

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 21 juin 2012

Présidence de M. HACK, président
Juges : Mme Carlsson et M. Vallat
Greffier : Mme van Ouwenaller

Art. 82 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **N.**_____, à Yvonand, contre le prononcé rendu le 21 octobre 2011, à la suite de l'audience du 11 octobre 2011, par le Juge de paix du district du Jura - Nord vaudois, dans la cause qui l'oppose à **T.**_____ **SA**, à Crissier.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 10 février 2011, à la requête de T._____ SA, l'Office des poursuites du district du Jura - Nord vaudois a notifié à N._____, dans la poursuite n° 5'682'784, un commandement de payer la somme de 200'041 fr. 60 sans intérêt mentionnant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : "Factures selon production faillite U._____ SA et facture du 22.12.2010, selon copies et récapitulatifs déposés au bureau de l'office". La poursuivie a fait opposition totale.

Par acte du 23 mars 2011, la poursuivante a requis du Juge de paix du district du Jura - Nord vaudois, qu'il prononce la mainlevée provisoire de l'opposition à hauteur de 175'051 fr. 50. A l'appui de sa requête, elle a notamment produit, outre l'original du commandement de payer précité, les pièces suivantes:

- un extrait du Registre du commerce du canton de Vaud la concernant, dont il ressort que R._____, administrateur, a la signature individuelle;

- un extrait du Registre du commerce du canton de Genève relatif à la société U._____ SA, indiquant que la société a été dissoute par suite de faillite prononcée avec effet au 14 juin 2010 à 14 heures 50; cette société dont le but à compter du 13 février 2008 était notamment le commerce d'installations aquatiques a eu comme administrateurs N._____ du 13 février 2008 au 9 avril 2008 et M._____ depuis le 13 février 2008, tous deux avec signature collective à deux;

- un contrat de concession de vente exclusive conclu entre T._____ SA en qualité de *concedant* et U._____ SA, "en formation représentée par ses administrateurs, et solidairement par Madame N._____ et Monsieur M._____ qui l'engage valablement par leurs signatures", en qualité de *concessionnaire*, signé le 4 décembre 2007 par R._____, pour T._____ SA, et deux fois par M._____ et N._____, la première pour U._____ SA et la seconde, sous la mention : "individuellement"; selon le contrat

T._____ SA, propriétaire de la marque T._____, a autorisé U._____ SA à "vendre en son nom et pour son compte l'ensemble des produits distribués sous la marque T._____, ainsi que tous les produits présentés dans les catalogues annuels, et ce à l'exclusion de tous autres produits" (art. 1) sur le territoire du canton de Genève (art. 2) ; en échange de cette concession, U._____ SA s'est engagée à acquitter annuellement pendant les deux premières années des droits de licence d'un montant correspondant à 2% du chiffre d'affaires, puis de 3% dès la troisième année, ce montant ne pouvant toutefois être inférieur à 20'000 fr. par an ; l'achat de la concession pour le canton de Genève correspondait à une valeur de 140'000 fr., montant payable en trois ans comme il suit : 20'000 fr. le 1^{er} janvier 2008, 20'000 fr. le 30 juin 2008, 50'000 fr. le 1^{er} juillet 2009, et le solde de 50'000 fr. le 1^{er} juillet 2010, un intérêt de 8% étant perçu en cas de retard sur les montants échus (art. 4) ; l'art. 18 du contrat prévoit comme cause de résiliation immédiate du contrat la faillite du concessionnaire;

- un récapitulatif émanant de T._____ SA des créances qu'elle a produites dans la faillite d'U._____ SA pour un total de 117'065 fr. 20, avec trois factures du 30 novembre 2009 correspondantes, soit une facture de 20'000 fr. relative au droit de licence 2009, une facture de 10'733 fr. 35 relative au droit de licence 2008, avec mention "selon contrat - prix spécial de 1^{ere} année", plus intérêts de retard à 8%, une facture de 51'666 fr. 70 relative à la tranche d'achat de la concession échue le 1^{er} juillet 2009, plus intérêt de retard à 8% du 1^{er} juillet au 30 novembre 2009 et un relevé des factures de matériel ascendant à 34'665 fr. 50;

- l'avis de l'Office des faillites du canton de Genève du 2 février 2011, annonçant le dépôt de l'état de collocation de la faillite d'U._____ SA et l'admission en troisième classe de la créance de 117'065 fr. 20, avec la précision que N._____ et M._____ sont codébiteurs de la créance (art. 60 al. 3 OAOF [ordonnance du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices de faillite; RS 281.32]) et que le dividende estimé pour les créances de troisième classe est de 9%;

- un avis du Tribunal de première instance du canton de Genève du 18 août 2010 selon lequel la faillite d'U._____ SA est définitive depuis le 14 juin 2010.

2. Par décision du 21 octobre 2011, le Juge de paix du district du Jura - Nord vaudois a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 176'051 fr. 50 sans intérêt (I), arrêté à 660 fr. les frais judiciaires (II) mis à la charge de la poursuivie (III), dit qu'en conséquence celle-ci rembourserait à la poursuivante son avance de frais à concurrence de 660 fr. et lui verserait la somme de 950 fr. à titre de dépens, à savoir 50 fr. en remboursement de ses débours nécessaires et 900 fr. à titre de défraiement de son mandataire professionnel.

Par acte du 24 octobre 2011, la poursuivie a requis la motivation du prononcé. Les motifs de la décision ont été adressés pour notification aux parties le 21 décembre 2011.

Le premier juge a considéré en bref que le contrat du 4 décembre 2007 valait titre de mainlevée provisoire à l'encontre de la poursuivie, engagée solidairement, que la société U._____ SA n'était pas en formation lors de la signature mais avait seulement changé de nom le 13 février 2008, que la reprise d'U._____ SA par une société [...], plaidée en audience, n'avait pas été rendue vraisemblable, que le contrat du 4 décembre 2007 avait couru jusqu'à la date du jugement de faillite, le 14 juin 2010, que le montant exigible s'élevait à 178'987 francs 20 (140'000 + 38'987 fr. 20), que ce montant était supérieur aux conclusions de la requête de mainlevée, soit 176'051 fr. 50, de sorte que la mainlevée provisoire devait être prononcée à concurrence de ce dernier montant.

3. Par acte du 13 janvier 2012, la poursuivie a recouru contre la décision, concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que son opposition au commandement de payer soit maintenue. Elle a en outre requis l'effet

suspensif. Par décision du 16 janvier 2012, le président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif.

L'intimée s'est déterminée le 17 février 2012, 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 est également recevable, ayant été déposée dans le délai de l'art. 322 al. 2 CPC.

II. a) Conformément à l'art. 82 LP (loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1), le créancier au bénéfice d'une reconnaissance de dette peut requérir du juge la mainlevée provisoire de l'opposition. Le juge la prononce si le poursuivi ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération ; ce dernier peut invoquer tous moyens libératoires pris de l'existence ou de l'exigibilité de la prétention déduite en poursuite (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 81 ad art. 82 LP).

La procédure de mainlevée est une procédure sur pièces (Urkundenprozess), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire : le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, suffit pour que la

mainlevée soit prononcée si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblables des moyens libératoires (ATF 132 III 140 c. 4.1.1, rés. in JT 2006 II 187; art. 82 al. 2 LP).

Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé signé par le poursuivi, ou son représentant, d'où résulte sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée ou déterminable (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1 ; ATF 122 III 126).

Un contrat bilatéral vaut reconnaissance de dette si le poursuivant a rempli ou garanti les obligations légales ou contractuelles exigibles avant le paiement dont il requiert le recouvrement ou au moment de ce paiement, c'est-à-dire s'il a lui-même exécuté ou offert d'exécuter ses propres prestations en rapport d'échange (Panchaud/Caprez, op. cit., § 69; Gilliéron, op. cit., nn. 44 et 45 ad art. 82 LP).

b) En l'espèce, la convention du 4 décembre 2007 vaut reconnaissance de dette, en faveur de l'intimée T._____ SA, pour le montant des droits de licence et pour le prix d'achat de la concession.

III. La recourante, qui est recherchée comme codébitrice solidaire de la société U._____ SA, conteste avoir cette qualité. Elle considère que l'utilisation du terme *solidairement* dans la convention est insuffisant pour établir la solidarité et doit être compris comme signifiant *conjointement* avec la société. Elle ajoute que les circonstances postérieures à l'acte démontrent que l'intimée au recours a toujours considéré qu'elle n'avait qu'un seul cocontractant, savoir U._____ SA. Subsidiairement, la recourante fait valoir que son engagement devrait être interprété comme un cautionnement, nul pour vice de forme.

a) Selon l'art. 143 CO (Code des obligations; RS 220), il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsque ceux-ci déclarent s'obliger de

manière qu'à l'égard du créancier, chacun d'eux soit tenu pour le tout (al. 1). A défaut d'une telle déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi (al. 2).

En l'espèce, la convention du 4 décembre 2007 mentionne comme partie la société U. _____ SA "en formation", ce qui pourrait laisser supposer l'existence d'un cas de solidarité légale fondé sur l'art. 645 al. 1 CO. Toutefois, comme l'a relevé à juste titre le premier juge, il résulte de l'extrait du registre du commerce que la société U. _____ SA existait sous un autre nom depuis le 23 juillet 2002 et qu'elle a changé de raison sociale le 13 février 2008. Elle n'était donc pas "en formation" à la date de la conclusion du contrat, de sorte que l'intimée n'a pas établi un cas de solidarité légale.

La mention "en formation" suggère une erreur des parties sur ce point. Cela peut s'expliquer de deux manières. D'une part, lors de la signature du contrat, le 4 décembre 2007, il est possible que la société U. _____ SA ait réellement été en formation ou que les parties envisageaient d'entreprendre les démarches nécessaires mais qu'avant le 13 février 2008, elles aient changé d'avis et préféré reprendre l'ancienne [...]. D'autre part, les parties ont pu croire, par erreur, que leurs démarches pour modifier l'ancienne [...] avaient conféré à la future U. _____ SA le statut de société en formation. Aucune pièce au dossier ne permet de rendre plus vraisemblable l'une ou l'autre hypothèse. Reste que la recourante n'invoque pas l'erreur et que les raisons pour lesquelles elle a signé sous la mention "individuellement" relèvent des motifs (art. 24 al. 2 CO).

b) Une solidarité conventionnelle au sens de l'art. 143 al. 1 CO est parfois difficile à distinguer d'autres formes de sûretés personnelles, comme le porte-fort ou le cautionnement.

L'engagement solidaire, qui est dit reprise cumulative de dette si l'engagement est pris alors que le débiteur s'est déjà engagé - hypothèse qui n'est pas réalisée ici -, naît lorsque le garant déclare au

créancier qu'il pourra être recherché au même titre et pour les mêmes prestations que le débiteur. Le contrat sur lequel repose la solidarité passive n'est soumis à aucune forme (TF 4C.24/2007 du 26 avril 2007 c. 5 ; ATF 129 III 702 c. 2.1, JT 2004 I 535).

En cas de cautionnement, la caution s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par un tiers, le débiteur principal (art. 492 al. 1 CO). Le cautionnement présuppose l'existence d'un autre engagement, celui qui doit être garanti. Il constitue une adjonction à cet engagement et en dépend nécessairement pour son existence et son objet; de nature accessoire, il garantit la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat (ATF 129 III 702 c. 2.1, JT 2004 I 535; ATF 113 II 434 c. 2a, JT 1988 I 185; ATF 111 II 276 c. 2b, rés. in JT 1986 I 255). Lorsque la caution est une personne physique et que le cautionnement dépasse la somme de 2'000 fr., la déclaration de cautionnement doit revêtir la forme authentique (art. 493 al. 2 CO).

Celui qui se porte fort promet au bénéficiaire (ou stipulant) le fait d'un tiers et s'engage à lui payer des dommages-intérêts si ce tiers ne s'exécute pas (art. 111 CO). Dans la promesse de porte-fort analogue au cautionnement, le fait promis consiste en l'exécution d'une obligation du tiers envers le stipulant

(TF 4A_290 et 292/2007 du 10 décembre 2007 c. 6.1; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635 et les réf. citées). Dans tous les cas, celui qui se porte fort assume une obligation indépendante; celle-ci peut exister même si le tiers n'est pas débiteur du bénéficiaire ou si son obligation est nulle ou invalidée (TF 4A_290 et 292/2007 du 10 décembre 2007 c. 6.1; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635). En l'espèce, on peut écarter cette forme de garantie, faute d'engagement indépendant de la part de la recourante.

La différence entre cautionnement solidaire et engagement solidaire, ou reprise cumulative de dette, réside en ceci que la dette issue du cautionnement et la dette principale diffèrent par leur objet et leur cause, tandis que celui qui s'engage solidairement s'oblige comme le

débiteur primitif, se range à ses côtés en tant que débiteur solidaire. Dans le premier cas, l'obligation a pour cause la garantie que le débiteur principal est solvable, tandis que dans le second, la cause réside dans le désintéressement du créancier indépendamment du débiteur. Contrairement à ce qui se passe dans le cautionnement, la sûreté ne constitue pas l'élément essentiel de la cause de l'obligation découlant de la reprise cumulative de la dette, ou de l'engagement solidaire, même si une telle reprise a toujours un certain effet de garantie (ATF 129 III 702, JT 2004 I 535, c. 2.2).

Déterminer si l'on est en présence d'un engagement solidaire ou d'un cautionnement dépend de l'interprétation du contrat. Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la "réelle et commune intention des parties", le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 606 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 126; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 131 III 606, c. 4.1 rés in JT 2006 I 126 ; ATF 129 III 702, c. 2.4, JT 2004 I 535). Toutefois, vu le caractère sommaire de la procédure de poursuite, le juge s'en tiendra au texte littéral de la reconnaissance de dette lorsque celui-ci est clair. A moins de circonstances particulières résultant du dossier, le juge de la mainlevée n'a pas à se demander si les parties ne l'entendaient pas dans un sens différent (Panchaud & Caprez, op. cit., § 1, n.12).

En cas de doute sur la nature de l'engagement, le cautionnement a la préférence, compte tenu du but de protection dévolu aux art. 492 ss CO (ATF 129 III 702 c. 2.5, JT 2004 I 535; TF 4C.274/2001 du 9 avril 2002 c. 3 et les réf. citées, publié in SJ 2002 I 574; ATF 113 II 434 c. 2c, JT 1988 I 185).

Lorsqu'une personne physique promet explicitement un engagement solidaire, elle n'assume l'obligation correspondante que si une condition supplémentaire est réalisée. Il faut que par suite de sa formation ou de ses activités, cette personne soit rompue aux contrats de sûretés et connaisse le vocabulaire juridique suisse usité dans ce domaine. Sinon, l'accord des parties doit attester que le garant connaissait réellement la portée de son engagement et l'accord doit aussi révéler les motifs qui ont détourné les parties de conclure un contrat de cautionnement. Outre ces hypothèses, l'engagement solidaire est encore admis, à l'exclusion du cautionnement lorsque le garant a un intérêt direct et matériel dans l'affaire à conclure entre le débiteur et le créancier, et que ce dernier a connaissance de cet intérêt et qu'il peut donc apercevoir le motif pour lequel le garant se déclare prêt à assumer une obligation identique à celle du débiteur. Il en va ainsi, notamment, lorsque le débiteur est lié au garant par un contrat de société et que l'affaire concourt à la réalisation de leur but commun (TF 4C. 24/2007 du 26 avril 2007 c. 5 et les arrêts cités).

c) En l'espèce, la réelle et commune volonté des parties n'ayant pas été établie, il convient de s'en tenir à une interprétation objective. Le texte de la convention est clair. La recourante est mentionnée dans l'entête du contrat comme partie contractante, s'engageant "solidairement" avec U._____ SA et M._____, sous la mention "le concessionnaire". Elle a signé le contrat à deux endroits, une première fois au nom de la société U._____ SA et une seconde fois sous la mention "individuellement". Le contrat du 4 décembre 2007 contribuait à la réalisation du nouveau but de la société U._____ SA, inscrit au journal le 13 février 2008 et qui était notamment "le commerce d'installations aquatiques". La recourante, qui n'était certes pas encore administratrice de cette société au moment de la signature du contrat, a été inscrite en cette qualité deux mois plus tard. L'affaire concourait à la réalisation du but commun de la société, de sa future administratrice et de son administrateur. Tous ces éléments permettent dès lors de conclure à l'existence d'un engagement solidaire.

d) La recourante entend tirer argument du fait que le contrat prenait fin à la faillite de la société, ce qui démontrerait qu'elle n'était elle-même pas partie contractante. L'art. 18 al. 3 du contrat introduit une cause de résiliation anticipée du contrat dont tous les codébiteurs peuvent se prévaloir, mais qui ne s'oppose pas à l'existence d'un engagement solidaire de la part de la recourante. La recourante ne saurait non plus tirer argument du fait qu'elle n'est restée que quelques mois administratrice de la société. Cette circonstance ne peut en effet pas influencer la nature de son engagement au moment où elle l'a pris.

La recourante fait encore valoir que l'intimée n'a pas entretenu de relations contractuelles avec elle et ne l'a pas recherchée jusqu'à la clôture de la faillite d'U. _____ SA. C'est en effet le propre de l'engagement solidaire de conférer au créancier le droit de s'adresser à un seul de ses débiteurs. Cela étant, force est d'admettre que la requérante n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'un cautionnement déguisé.

e) Quant au montant à concurrence duquel la mainlevée provisoire peut être prononcée, le calcul a été correctement effectué par le premier juge (140'000 fr. (achat de la concession exclusive) + 10'000 (royalties de la licence 2008) + 20'000 fr. (royalties de la licence 2009) + 8'987 fr. 20 (royalties de la licence 2010 jusqu'à la faillite soit 20'000/365 x 164 jours) = 178'987 fr. 20) et n'a pas été remis en question par la recourante.

IV. Le recours doit donc être rejeté et le prononcé confirmé.

Les frais de deuxième instance de la recourante doivent être arrêtés à 900 francs. Celle-ci doit verser à l'intimée la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de seconde instance (art. 8 TDC [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 900 fr. (neuf cents francs), sont mis à la charge de la recourante.
- IV.** La recourante N. _____ doit verser à l'intimée T. _____ SA la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 21 juin 2012

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 Gilles Robert-Nicoud, avocat (pour N. _____),
- Me Franck Ammann, avocat (pour T. _____ SA).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 176'051 fr. 50.

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 :

- M. le Juge de paix du district du Jura - Nord vaudois.

La greffière :