 3 CO. En effet, selon cette disposition, le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Il s'agit de la concrétisation dans ce domaine de l'interdiction de l'abus de droit. Dans son pouvoir d'appréciation – qui se rapporte aussi bien au caractère excessif de la peine qu'à l'étendue de la réduction – le juge ne doit réduire la peine qu'avec retenue car la liberté contractuelle et la volonté des parties doivent en principe être protégées (ATF 133 III 43). Une intervention du juge n'est nécessaire que si le montant fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable au point de ne plus être compatible avec le droit et l'équité (ATF 133 III 43, c. 3.3.1 p. 48 ; ATF 114 II 264, c. 1a). Une réduction se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion crasse entre le montant convenu et l'intérêt du créancier à maintenir la totalité de sa prétention mesuré concrètement à la date de la violation contractuelle (ATF 133 III 201, c. 5.2 ; Mooser, Commentaire romand, CO I, n. 5 à 7 ad art. 163 CO, p. 1160 et les références citées). Le fait que la peine soit élevée ou supérieure au montant que le créancier pourrait réclamer à titre de dommages intérêts ne constitue pas d'office un facteur de réduction ; en pareil cas, la peine conventionnelle perdrait son sens (Mooser, *ibidem*).

La doctrine et la jurisprudence proposent de tenir compte notamment (ATF 133 III 43, c. 3.3.2 p. 48 ; Mooser, *op. cit.*, n. 8 ad art. 163 CO, p. 1161) :

- en premier lieu de l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation, en particulier au risque de dommage auquel il est exposé dans le cas concret (TF 4C.5/2003, c. 2.3.1 ; ATF 103 II 129, JT 1978 I 150) ;

- de la gravité objective de la violation de l'obligation, ainsi que de la faute de l'obligé (ATF 91 II 372, JT 1966 I 322) ;
- des facultés économiques des parties, notamment, en matière de prohibition de concurrence, celles du débiteur (ATF 130 III 353, TF 4C.276/2003, c. 3.2).

En matière de mainlevée, le moyen pris du caractère excessif de la peine conventionnelle est recevable (JT 1973 II 60 ; JT 1968 II 26). Néanmoins, la question de savoir si le bien-fondé juridique des moyens libératoires s'examine également sous l'angle de la vraisemblance ou s'il doit faire l'objet d'un examen exhaustif est controversé en doctrine, et a fait l'objet de jurisprudences cantonales contradictoires (TF 5P.321/2005 du 27 janvier 2006 c. 3 et les références citées). Quoi qu'il en soit, seul le juge du fond peut réduire les peines conventionnelles qu'il estime excessives. En présence d'une peine qu'il estime excessive, le juge de la

mainlevée doit rejeter la requête de mainlevée (JT 1980 II 32 et 1978 II 94 ; TC FR, Ile Cour d'appel civil, 21 août 2012, c. 2c ; contra : Staehelin, op. cit., n. 110 ad art. 82 LP, p. 715 qui estime qu'une réduction est possible en procédure de mainlevée).

Il faut cependant que ce juge ait des éléments factuels lui permettant de conclure au caractère excessif du montant. Or, en l'espèce, aucun des éléments énumérés ci-dessus ne ressort des pièces au dossier. En conséquence, à ce stade, le montant de 100'000 fr. ne saurait être jugé excessif, ni a fortiori réduit, en application de l'art. 163 al. 3 CO.

b) Pour des motifs similaires, on ne peut considérer en l'état que la clause litigieuse violerait l'art. 27 al. 2 CC. Une restriction conventionnelle de la liberté économique n'est excessive au sens de cette disposition que si elle livre une partie à l'arbitraire de l'autre, si elle représente une aliénation de la liberté économique, si elle met en danger pour l'une des parties le fondement de cette liberté (ATF 114 II 159 ; JT 1989 I 2). Or les pièces du dossier ne rendent pas vraisemblables la réalisation de l'une de ces conditions. Comme l'a relevé le premier juge, le recourant conserve la faculté d'exercer la médecine hors le territoire – relativement limité – interdit, notamment à Genève où il est déjà actif.

V. En conséquence, le recours doit être rejeté. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 750 fr., sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Celui-ci doit verser à l'intimée la somme de 1'800 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 8 Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6).

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 750 fr. (sept cent cinquante francs), sont mis à la charge du recourant.
- IV.** Le recourant R._____ doit verser à l'intimée N._____ la somme de 1'800 fr. (mille huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 21 janvier 2014

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 :

- Me Dominique Rigot, avocat (pour R._____),
- Me François Pidoux, avocat (pour N._____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 100'000 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 de La Riviera-Pays-d'Enhaut.

La greffière :