

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 1^{er} mars 2016

Composition : M. ABRECHT, président
M. Perrot et Mme Giroud Walther, juges
Greffier : M. Hersch

Art. 143 et 492 CO ; 8 CC ; 227 al. 1 CPC

Statuant à sur l'appel interjeté par **K.**_____, à Romanel-sur-Lausanne, demanderesse, contre le jugement rendu le 11 juin 2015 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **Y.**_____ **SA**, à Lens (VS), défenderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère:

En fait :

A. Par jugement du 11 juin 2015, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le 6 août 2015, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté les conclusions de la demande formée le 11 décembre 2013 par K._____ à l'encontre d'Y._____ SA (I), dit que K._____ doit payer à Y._____ SA la somme de 72'949 fr. 15, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011 (II), définitivement levé à concurrence de 72'949 fr. 15, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011, l'opposition formée par K._____ au commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites et faillites du district de Lausanne, notifié à la réquisition d'Y._____ SA (III), laissé les frais judiciaires par 7'400 fr. à la charge de l'Etat (IV), arrêté l'indemnité du conseil d'office de K._____ à 6'123 fr. 60 (V), rappelé l'obligation de remboursement de l'art. 123 CPC (VI) et condamné K._____ à verser à Y._____ SA la somme de 6'063 fr. 75 de dépens (VII).

En droit, les premiers juges, statuant sur une action en libération de dette de K._____, ont considéré que l'avenant au contrat de prêt du 3 septembre 2009 signé par les parties le 4 septembre 2009 devait être qualifié de reprise cumulative de dette, et non de cautionnement, puisque K._____, administratrice unique et actionnaire principale de la société débitrice du prêt, avait un intérêt propre et reconnaissable pour Y._____ SA à ce qu'un prêt soit accordé à Z._____ SA. Pour le surplus, K._____, à laquelle incombait le fardeau de la preuve en vertu de la reconnaissance de dette dont disposait Y._____ SA, n'avait pas établi que les 103'149 fr. 65 prévus par le contrat de prêt n'auraient pas été versés par Y._____ SA. Enfin, la modification des conclusions d'Y._____ SA relativement aux dépens, qui était due à une erreur de plume manifeste, était admissible. Dès lors, il convenait de rejeter l'action en libération de dette de K._____, de dire que K._____ devait payer à Y._____ SA la somme de 72'949 fr. 15, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011, de lever à concurrence de ce montant l'opposition de

K._____ à la poursuite intentée par Y._____ SA et de condamner K._____ à verser à Y._____ SA une indemnité de dépens.

B. Par acte du 14 septembre 2015, K._____ a formé appel contre le jugement précité, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'elle ne soit pas la débitrice d'Y._____ SA de la somme de 72'949 fr. 65 plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011, que l'opposition formée par elle au commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du district de Lausanne soit maintenue définitivement, que les frais judiciaires de première instance soient mis à la charge d'Y._____ SA et qu'Y._____ SA soit condamnée à lui verser la somme de 6'500 fr. à titre de dépens de première instance. Subsidiairement, K._____ a conclu à l'annulation du jugement attaqué et au renvoi de la cause à la juridiction de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le même jour, elle a requis l'assistance judiciaire avec effet rétroactif au 11 juin 2015. Le 22 septembre 2015, le Juge délégué de la Cour d'appel de céans l'a dispensée de l'avance de frais, tout en réservant la décision définitive sur l'assistance judiciaire.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. K._____, née en 1985, est titulaire d'un certificat fédéral de capacité (CFC) d'employée de commerce ainsi que d'une licence d'établissement (anciennement : patente) délivrée par l'Association Vaudoise des cafetiers, restaurateurs et hôteliers (GastroVaud).

Y._____ SA, dont le siège est à Lens (VS), a pour buts le management de promotion, l'ingénierie économique, le montage financier,

les conseils et autres activités de service dans le domaine de l'immobilier, le commerce de biens mobiliers et immobiliers ainsi que la prise de participation dans toute opération relative aux secteurs immobilier, commercial, industriel et événementiel. P._____ en est l'administrateur unique avec signature individuelle.

2. Par convention de vente d'actions du 26 mai 2009, [...] et [...], d'une part, ont vendu à K._____ et Y._____ SA, d'autre part, l'ensemble des actions de la société [...], sise à Lausanne, entretemps renommée [...] puis Z._____ SA (ci-après : Z._____ SA).

Par convention d'actionnaires passée le 3 septembre 2009, K._____ et Y._____ SA se sont réparti les actions de Z._____ SA à raison de 65 % pour K._____ et 35 % pour Y._____ SA.

K._____ a été l'administratrice unique avec signature individuelle de Z._____ SA du 10 juin 2009 au 8 juillet 2013, date à laquelle la procédure de faillite de la société a été clôturée et la raison de commerce radiée du Registre du commerce.

3. Entre le 6 et le 28 août 2009, Y._____ SA a accordé à Z._____ SA des avances pour un montant total de 103'149 fr. 85, sous forme de paiements à divers créanciers de cette dernière. Un extrait de compte d'Y._____ SA relatif à la période du 1^{er} septembre au 31 décembre 2009 et intitulé « [...] » fait état de 13 écritures de débit entre le 6 et le 28 août 2009, pour la somme totale de 103'149 fr. 85. Ces écritures sont toutes libellées « *REG. AVANCE POUR [...]* [ndr : [...], ici désignée sous la dénomination Z._____ SA] », mention suivie du nom du créancier respectif.

Les montants réglés se détaillent comme suit : 31'849 fr. 60 de loyer pour les mois d'août et septembre 2009, payés le 6 août 2009 selon ordre de paiement du 5 août 2009 et facture de la société [...] du 14 juillet 2009 ; 9'259 fr. de frais d'avocat, payés le 6 août 2009 selon ordre de paiement du 5 août 2009 et facture de l'étude [...] du 29 juin 2009 ; 2'739

fr. 70 versés le 6 août 2009 à [...] selon ordre de paiement du 5 août 2009 et facture du 26 juin 2009 ; 1'123 fr. 10 versés le 6 août 2009 à [...] selon ordre de paiement du 5 août 2009 et facture du 30 juin 2009 ; 70 fr. versés le 6 août 2009 à la Ville de Lausanne selon ordre de paiement du 5 août 2009 et facture du 31 juillet 2009 ; 34 fr. versés le 6 août 2009 à [...] selon ordre de paiement du 5 août 2009 et facture du 6 juillet 2009 ; 30'970 fr. versés le 7 août 2009 à [...] selon avis de débit du 7 août 2009 et devis du 23 juin 2009 ; 1'021 fr. 90 de salaire versés le 11 août 2009 à Madame [...] ; 10'854 fr. 20 versés le 17 août 2009 à [...] selon avis de débit du 7 août 2009 et devis du 23 juin 2009 ; 2'898 fr. 95 versés le 19 août 2009 à [...] selon ordre de paiement du 18 août 2009 et facture faxée le 18 août 2009 ; 2'905 fr. 40 versés le 28 août 2009 à [...] sous la mention « traiteur soirée du 28 août 2009 » ; 4'304 fr. versés le 28 août 2009 à [...] sous la mention « lustre » ; 5'120 fr. versés le 28 août 2009 à [...] sous la mention « paiement cours GastroVaud pour K. _____ ».

4. Par contrat du 3 septembre 2009, Y. _____ SA a accordé à Z. _____ SA un prêt de 103'149 fr. 65, au taux d'intérêt de 5 % l'an à compter du 1^{er} septembre 2009, l'amortissement devant intervenir en fonction des liquidités de Z. _____ SA, mais au plus tard le 28 février 2010. A titre de garantie, Z. _____ SA a remis à Y. _____ SA un billet à ordre de 120'000 francs. Il était précisé que le montant prêté correspondait à des avances à des fournisseurs du même montant déjà consenties par Y. _____ SA pour le compte de Z. _____ SA, selon une liste annexée au contrat de prêt signée par les parties et mentionnant les treize écritures susmentionnées.

Le contrat mentionnait dans son préambule qu'« Y. _____ SA est actionnaire minoritaire de la société Z. _____ SA, laquelle nécessite impérativement une mise de fonds complémentaire urgente afin de payer des travaux d'aménagements qui n'étaient pas prévus. L'autre actionnaire majoritaire a également déjà consenti à des mises de fonds, toutefois à la limite de ses moyens ».

Le 4 septembre 2009, K._____, C._____ et P._____ ont signé un acte intitulé « *Avenant No. 1 - Contrat de prêt* », dont les termes étaient les suivants :

« *Madame K._____ [adresse] et son époux Monsieur C._____ [adresse]*

*se reconnaissent ici **co-débiteurs solidaires** des engagements souscrits dans le contrat de prêt de **CENT TROIS MILLE CENT QUARANTE-NEUF FRANCS ET SOIXANTE-CINQ CENTIMES (CHF 103'149.65)** passé le 3 septembre 2009 entre Y._____ SA et Z._____ SA et qui est produit ci-annexé en copie pour en faire partie intégrante.*

Ils déclarent donc comprendre et accepter sans réserve toutes les dispositions du contrat de prêt (...) ».

Un extrait de compte de Z._____ SA relatif à la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010 et intitulé « [...]Y._____ SA » fait état au 1^{er} janvier 2010 sous la mention « *solde initial [...]Y._____ SA* » d'un montant de 103'149 fr. 85 porté au crédit du compte.

Les 11 et 16 décembre 2010, Z._____ SA a versé à Y._____ SA 15'200 fr. 50, respectivement 15'000 fr., sous la mention « *Remboursement prêt* ».

5. Sur réquisition d'Y._____ SA, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié le 4 novembre 2011 à K._____ un commandement de payer d'un montant de 103'149 fr. 65 dans la poursuite n° 5983064, mentionnant comme titre de la créance ou cause de l'obligation « *Avenant n° 1 au contrat de prêt du 4 septembre 2009, engagement solidaire de K._____ et C._____ ; contrat de prêt entre Z._____ SA et Y._____ SA du 3 septembre 2009* ». K._____ a fait opposition totale le même jour.

Le 15 novembre 2011, Y._____ SA a requis la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 103'149 fr. 65, avec intérêt à 5

% l'an dès le 1^{er} mars 2011. Par prononcé du 20 mars 2012, dont la motivation a été notifiée aux parties le 14 mai 2012, le Juge de paix du district de Lausanne a rejeté la requête de mainlevée provisoire. Ce prononcé a été confirmé par arrêt de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du 19 octobre 2012/393, mais annulé et renvoyé à cette dernière pour nouvelle décision par le Tribunal fédéral par arrêt 5A_849/2012 du 25 juin 2013. Par arrêt sur renvoi du 21 novembre 2013/462, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 72'949 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011.

6. Le 11 décembre 2013, K._____ a ouvert action en libération de dette à l'encontre d'Y._____ SA, en concluant, avec suite de dépens, à ce qu'elle ne soit pas reconnue la débitrice d'Y._____ SA de la somme de 72'949 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011 et à ce que l'opposition formée par elle au commandement de payer dans la poursuite n° 5983064 de l'Office des poursuites du district de Lausanne soit maintenue définitivement. A titre de moyen de preuve, K._____ a notamment requis qu'une expertise soit ordonnée aux fins de déterminer si les montants prêtés avaient été versés par Y._____ SA. Dans sa réponse du 14 mars 2014, Y._____ SA a conclu au rejet de la demande de K._____ (1), à ce que K._____ soit reconnue la débitrice d'Y._____ SA de la somme de 72'949 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} février 2009 et intérêt moratoire dès le 1^{er} mars 2010 (2), à ce que les frais de la procédure soient mis à la charge de K._____ (3) et à ce qu'une indemnité équitable soit versée à K._____ à titre de dépens (4).

Dans sa réplique du 16 juin 2014, K._____ a confirmé ses conclusions, a conclu au rejet des conclusions 1 à 3 d'Y._____ SA et a acquiescé à la conclusion 4 de cette dernière. Dans sa duplique du 1^{er} septembre 2014, Y._____ SA a rectifié sa conclusion 4 en ce sens que des dépens soient alloués à Y._____ SA, et non pas à K._____. K._____ s'est à nouveau déterminée le 27 novembre 2014.

Une audience d'instruction et de premières plaidoiries a été tenue le 9 décembre 2014, au cours de laquelle un délai au 31 janvier 2015 a été imparti à K._____ pour se déterminer sur l'opportunité de prouver par expertise le versement des fonds ayant fait l'objet du contrat de prêt. Le 11 février 2015, K._____ a maintenu son offre de preuve par expertise et proposé un expert en la personne de [...]. Le 17 février 2015, Y._____ SA s'est opposée à la mise en œuvre d'une expertise. Dans son ordonnance de preuves du 2 mars 2015, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a notamment refusé d'ordonner une expertise.

Une audience d'instruction et de jugement a été tenue le 2 juin 2015. Les parties ont été interrogées, de même que les témoins C._____, époux de K._____, [...], ami de P._____ et bon client de Z._____ SA du temps où elle existait, ainsi que [...] et [...], ces derniers ayant tous deux travaillé tant pour Y._____ SA que pour Z._____ SA.

C._____, a notamment déclaré, s'agissant des fonds prévus par le contrat de prêt, que *« cela n'a jamais été directement payé, mais des choses ont été payées quand-même, notamment un lustre que nous avait vendu P._____ et d'autres choses que nous avons commandé pour Z._____ SA. C'est possible qu'il y a également eu le remboursement de loyer. C'est également possible que le salaire de Mme [...] ait été payé par Y._____ SA. Je ne me souviens plus si les cours à GastroVaud ont été payés par Y._____ SA »*.

Le dispositif du jugement entrepris a été rendu le 11 juin 2015. Le 24 juin 2015, K._____ en a demandé la motivation, laquelle a été adressée aux parties le 6 août 2015.

En droit :

1. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272]). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., le présent appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références).

3.

3.1 A titre de mesure d'instruction, l'appelante demande qu'une expertise soit ordonnée afin de prouver les allégués 19 et 20 de sa demande et 125, 126 et 127 de sa réplique, à savoir l'absence de versement par l'intimée des fonds prévus par le contrat de prêt. Cette réquisition de preuve n'est pas nouvelle, puisqu'elle avait déjà été formulée en première instance et rejetée dans l'ordonnance de preuves du 2 mars 2015.

3.2 Selon l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves. L'autorité d'appel dispose à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Elle peut ainsi décider d'administrer un moyen de preuve,

alors que l'instance inférieure s'y était refusée, si elle estime qu'un élément de fait n'a pas suffisamment été instruit en première instance (Hoffmann-Nowotny, ZPO Rechtsmittel Kommentar, 2013, n. 34 ad art. 316 CPC ; Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 5 ad art. 316 CPC). L'expertise est l'un des moyens de preuve admis par le CPC (art. 168 al. 1 let. d et art. 183 ss CPC). Elle s'impose lorsque le juge n'est pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui est soumise (TF 4A_146/2015 du 19 août 2015, consid. 4.2). Ainsi, la mise en œuvre d'une expertise suppose *a priori* une carence dans les connaissances du tribunal sur des points techniques pertinents (CACI 9 octobre 2015/537 consid. 5b ; Schweizer, CPC commenté, 2011, nn. 1 et 3-4 ad art. 183 CPC).

3.3 En l'espèce, l'expertise proposée par l'appelante vise à déterminer si la somme de 103'149 fr. 65 mentionnée dans le contrat de prêt du 3 septembre 2009 a effectivement été versée par l'intimée. Il s'agit là d'une question de fait qui, pour être élucidée, ne nécessite pas de connaissances techniques particulières. Sur la base des moyens de preuves produits en temps utile par les parties (titres et témoignages notamment), l'autorité d'appel est en mesure de déterminer si ce fait est établi. En l'absence de problématique technique, on discerne mal la pertinence, voire l'utilité d'une expertise. Partant, cette réquisition de preuve doit être rejetée.

4.

4.1 L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir qualifié l'avenant du 4 septembre 2009 de reprise cumulative de dette. Elle soutient que cet acte constituerait un cautionnement au sens de l'art. 492 CO. Elle en veut pour preuve l'identité entre somme prêtée et somme garantie, la mention explicite du prêt dans l'avenant, l'expérience des affaires de l'intimée, l'intérêt bien supérieur au sien de Z._____ SA à cette affaire et le fait qu'au moment de signer l'avenant, moins de quatre mois après l'acquisition de la société, elle pouvait de bonne foi estimer que Z._____ SA serait en mesure de rembourser le prêt. A son avis, en signant

l'avenant du 4 septembre 2009, elle ne se serait donc pas engagée de façon indépendante, mais uniquement de façon accessoire, en souscrivant un cautionnement.

4.2 Le cautionnement, régi par l'art. 492 CO, est le contrat par lequel une personne (la caution) s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par un tiers (le débiteur principal). Il présuppose l'existence d'un autre engagement - celui qui doit être garanti - et constitue une adjonction à cet engagement, dont il dépend nécessairement pour son existence et son objet ; de nature accessoire, il garantit la solvabilité du débiteur principal ou l'exécution d'un contrat. La reprise cumulative de dette, quant à elle, découle de l'art. 143 CO et suppose un engagement propre et indépendant du reprenant, qui s'ajoute à celui du débiteur principal ; le reprenant reprend personnellement et directement la dette d'un tiers (ATF 129 III 702 consid. 2.1 et 2.2., JdT 2004 I 535 ; TF 4C.191/1999 du 22 septembre 1999 consid. 1a, SJ 2000 I 305 ; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., 1997, pp. 903 s. ; Tercier/Favre, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., 2009, nn. 6779 ss et 6798, pp. 1025 ss).

Au contraire de la reprise de dette, qui n'est soumise à aucune exigence de forme, le cautionnement portant sur une dette supérieure à 2'000 fr. doit être passé en la forme authentique, faute de quoi il est frappé de nullité (art. 493 al. 1 et 2 CO). Cette situation de prime abord incohérente, qui voit cohabiter dans l'ordre juridique deux institutions visant le même but économique, mais soumises à des exigences de formes disparates, a été voulue par le législateur, qui a considéré que la forme prévue pour le cautionnement ne se justifiait pas lorsque les parties avaient réellement l'intention de conclure un engagement indépendant et non accessoire, et ce malgré le risque que les exigences du droit du cautionnement soient éludées (ATF 129 III 702 consid. 2.3).

Pour déterminer si l'on est en présence d'un cautionnement ou d'une reprise cumulative de dette, le Tribunal fédéral a développé certains critères. Hormis les cas où les parties, et plus particulièrement le

promettant, sont rompues aux notions techniques du droit des sûretés, les dénominations utilisées dans le contrat ne sont pas déterminantes et une interprétation purement littérale du contrat ne suffit pas pour retenir l'une ou l'autre forme de sûreté (ATF 129 III 702 consid. 2.4.2 et 2.4.3). Dans le doute, on penchera plutôt pour un cautionnement (ATF 129 III 702 consid. 2.4.3). L'identité entre les obligations décrites dans le contrat de base et le contrat de sûreté et la référence au premier dans le second plaident pour le cautionnement (ATF 125 III 305, consid. 2b ; ATF 111 II 276, consid. 2c ; critique : Rossi, Garantie ou cautionnement ?, SJ 1986 405, pp. 409 s.), tandis que l'engagement du promettant pris à un moment où il sait que le débiteur principal ne pourra vraisemblablement pas s'acquitter de la dette est le signe d'une reprise cumulative de dette (TF 4C.19/1988 du 25 juillet 1988 consid. 1c/aa, SJ 1988 553).

Un autre critère développé par la jurisprudence est celui de l'intérêt propre du promettant à l'exécution du contrat principal. D'abord jugé peu déterminant (ATF 111 II 276, consid. 2b et 2c, cité in ATF 125 III 305 consid. 2b), ce critère a gagné en importance dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 129 III 702 consid. 2.6 ; TF 4A_279/2009 du 14 septembre 2009 consid. 4.6 ; TF 4C.24/2007 du 26 avril 2007 consid. 5). Il postule que lorsque le promettant a un intérêt propre et reconnaissable à l'affaire conclue, et pas seulement un intérêt à garantir le paiement de la dette primitive, il faut qualifier la sûreté convenue de reprise cumulative de dette. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que si la loi soumet la validité du cautionnement à l'observation de règles de formes particulières, c'est parce que dans ce contrat, un tel intérêt propre fait typiquement défaut, s'agissant régulièrement d'un acte gratuit consenti pour garantir l'engagement de parents ou d'amis intimes (ATF 129 III 702 consid. 2.6). Pour pouvoir retenir un intérêt propre, il faut ainsi que le promettant ait un intérêt immédiat et matériel à participer à l'opération de base et à la faire sienne, en profitant directement et de manière reconnaissable pour son cocontractant de la contre-prestation du créancier principal. Un vague avantage n'est pas suffisant, le promettant doit vouloir s'engager en vertu de la même cause que le débiteur principal. La jurisprudence retient une reprise cumulative de dette lorsque

le promettant forme avec le débiteur principal une société simple (TF 4C.191/1999 du 22 septembre 1999 consid. 1d, SJ 2000 I 325), lorsque le créancier sait que le promettant participe tacitement à l'affaire ou à la société de personnes dont la dette est garantie (ATF 81 II 520 consid. 3d, JdT 1956 I 462), lorsque le promettant est actionnaire et administrateur du débiteur principal (TF 4C.24/2007 du 26 avril 2007 consid. 5) et lorsque le promettant est associé indéfiniment responsable de la société en commandite débitrice principale (TF 4A_279/2009 du 14 septembre 2009 consid. 4.6). Le fait que le promettant soit au bénéfice de la signature individuelle de la société débitrice ne suffit pas, à défaut d'autres indices tels qu'une participation dans cette société, pour retenir l'existence d'un intérêt propre du promettant (ATF 129 III 702 consid. 2.7).

4.3 En l'espèce, les premiers juges ont considéré qu'une interprétation purement littérale de l'avenant du 4 septembre 2009 ne se justifiait pas, dès lors que l'appelante ne pouvait être considérée comme une spécialiste des contrats de sûretés. Pour les premiers juges, le critère déterminant pour qualifier l'acte discuté était celui de l'intérêt propre de l'appelante, qu'ils ont qualifié de flagrant, l'appelante ayant acquis les actions de la société débitrice du prêt en même temps que l'intimée et les montants prêtés ayant notamment servi à financer la formation de l'appelante auprès de GastroVaud. L'intimée connaissait l'appelante et était en mesure de reconnaître l'intérêt propre de cette dernière à la relation de prêt de base. Partant, l'avenant du 4 septembre 2009 devait être qualifié de reprise cumulative de dette, liant l'appelante indépendamment du contrat de prêt conclu le jour précédent avec Z. _____ SA.

Cette appréciation doit être confirmée. Comme l'ont à juste titre relevé les premiers juges, c'est le critère de l'intérêt propre de l'appelante qui est ici déterminant pour retenir une reprise cumulative de dette. Les parties ont acquis ensemble les actions d'une société anonyme. L'appelante en est devenue l'administratrice unique et les actions ont été réparties à raison de 65 % pour l'appelante et 35 % pour l'intimée. Il était dans l'intérêt personnel de l'appelante que la société dont elle était non

seulement l'administratrice unique, mais surtout l'actionnaire majoritaire, soit en mesure de payer ses créanciers et de financer la formation de son administratrice - en l'occurrence l'appelante elle-même - auprès de GastroVaud. L'appelante ne s'engageait pas à titre gratuit pour un tiers, ce qui aurait justifié qu'elle bénéficie de la protection accordée par le droit du cautionnement, mais bien dans le but de faire perdurer la société qu'elle détenait en majorité et dans laquelle elle avait investi tous ses moyens. Partant, il faut retenir que l'appelante avait un intérêt immédiat et matériel à participer à l'opération de base - le prêt accordé le jour précédent à Z. _____ SA - et à la faire sienne, en profitant directement et de manière reconnaissable pour l'intimée de la somme prêtée de 103'149 fr. 65. On relèvera à cet égard que dans la procédure de mainlevée - où il est certes statué sommairement et sur la base de la vraisemblance -, le Tribunal fédéral a souligné que l'intérêt propre du promettant ne supposait pas forcément qu'il dispose de la qualité d'actionnaire de la société débitrice du prêt principal. Or entretemps, dans le cadre de la présente procédure, la qualité d'actionnaire majoritaire de l'appelante a été établie et n'est au demeurant pas contestée, ce qui constitue une raison supplémentaire pour admettre un intérêt propre de l'appelante.

Enfin, l'argument de l'appelante selon lequel Z. _____ SA paraissait solvable au moment de l'acte discuté du 4 septembre 2009 ne résiste pas à la lecture du préambule du contrat de prêt du 3 septembre 2009, selon lequel la société débitrice « *nécessite impérativement une mise de fonds complémentaire urgente afin de payer des travaux d'aménagements qui n'étaient pas prévus. L'autre actionnaire majoritaire a également déjà consenti à des mises de fonds, toutefois à la limite de ses moyens* ». Il faut ainsi retenir qu'au moment de signer l'avenant du 4 septembre 2009, l'appelante était consciente que la société débitrice ne pourrait vraisemblablement pas rembourser le prêt, ce qui constitue un indice supplémentaire en faveur d'une reprise cumulative de dette.

Par conséquent, l'avenant du 4 septembre 2009 doit être qualifié de reprise cumulative de dette et le grief de l'appelante se révèle mal fondé.

5.

5.1 L'appelante invoque une violation de l'art. 8 CC, ainsi qu'une violation de son droit d'être entendue au sens de l'art. 29 Cst. Elle se prévaut des règles applicables en matière de fardeau de la preuve dans l'action en libération de dette, notamment en ce qui concerne les faits négatifs, pour soutenir que l'intimée n'aurait pas établi à satisfaction de droit avoir versé la somme de 103'149 fr. 65 prévue par le contrat de prêt du 3 septembre 2009. Elle estime que les ordres de paiements produits par l'intimée sont insuffisants à cet égard, la production d'avis de débit étant nécessaire pour établir le paiement. L'appelante est en outre d'avis que seule une expertise aurait été à même de déterminer si la somme prêtée avait effectivement été versée par l'intimée. En refusant d'ordonner une telle expertise, les premiers juges auraient violé son droit d'être entendue.

5.2 En vertu de l'art. 8 CC, il incombe au débiteur d'une obligation de prouver son extinction, notamment par paiement. Celui qui invoque l'exécution d'un contrat doit ainsi prouver qu'il s'est exécuté en mains du créancier. L'action en libération de dette de l'art. 83 al. 2 LP est une action négatoire de droit, fondée sur le droit matériel (ATF 128 III 44 consid. 4a, JdT 2001 II 71, SJ 2002 I 174; ATF 127 III 232 consid. 3a, JdT 2001 II 19), qui tend à la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance invoquée en poursuite (ATF 124 III 207 consid. 3a, JdT 1999 II 55, SJ 1998 644; ATF 118 III 40 consid. 5a, JdT 1994 II 112, et les réf. citées). Ouverte par le débiteur poursuivi contre le poursuivant ensuite du prononcé de la mainlevée provisoire, elle se distingue par le renversement du rôle procédural des parties. Le fardeau de la preuve et la charge de l'allégation ne sont en revanche pas renversés. Il appartient ainsi au défendeur poursuivant de prouver les faits dont il déduit l'existence et l'exigibilité de la créance. Le créancier défendeur à l'action en libération de dette bénéficie toutefois d'une position privilégiée du fait qu'il détient, en règle générale, sinon dans tous les cas, la reconnaissance de dette (art.

82 al. 1 LP) qui lui a permis d'obtenir la mainlevée provisoire (CREC I 29 décembre 2010/668 consid. 6b).

La présence d'une reconnaissance de dette a pour effet de renverser le fardeau de la preuve (art. 17 CO). Le créancier n'a pas à prouver la cause de sa créance, ni la réalisation d'autres conditions que celles qui sont indiquées dans l'acte. Il appartient au débiteur qui conteste la dette d'établir que la cause de l'obligation mentionnée dans la reconnaissance de dette n'est pas valable, voire de se prévaloir des objections et exceptions - exécution, remise de dette, exception de l'inexécution, prescription, etc. - dirigées contre la dette reconnue (TF 4A_17/2009 du 14 avril 2009 consid. 3.2; ATF 131 III 268 consid. 3.2 et les réf. citées).

5.3 En l'espèce, l'intimée, qui a obtenu devant le Tribunal fédéral la mainlevée provisoire de l'opposition à hauteur de 72'949 fr. 15 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011, disposait d'une reconnaissance de dette à concurrence de ce montant. Ainsi, et quoi qu'en dise l'appelante, il incombait à cette dernière d'établir, preuve à l'appui, que l'intimée n'aurait pas exécuté ses obligations découlant du contrat de prêt, ce qu'elle n'a pas fait, se contentant de remettre en question la véracité des pièces produites par l'intimée, sans produire elle-même des pièces (preuve du paiement par Z._____ SA elle-même des factures listées dans l'annexe au contrat de prêt du 3 septembre 2009, éventuels rappels émanant des créanciers de Z._____ SA) qui eussent pu établir que l'intimée n'aurait pas procédé au versement des montants prêtés. Dès lors, l'appréciation des premiers juges sur ce point ne prête pas le flanc à la critique.

Au surplus, même dans l'hypothèse où le fardeau de la preuve du versement du prêt incomberait à l'intimée, force est de constater que les pièces produites par cette dernière suffisent à établir que les 103'149 fr. 65 prêtés ont bel et bien été avancés et versés. L'intimée a produit la liste des avances annexée au contrat de prêt et signée par les parties, ainsi qu'un extrait de son compte mentionnant treize écritures de débit

correspondant aux treize postes de la liste susmentionnée. A l'exception des trois versements au bénéfice de la société [...] et du salaire de Madame [...], toutes les avances sont documentées par des ordres de paiements voire des avis de débit, ainsi que par les factures correspondantes. L'intimée a également produit un extrait de compte de l'appelante mentionnant un solde de 103'149 fr. 85 au 1^{er} janvier 2010 ainsi que les remboursements par 15'200 fr. 50 et 15'000 fr. intervenus le 11 novembre 2010, respectivement le 16 décembre 2010. A ce propos, il serait curieux que Z._____ SA ait remboursé ces sommes - ce qu'elle a elle-même allégué, preuve à l'appui - si l'intimée n'avait pas préalablement payé les montants prévus par le contrat de prêt. Enfin, les déclarations de C._____, époux de l'appelant, tendent elles aussi à démontrer que le montant du prêt a été versé, puisqu'il a déclaré à l'audience du 2 juin 2015 qu'il était possible qu'un lustre, le loyer, le salaire de Madame [...] et « d'autres choses » aient été payées. Partant, force est de constater que l'intimée a établi à satisfaction de droit avoir versé les montants déduits en poursuite et ainsi exécuté ses propres obligations.

S'agissant enfin de la réquisition de preuve par expertise de l'appelante, les parties se sont exprimées à ce propos lors de l'audience d'instruction du 9 décembre 2014. Un délai a ensuite été fixé aux parties pour qu'elles se déterminent par écrit à ce sujet, ce qu'elles ont fait le 11, respectivement le 17 février 2015. L'ordonnance de preuve refusant ce moyen de preuve a été rendue le 2 mars 2015. En appel, l'appelante a réitéré sa réquisition de preuve, qui a une nouvelle fois été rejetée (cf. considérant 3 ci-dessus). L'appelante a donc à plusieurs reprises eu l'occasion de formuler sa réquisition de preuve par expertise et de s'exprimer quant à son opportunité, de sorte que l'on ne voit pas en quoi son droit d'être entendue aurait été violé, étant précisé que le seul refus d'ordonner un moyen de preuve proposé par une partie n'emporte pas en soi une violation du droit d'être entendu (Schweizer, op. cit., n. 4 ad art. 183 CPC). Le grief est mal fondé.

6. Dans un ultime grief, l'appelante avance qu'elle aurait acquiescé dans sa réplique du 16 juin 2014 à la conclusion 4 de la réponse de la défenderesse du 14 mars 2014 tendant au versement d'une indemnité de dépens à la demanderesse, de sorte qu'une pleine indemnité de dépens de première instance lui serait due.

Le principe de la bonne foi en procédure, consacré à l'art. 52 CPC, impose également au juge d'interpréter les conclusions des parties conformément à ce principe (Tappy, CPC commenté, 2011, n. 18 ad art. 52 CPC). Ceci vaut d'autant plus lorsque le libellé des conclusions résulte, comme ici, d'une erreur de plume manifeste. De plus, il convient de ne pas perdre de vue que les conclusions tendant à l'allocation de dépens ne constituent pas des conclusions ordinaires, les dépens n'étant que l'accessoire de la cause au fond. Les frais judiciaires sont fixés et répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC), selon les règles des art. 106 ss CPC, la règle générale étant que les frais sont mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Les frais judiciaires et les dépens doivent être répartis de la même manière. Par conséquent, même si la défenderesse a pris une conclusion spécifique – alors qu'elle aurait pu se contenter de prendre ses conclusions au fond « avec suite de frais et dépens » (Tappy, op. cit., n. 8 ad art. 105 CPC) – tendant à l'allocation de dépens à sa partie adverse, ce qui constitue un lapsus manifeste, et que cette dernière a acquiescé à cette conclusion, le tribunal devait de toute manière accorder les dépens à la partie qui a obtenu gain de cause.

Partant, c'est à bon droit que les premier juges ont considéré que la défenderesse et intimée à l'appel avait valablement conclu à ce que des dépens lui soient alloués, sans que la défenderesse et appelante puisse se prévaloir d'un acquiescement.

7. Il résulte des considérants qui précèdent que l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé, sans pour autant que cela conduise au rejet de la requête d'assistance judiciaire. En effet, l'examen rétrospectif ne permet pas de

tenir l'appel pour dénué de toute chance de succès (cf. art. 117 let. b CPC) et la condition de l'indigence (art. 117 let. a CPC) est également réalisée. La requête d'assistance judiciaire de l'appelante doit donc être admise et Me Vivian Kühnlein désigné en qualité de conseil d'office pour la procédure d'appel à compter du 12 juin 2015, date de la réception du dispositif du jugement de première instance.

L'assistance judiciaire pouvant être accordée totalement ou partiellement (art. 118 al. 2 CPC), il est possible d'exiger de la partie requérante qui est en mesure de le faire une franchise mensuelle à titre de participation aux frais de procès. En l'espèce, au vu de sa situation financière, l'appelante sera astreinte à payer un montant de de 50 fr. à titre de franchise mensuelle dès le 1^{er} avril 2016.

Les frais judiciaires de deuxième instances, arrêtés à 1'729 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]) doivent être laissés à la charge de l'Etat (art. 106 al. 1 et 122 al. 1 let. b CPC).

En date du 29 février 2016, le conseil d'office de l'appelante a déposé deux listes d'opérations pour la période du 12 juin 2015 au 21 octobre 2015, lesquelles font état d'un total de 15 heures et 50 minutes de travail et de débours par 53 fr. 10. Au vu de la nature et de la difficulté de la cause, le temps allégué paraît approprié. Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3]), l'indemnité s'élève à 2'849 fr. 40, montant auquel s'ajoutent les débours par 53 fr. 10 et la TVA de 8 % sur le tout, ce qui porte l'indemnité d'office de Me Vivian Kühnlein à 3'134 fr. 70.

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Il n'y pas lieu d'allouer de dépens, dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelante K._____ est admise et Me Vivian Kühnlein est désigné en qualité de conseil d'office dans la procédure d'appel avec effet au 12 juin 2015, l'appelante étant astreinte à payer une franchise mensuelle de 50 fr. (cinquante francs) dès et y compris le 1^{er} avril 2016, à verser auprès du Service juridique et législatif.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'729 fr. (mille sept cent vingt-neuf francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** L'indemnité d'office de Me Vivian Kühnlein, conseil de l'appelante, est arrêtée à 3'134 fr. 70 (trois mille cent trente-quatre francs et septante centimes), TVA et débours compris.
- VI.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

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 Vivian Kühnlein (pour K. _____),
- Me Loïc Parein (pour Y. _____ SA).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 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, 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 :

- Monsieur le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le greffier :