

**COUR CIVILE**

---

---

Séance du 24 mai 2012

---

Présidence de M. MULLER, président  
Juges : M. Hack et Mme Saillen, juge suppléant  
Greffier : Mme Boryszewski

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**S.\_\_\_\_\_ SA**

(Me M. Lorocho)

et

**A.K.\_\_\_\_\_**  
**A.L.\_\_\_\_\_**

(Me X. Oulevey)

- Du même jour -

Délibérant à huis clos, la Cour civile considère :

Remarques liminaires:

A.R.\_\_\_\_\_, président du conseil d'administration de la demanderesse depuis le mois de décembre 2007, a été entendu en qualité de témoin dans la présente cause. Il a admis avoir vu de nombreux documents concernant l'affaire et pense avoir lu la procédure. Son témoignage ne sera donc retenu que pour autant que ses dires ressortent d'autres témoignages ou de pièces figurant au dossier.

[...], qui a travaillé pour les entreprises des défendeurs du mois de janvier 2002 au 31 janvier 2008, d'abord chez W.\_\_\_\_\_ SA, puis chez [...], a également été entendue. Elle a affirmé avoir fourni un certain nombre de documents au conseil des défendeurs et a admis avoir lu une partie de la procédure. Compte tenu de ces éléments, son témoignage ne sera retenu que dans la mesure où d'autres éléments du dossier confirment ses dires.

**En fait :**

**1.** La demanderesse S.\_\_\_\_\_ SA est une société anonyme ayant son siège à Dietikon (ZH), dont les administrateurs sont notamment [...] et [...]. Elle est active dans le domaine du transport.

Les défendeurs A.L.\_\_\_\_\_ et A.K.\_\_\_\_\_ étaient respectivement président et administrateur de W.\_\_\_\_\_ SA, devenue par la suite Q.\_\_\_\_\_, dont le siège est à [...] (VD). W.\_\_\_\_\_ SA était une entreprise active notamment dans les domaines du transport et de l'exploitation de machines de chantier. Q.\_\_\_\_\_ a été mise en faillite par prononcé du 9 février 2006.

**2.** Le 25 septembre 2003, la demanderesse a acheté à W. \_\_\_\_\_ SA, avec effet au 1<sup>er</sup> novembre suivant, "ses domaines d'activités nationales des exploitations de [...], [...] et [...], ainsi que l'ensemble des actifs immobilisés liés". Le contrat a notamment la teneur suivante :

" (...)

**3. Paiement**

Le prix d'achat sera versé par S. \_\_\_\_\_ SA sur un compte bancaire à déterminer, en faveur de W. \_\_\_\_\_ SA, selon les modalités suivantes :

Lors de la signature du contrat	CHF	2'000'000.00
	<i>le 7/10/2003 au plus tard</i>	
Le 01.11.2003	CHF	1'000'000.00
Le 20.12.2003		le solde

Le prix d'achat définitif sera déterminé au 30.11.2003

**4. Personnel**

Basé sur la «Due Diligence», S. \_\_\_\_\_ SA informe W. \_\_\_\_\_ SA, jusqu'au 24 octobre 2003, avec quel effectif en personnel les domaines d'activités seront poursuivis (Appendice 3 / Nouvelle liste du personnel). La réduction de personnel à réaliser, de même que les coûts qui en résultent sont à la charge de W. \_\_\_\_\_ SA. S. \_\_\_\_\_ SA demande à W. \_\_\_\_\_ SA que 22 postes soient supprimés avant la fin septembre 2003. Le coût au-delà du 1<sup>er</sup> novembre 2003 étant refacturé à S. \_\_\_\_\_ SA. L'ensemble du personnel en activité selon liste jointe sera repris (hormis les 22 postes).

G. \_\_\_\_\_ en liquidation prendra également à sa charge les salaires, vacances et heures supplémentaires, au prorata jusqu'au 31.10.2003, du personnel à reprendre par S. \_\_\_\_\_ SA.

**5. Reprise de véhicules**

S. \_\_\_\_\_ SA reprend de W. \_\_\_\_\_ SA l'ensemble du parc à véhicules (...).

**6. Contrats de location**

S. \_\_\_\_\_ SA reprend à son compte les contrats de location de W. \_\_\_\_\_ SA selon les annexes 5, 6 & 7. Le paiement des loyers en cours jusqu'au 31.10.2003 est pris en charge par W. \_\_\_\_\_ SA.

(...)

- [...]: \*reprise au minimum du bail de sous-location de W. \_\_\_\_\_ SA, paiement direct à [...]. Limitée à une année

(...)

Le vendeur :  
W. \_\_\_\_\_ SA  
A.L. \_\_\_\_\_  
*signature*  
A.K. \_\_\_\_\_  
*signature*

L'acheteur :  
S. \_\_\_\_\_ SA  
B.R. \_\_\_\_\_  
*signature*  
A.R. \_\_\_\_\_  
*signature\*\* "*

\*\* (inscriptions manuscrites en italique)

Le 28 octobre 2003, W. \_\_\_\_\_ SA a informé le personnel repris par la demanderesse que le paiement du solde des vacances et des heures à compenser au 31 octobre 2003, serait effectué le 30 novembre suivant et que la gratification au prorata de la période 2003 effectuée chez W. \_\_\_\_\_ SA, serait versée par elle-même à la fin du mois de décembre 2003.

Les représentants de S. \_\_\_\_\_ SA et de W. \_\_\_\_\_ SA, soit respectivement B.R. \_\_\_\_\_ et A.R. \_\_\_\_\_, d'une part, A.L. \_\_\_\_\_ et A.K. \_\_\_\_\_, d'autre part, se sont rencontrés à Berne, le 3 novembre 2003. A cette occasion, le contrat du 25 septembre 2003 a fait l'objet de plusieurs modifications et suppressions. La quasi-totalité des modifications convenues sont suivies de l'indication de la date et du lieu de modification, ainsi que du paraphe des signataires. Les parties ont en particulier renoncé à la reprise par S. \_\_\_\_\_ SA du contrat de bail des locaux sis à [...]. Le paragraphe en question a donc été supprimé. Il ne figure toutefois aucun paraphe à côté du terme "[...]" qui a été biffé sur le document.

Ce jour-là, soit le 3 novembre 2003, les mêmes parties ont signé à Berne une convention complétant le contrat du 25 septembre 2003. Son contenu est le suivant : (traduit de l'allemand par la demanderesse)

"Traduction de la convention du 3.11.2003

[...] Berne salle de réunion 21h 3.11.2003

Accord entre W. \_\_\_\_\_ SA - S. \_\_\_\_\_ SA



7'628 fr. La demanderesse n'a jamais contesté le bien-fondé de ces factures.

Par courrier du 19 décembre 2003, W.\_\_\_\_\_ SA a écrit ce qui suit à la demanderesse :

"(...)

En réponse à votre fax (...), nous vous faisons part de notre extrême surprise.

Sur la forme, vous cumulez des factures pour une bonne part non justifiées concernant des sociétés différentes et appartenant à des groupes juridiquement, économiquement et financièrement indépendants, (...).

En conséquence, nous nous tiendrons strictement au contrat qui lie S.\_\_\_\_\_ SA et W.\_\_\_\_\_ SA. (...)

Par ailleurs, notre engagement non contractuel de payer une quote-part de 13<sup>ème</sup> mois pour le personnel transféré chez S.\_\_\_\_\_ SA est lié à votre engagement de régler l'ensemble des frais de personnel dès le 1<sup>er</sup> novembre 2003. Il y a donc lieu de faire une compensation. Toutes conséquences intervenant après non paiement de votre personnel vous seraient directement imputables. (...)

Nous vous rappelons que le bail [...] que nous avons résilié d'un commun accord supposait bien entendu l'application des conditions initiales du bail jusqu'à la libération des locaux, soit CHF 68'750.00 hors taxe par mois. De plus, nous vous rappelons que vous nous garantissez un an de loyer pour le bâtiment de [...], soit un montant de CHF 994'820.00. (...)"

Le 23 décembre 2003, W.\_\_\_\_\_ SA a adressé un nouveau courrier à la demanderesse, dont le contenu est le suivant :

"(...)

Il apparaît que S.\_\_\_\_\_ SA ne respecte pas les engagements pris dans le cadre des relations contractuelles entre les parties et refuse sans raison de rembourser à W.\_\_\_\_\_ SA les sommes importantes avancées par cette dernière afin de payer les salaires des employés de votre société dès le 1<sup>er</sup> novembre dernier.

W.\_\_\_\_\_ SA considère que le respect, tant par S.\_\_\_\_\_ SA que par MM. B.R.\_\_\_\_\_ et A.R.\_\_\_\_\_, personnellement, de leurs engagements était une condition essentielle qui l'a déterminée à conclure la convention du 3 novembre dernier.

W.\_\_\_\_\_ SA, ainsi que MM. A.L.\_\_\_\_\_ et A.K.\_\_\_\_\_, estiment avoir été induits en erreur par S.\_\_\_\_\_ SA lors de la signature de cette convention.

Par conséquent, W.\_\_\_\_\_ SA, ainsi que MM. A.L.\_\_\_\_\_ et A.K.\_\_\_\_\_, considèrent qu'ils ne sont pas obligés par la convention du 3 novembre 2003 qui est invalidée en ce qui les concerne.

W.\_\_\_\_\_ SA vous met par la présente formellement **en demeure de lui payer d'ici au mercredi 31 décembre 2003 au plus tard** toutes les sommes que vous lui devez, en particulier l'ensemble des frais découlant du transfert du personnel qui a été repris par S.\_\_\_\_\_ SA dès le 1<sup>er</sup> novembre 2003.

(...) les décomptes que vous avez établis sont totalement contestés, comme W.\_\_\_\_\_ SA vous l'a dûment signalé par lettre du 19 décembre dernier."

**4.** Le 12 janvier 2004, un montant de 432'155 fr. 20 a été débité du compte de la demanderesse. Cette somme a été versée aux employés de W.\_\_\_\_\_ SA repris par S.\_\_\_\_\_ SA à titre de treizième salaire, pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2003.

Le décompte de W.\_\_\_\_\_ SA, daté du 13 janvier 2004, indique, qu'à cette date-là, la somme de 306'208 fr. était due par la demanderesse sur le prix de vente.

Par courrier du 15 janvier 2004, W.\_\_\_\_\_ SA a informé S.\_\_\_\_\_ SA de ce qui suit :

"(...) les différents montants ainsi facturés n'ont jamais été contestés. Ils sont exigibles et demeurent impayés à ce jour.

W.\_\_\_\_\_ SA vous met par la présente formellement en demeure de régler la somme totale de **CHF 1'041'821,90** échue en sa faveur **d'ici au vendredi 23 janvier 2004** par virement sur le compte bancaire de W.\_\_\_\_\_ SA, No [...], auprès de UBS S.A., 1002 Lausanne. (...)."

Le 22 janvier 2004, la demanderesse a adressé un décompte dont le contenu est notamment le suivant :

"Zusammenfassung

Guthaben W. _____ SA		810'163.07
Verrechnungen S. _____ SA	./.	497'763.43
Kontoauszüge Dietikon	./.	147'130.05
Kontoauszüge Genf	./.	65'829.95
Kontoauszüge Diverse	./.	2'241.25
Kreditorenauszüge	+	39'047.00
<b>Saldo zu Gunsten W. _____ SA</b>		<b>136'245.39</b>
(...)"		

Le 27 janvier 2004, W. \_\_\_\_\_ SA a adressé un courrier à S. \_\_\_\_\_ SA, dont la teneur est la suivante :

"(...) Ma mandante m'a remis une copie de votre lettre du 22 janvier dernier concernant le règlement des comptes entre S. \_\_\_\_\_ SA et W. \_\_\_\_\_ SA

(...) le décompte que vous présentez est faux et totalement contesté. (...)

Par ailleurs, je vous rappelle que votre société doit à W. \_\_\_\_\_ SA, selon décompte non contesté du 13 janvier 2004, une somme de **CHF 1'041'821,90** en capital et j'attire votre attention sur le fait que vous êtes en demeure de procéder à ce paiement, conformément à ma lettre du 15 janvier dernier.

A ce propos, je prends acte du fait que, dans votre décompte, S. \_\_\_\_\_ SA se reconnaît expressément débitrice de W. \_\_\_\_\_ SA à concurrence de CHF 810'163,07 au moins.

Je vous rappelle également que MM. B.R. \_\_\_\_\_ et A.R. \_\_\_\_\_ se sont engagés solidairement aux côtés de S. \_\_\_\_\_ SA et W. \_\_\_\_\_ SA se réserve le droit de leur réclamer personnellement l'exécution de cet engagement. (...)"

Ni W. \_\_\_\_\_ SA, ni les défendeurs n'ont honoré la facture de la demanderesse datée du 28 janvier 2004 d'un montant de 433'181 francs.

Par courrier du 2 février 2004, reçu le même jour par B.R. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ SA a informé la demanderesse qu'elle révoquait la faculté qui lui était accordée de verser le loyer des locaux d[...] directement à [...] et lui a demandé de s'en acquitter dorénavant en ses mains.

Le 6 avril 2004, W.\_\_\_\_\_ SA a écrit à S.\_\_\_\_\_ SA ce qui suit

:

"Comme ma mandate vous l'a écrit le 13 janvier 2004, les montants payés à titre de treizième salaire (pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2003) aux employés que vous avez repris de W.\_\_\_\_\_ SA feront l'objet d'une compensation dans le cadre du décompte définitif.

A toutes fins utiles, W.\_\_\_\_\_ SA oppose expressément par la présente la compensation à votre facture du 28 janvier 2004."

Par courrier du 19 avril 2004, W.\_\_\_\_\_ SA a mis en demeure la demanderesse de lui régler la somme de 1'435'047 fr. 10 dans un ultime délai échéant le 22 avril 2004.

En mai 2004, W.\_\_\_\_\_ SA est devenue Q.\_\_\_\_\_.

Le 2 juin 2004, la demanderesse a versé à [...] la somme de 1'070'426 fr. 10 pour les loyers du mois de novembre 2003 au mois d'octobre 2004.

**5.** Le 24 juin 2004, l'Office des poursuites et faillites de Nyon-Rolle a notifié, à la requête de la demanderesse, un commandement de payer au défendeur A.L.\_\_\_\_\_ dans le cadre de la poursuite n°[...] pour un montant de 433'181 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 13 janvier 2004. Il a été frappé d'opposition totale.

Le 2 août 2004, l'Office des poursuites de Dietikon a notifié, à la requête de Q.\_\_\_\_\_, un commandement de payer à la demanderesse dans le cadre de la poursuite n° [...] pour un montant de 1'426'808 fr. 15 plus intérêt à 5 % l'an dès le 20 décembre 2003. La demanderesse a formé opposition totale le même jour.

Le 11 août 2004, l'Office des poursuites de Morges-Aubonne a notifié à [...], épouse du défendeur A.K.\_\_\_\_\_, sur réquisition de la demanderesse, un commandement de payer dans le cadre de la poursuite

n° [...] d'un montant de 433'181 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 13 janvier 2004, lequel a été frappé d'opposition totale le lendemain.

**6.** Le 6 septembre 2004, la demanderesse a déposé une "plainte civile" à la Justice de paix du cercle de Nyon, contre A.L.\_\_\_\_\_, et à celle de Morges et Villars-sous-Yens, contre A.K.\_\_\_\_\_, requérant l'obligation pour chacun de lui verser la somme de 433'181 fr., frais de poursuites encourus en sus.

Par courrier du 14 septembre 2004, la Cour de céans a accusé réception de la plainte civile de la demanderesse, adressée à la Justice de paix du cercle de Nyon puis transmise au Tribunal d'arrondissement de la Côte, et l'a renvoyée à agir selon les règles du Code de procédure civile vaudois dans un délai au 14 octobre 2004. Le 12 octobre 2004, le conseil de l'époque de la demanderesse a requis une prolongation du délai qu'il lui était imparti; prolongation lui a été accordée jusqu'au 14 décembre 2004.

Le 15 mars 2005, Q.\_\_\_\_\_ a introduit auprès du Juge de paix de Dietikon une demande en paiement à l'encontre de la demanderesse d'un montant de 1'426'808 fr. 15, plus intérêt à 5 % l'an, dès le 20 décembre 2003, B.R.\_\_\_\_\_ et A.R.\_\_\_\_\_ étant solidairement tenus au paiement avec la demanderesse d'un montant partiel de 467'000 fr., plus intérêt à 5 % l'an, dès le 20 décembre 2003.

Par demande du 22 août 2005, adressée au Tribunal du district de Zürich, Q.\_\_\_\_\_ a ouvert action en paiement à l'encontre de la demanderesse et de B.R.\_\_\_\_\_ et A.R.\_\_\_\_\_, en prenant notamment les conclusions suivantes :

"(...) Die Beklagte 1 sei zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 1'426'808, 15 nebst 5% Zins sei 20. Dezember 2003 sowie Zahlungsbefehlskosten von CHF 410.- und Weisungskosten von CHF 677.- zu bezahlen,

wobei jeder der Beklagten 2 und 3 zu verpflichten sei, solidarisch mit der Beklagten 1 je einen Teilbetrag von CHF

467'000.- nebst Zins zu 5% seit 3. November 2003 und die ihn betreffenden Zahlungsbefehlskosten von je CHF 200.- zu bezahlen, (...)."

Il y est notamment allégué ce qui suit : (traduit de l'allemand par la demanderesse)

"(...) Juridiquement, il s'agit d'une reprise cumulative de dette (personnelle et solidaire) des quatre personnes concernées et non d'un cautionnement, d'une garantie ou autres sûretés (...)."

Par décision du Tribunal du district de Zürich du 14 février 2006, la cause a été suspendue à la suite de la faillite de Q. \_\_\_\_\_ prononcée le 9 février 2006.

Par courrier du 24 mars 2006, adressé à l'Office des faillites de Morges-Aubonne, la demanderesse a produit une créance d'un montant de 409'322 fr. 73, dans le cadre de la faillite de Q. \_\_\_\_\_.

Par courrier du 25 mai 2007 adressé à l'Office des faillites de Morges-Aubonne, le conseil de [...] a déclaré que cette dernière, au mois de juin 2004, n'avait pas reçu de montant de la part de la demanderesse, que ce soit à titre de loyer ou autres.

Selon avis du 5 mai 2011 de l'Office des faillites de l'arrondissement de la Côte, les droits de la masse, relatifs au procès ouvert devant le Tribunal du district de Zürich opposant Q. \_\_\_\_\_ à la demanderesse et B.R. \_\_\_\_\_ et A.R. \_\_\_\_\_, ont fait l'objet d'une cession par acte du 23 mars 2009 notamment en faveur des défendeurs.

Les 17 et 25 mai 2011, les défendeurs, en leur qualité de créanciers cessionnaires des droits de la masse, ainsi que l'administration de la faillite de G. \_\_\_\_\_ en liquidation, ont déclaré compenser la dette à l'égard de S. \_\_\_\_\_ SA pour le paiement d'une quote-part des treizièmes salaires, vacances et heures supplémentaires du personnel transféré, avec la créance de la société G. \_\_\_\_\_ en liquidation, en remboursement des salaires payés pour le personnel repris et non repris, des mois de

novembre et décembre 2003, janvier et février 2004, pour lesquels S.\_\_\_\_\_ SA s'est engagée à payer un montant de 467'000 francs.

**7.** Une expertise comptable a été confiée à [...], [...] qui a déposé un rapport d'expertise le 28 mai 2009 et un complément le 19 avril 2010.

L'expert avait à se prononcer sur le paiement par W.\_\_\_\_\_ SA des salaires des employés pour les mois de novembre 2003 à février 2004.

L'expert a établi une liste nominative du personnel repris par la demanderesse et payé par W.\_\_\_\_\_ SA pour les mois de novembre 2003 à février 2004. Le montant total payé par W.\_\_\_\_\_ SA s'élève à 349'361 fr. 20 et comprend les indemnités pour perte de gain versées aux personnes en arrêt de travail. L'expert a précisé que les bénéficiaires de ces indemnités n'étaient pas connus, pour autant qu'elles aient été reçues.

L'expert a également établi un tableau nominatif du personnel non repris par la demanderesse, mais qui lui a été facturé, comprenant les salaires nets versés à ce personnel par W.\_\_\_\_\_ SA. Ces salaires totalisent un montant de 531'857 fr. 20, dont 456'938 fr. 16 a été refacturé à la demanderesse.

Enfin, l'expert a établi une liste nominative du personnel non repris dont les salaires ont été payés par W.\_\_\_\_\_ SA et qui n'ont pas été refacturés à la demanderesse. Le montant total de ces salaires s'élève à 77'029 fr. 25.

En définitive, l'expert a considéré que le montant des salaires nets payés par W.\_\_\_\_\_ SA durant la période du 1<sup>er</sup> novembre 2003 au 28 février 2004 étaient respectivement de CHF 349'361.20, 531'857.20 et

77'029.25, soit au total de 958'247 fr. 65, dont 456'938 fr. 16 ont été refacturés à la demanderesse.

L'expert s'est également prononcé sur le montant perçu, à titre de treizième salaire, par le personnel de W.\_\_\_\_\_ SA repris par la demanderesse et payé par celle-ci. A partir de la liste nominative établie du personnel repris, il a constaté que, sur un montant totalisant 432'155 fr. 20, du treizième salaire avait été payé par la demanderesse à du personnel de W.\_\_\_\_\_ SA ne figurant pas sur la liste, soit les montants de 2'540 fr. 45, 3'877 fr. 95, 3'785 fr. 60, 3'208 fr. 80 et 1'478 fr. 55.

Enfin, l'expert a relevé que la facture de la demanderesse datée du 28 janvier 2004 d'un montant d'un montant de 433'181 fr. ne comprenait pas les charges sociales relatives aux gratifications, sous réserve du montant payé à [...] de 920 fr. auquel 11.5 % de charges sociales ont été facturées.

Dans son complément daté du 15 avril 2010, l'expert est revenu sur les salaires facturables par W.\_\_\_\_\_ SA à la demanderesse, sur les salaires effectivement facturés et sur l'écart existant entre les deux. Ce faisant, il a vérifié que les salaires refacturés avaient bien été payés aux collaborateurs de la société et que les indemnités pour perte de gain des collaborateurs en arrêt de travail avaient été soustraites du salaire brut refacturé; il a ensuite validé, voire corrigé les calculs de refacturation de la part du treizième salaire à la charge de la demanderesse. Il a contrôlé qu'aucun montant dû pour les périodes antérieures n'avait été refacturé à la demanderesse (heures supplémentaires, soldes de vacances, indemnités, etc) et l'a modifié le cas échéant. Il a validé les calculs des charges sociales à la charge de l'employeur et refacturées à la demanderesse. Enfin, il a vérifié, validé, et corrigé, si nécessaire, la refacturation des indemnités diverses payées aux collaborateurs.

Des écarts ont été constatés pour les mois de novembre 2003 à février 2004. Au cours de cette période, les montants suivant ont été facturés à la demanderesse : 222'933 fr. 66 au mois de novembre 2003, 168'145 fr. au mois de décembre 2003, 48'237 fr. au mois de janvier 2004, 7'628 fr. au mois de février 2004, montants qui se sont révélés trop élevés. En effet, c'est un excédent d'un montant total de 40'038 fr. 60 qui a été facturé à la demanderesse, soit respectivement 30'609 fr. 52, 8'087 fr. 12, 1'512 fr. 16 et 170 fr. 20. W. \_\_\_\_\_ SA a donc facturé la somme de 456'929 fr. 97, au lieu de 416'891 fr. 37.

L'expert a dès lors confirmé que des montants dus pour des périodes antérieures au transfert du personnel ont été intégrés à tort dans les montants réclamés par W. \_\_\_\_\_ SA, soit pour le personnel repris par la demanderesse pour la période courant du 1<sup>er</sup> novembre 2003 au 28 février 2004 et pour le personnel non repris, mais facturé à la demanderesse. Il a également confirmé qu'un certain nombre de personnes était en arrêt de travail et au bénéfice d'indemnités de perte de gain.

**8.** D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

**9.** Par demande du 13 décembre 2004, la demanderesse a pris, à l'encontre des défendeurs, avec suite de frais et dépens, la conclusion suivante :

"I. A.K. \_\_\_\_\_ et A.L. \_\_\_\_\_ sont solidairement débiteurs de S. \_\_\_\_\_ SA de la somme de fr. 433'181.- et lui en doivent immédiatement paiement, avec intérêt à 5% dès le 13 janvier 2004."

Dans leur réponse du 30 janvier 2006, les défendeurs ont conclu, avec dépens, au rejet des conclusions de la demande.

Par duplique du 11 juin 2007, les défendeurs ont invoqué à l'encontre de S.\_\_\_\_\_ SA la compensation de leur éventuelle dette avec leur créance.

**En droit :**

**I.** La demanderesse réclame aux défendeurs, solidairement entre eux, le paiement de la somme de 433'181 fr., plus intérêt à 5 % l'an dès le 13 janvier 2004. Cette somme correspond selon elle à la part de treizième salaire pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 octobre 2003 versée aux anciens employés de W.\_\_\_\_\_ SA. La demanderesse actionne les défendeurs sur la base de la convention du 3 novembre 2003, laquelle prévoit, selon elle, pour cette créance notamment, une reprise cumulative de dette.

Les défendeurs concluent au rejet des conclusions de la demanderesse. La convention du 3 novembre 2003 contiendrait selon eux un cautionnement, nul en l'espèce, faute de respect de la forme authentique. Ils se prévalent également de l'invalidation du 23 décembre 2003 de la convention pour erreur essentielle. A titre subsidiaire, ils invoquent notamment la compensation de leur éventuelle dette avec leur créance, soit le paiement par W.\_\_\_\_\_ SA des salaires des employés des mois de novembre 2003 à février 2004.

**II. a)** A titre préliminaire, il convient de préciser le droit de procédure applicable au présent jugement. Le Code de procédure civile suisse est en effet entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 afin de régler la procédure applicable devant les juridictions cantonales, notamment aux affaires civiles contentieuses (art. 1 let. a CPC, Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272). L'art. 404 al. 1 CPC dispose que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Cette règle

vaut pour toutes les procédures en cours, quelle que soit leur nature (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, publié in JT 2010 III 11, p. 19).

Aux termes de l'art. 166 du CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02), les règles de compétences matérielles applicables avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent applicables aux causes pendantes devant les autorités civiles ou administratives (Tappy, op. cit., p. 14).

**b)** En l'espèce, la présente procédure a été introduite par demande du 13 décembre 2004, soit avant l'entrée en vigueur du CPC. L'instance a donc été ouverte sous l'empire du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, dans sa version au 31 décembre 2010; RSV 270.11) et n'est pas close à ce jour. Il convient dès lors d'appliquer le CPC-VD à la présente cause. Les dispositions de la LOJV (Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, dans sa teneur au 31 décembre 2010; RSV 173.01), sont également applicables.

**III. a)** Selon l'art. 333 al. 1 CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220), si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose. La loi ne définit pas le transfert d'entreprise. Le Tribunal fédéral a néanmoins eu l'occasion de préciser cette notion. Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise (ATF 136 III 552 c. 2.1). Peu importe qu'il y ait ou non un lien de droit entre le premier exploitant et le second. Dans sa teneur actuelle, l'art. 333 al. 1 CO est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1994; il est le résultat de l'harmonisation avec le droit européen voulue par le législateur fédéral (ATF 132 III 32 c. 4.1 et c. 4.2.2.1; ATF 129 III 335 c. 6). Contrairement à la solution prévalant sous l'ancien droit, en cas de

transfert d'entreprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passent automatiquement à l'acquéreur, ceci même contre le gré de ce dernier (ATF 132 III 32 c. 4.2.1; ATF 127 V 183 c. 4d; ATF 123 III 466 c. 3b). Une véritable obligation de reprise incombe à l'acquéreur et il n'est pas possible de s'en écarter en concluant une convention dérogatoire entre l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend (ATF 132 III 32 c. 4.2.1 et c. 4.2.2.1ss). On ne peut toutefois parler d'un transfert d'entreprise que si l'unité conserve son identité quant à son but, son organisation et ses caractéristiques essentielles. L'identité est conservée lorsqu'il y a transfert de l'infrastructure, des moyens de production et de la clientèle, en vue de poursuivre une activité économique analogue (ATF 129 III 335 c. 2.1). Le transfert de l'entreprise s'entend donc au sens large, mais doit revêtir une forme juridique. Il peut s'agir d'une vente, d'un échange, d'une donation, d'un legs ou d'un apport à une société (Favre/Munoz/Tobler, Le contrat de travail annoté, 2<sup>eme</sup> éd., ch. 1.3 ad art. 333 CO et les réf. cit.).

Selon l'art. 333 al. 3 CO qui est une disposition impérative au sens de l'art. 362 al. 1 CO, l'ancien employeur et l'acquéreur répondent solidairement des créances du travailleur échues dès avant le transfert, jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin par suite de l'opposition du travailleur. Cette disposition règle donc les rapports externes, soit entre le travailleur, d'une part, et l'acquéreur et l'ancien employeur, d'autre part. La solidarité vaut même en cas de d'opposition du travailleur au transfert des rapports de travail. L'étendue de la solidarité doit être distinguée selon que les créances échues sont ou non exigibles au moment du transfert des rapports de travail. Pour toutes les créances exigibles avant le moment du transfert, la solidarité entre l'ancien employeur et l'acquéreur est illimitée, soit notamment pour les prétentions en paiement des arriérés de salaire et des heures supplémentaires (art. 321c al. 3 CO), les créances que le travailleur peut faire valoir en raison de la demeure de l'employeur (art. 324 CO), ou d'un empêchement non fautif de travailler (art. 324a et 324b CO), les créances en remboursement de frais (art. 327a et 327b CO), en paiement des vacances (art. 329 al. 2 CO), en paiement de la rétribution spéciale

équitable de l'art. 322 al. 4 CO, en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif (art. 336a CO), en paiement du salaire ou de l'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée (art. 337c CO) et en paiement de l'indemnité à raison des longs rapports de travail (art. 339b CO) (Wyler, Droit du travail, 2<sup>ème</sup> éd., p. 413s).

Une solidarité légale limitée dans le temps existe également pour les créances non exigibles au moment du transfert, mais dont l'origine trouve sa source dans les obligations contractées avant le transfert. On distingue à cet égard le cas où le travailleur s'oppose au transfert du cas où il l'accepte (Wyler, op. cit., p. 414).

Dans la première hypothèse, la solidarité prend fin à l'expiration du délai de congé légal. Selon la doctrine dominante, ce délai est prolongé par le temps de réflexion d'un mois accordé au travailleur pour former opposition. La solidarité porte donc sur toutes les créances du travailleur qui prendront naissance jusqu'à l'expiration des rapports de travail, soit à l'échéance des délais prévus par l'art. 335c al. 1 CO (Wyler, *ibidem*).

Dans le second cas, la solidarité s'étend jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin. S'il s'agit d'un contrat de durée déterminée, la solidarité se terminera à l'expiration du terme du contrat, mais au plus tard à l'échéance du délai de dix ans prévu par l'art. 334 al. 3 CO. S'il s'agit d'un contrat de durée indéterminée, la solidarité se terminera à la première échéance fictive du délai contractuel, ou, à défaut, légal, de résiliation, calculée dès la date du transfert. Cette solidarité porte sur toutes les créances nées durant les rapports de travail et qui trouvent leur origine dans un acte conclu avec le cédant (Wyler, *ibidem*).

Cela implique de déterminer si le travailleur était titulaire d'une créance envers l'ancien employeur, dont la source est née déjà avant le transfert d'entreprise; si l'entreprise a contracté de nouvelles obligations contractuelles après le transfert, celles-ci ne peuvent entraîner

la responsabilité solidaire de l'ancien employeur [TF 4C\_396/2004 du 22 mars 2006 c. 3.3, DTA (Revue de droit du travail et d'assurance-chômage) 2006, p. 184; Wyler, *ibidem*].

**b)** La créance de la demanderesse s'insère dans un contexte contractuel de transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Sur le plan des rapports externes, W.\_\_\_\_\_ SA et S.\_\_\_\_\_ SA ont signé une convention le 25 septembre 2003 avec effet au 31 octobre suivant. Les rapports de travail ont donc passé à la demanderesse avec tous les droits et obligations qui en découlent. A cette date, en vertu de l'art. 333 al. 3 CO, est né un rapport de solidarité passive, parfaite et légale, au sens de l'art. 143 al. 2 CO pour, d'une part, les créances des employés repris exigibles au 31 octobre 2003, et, d'autre part, celles des employés repris exigibles après le 31 octobre 2003, mais relatives à des obligations nées avant le transfert.

Il est établi que le 12 janvier 2004, la demanderesse a versé la somme de 432'155 fr. 20 aux employés de W.\_\_\_\_\_ SA. Cette somme a été versée à titre de treizième salaire, pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 octobre 2003. Le treizième salaire n'étant dû qu'à la fin de l'année, celui-ci n'était pas encore exigible au moment du transfert. Il trouve néanmoins son origine dans des obligations contractées avant le transfert. La solidarité qui lie S.\_\_\_\_\_ SA et W.\_\_\_\_\_ SA pour cette créance est donc limitée en temps. Cependant, l'existence d'oppositions d'employés et, à défaut d'opposition, de contrats de durée déterminée ou indéterminée, d'une convention collective de travail, de délais de congé contractuels plus longs que ceux prévus par la loi ou tout autre élément mettant fin au régime de solidarité n'a pas été établi. Il est donc tenu pour constant que cette créance était due solidairement par les deux sociétés.

**IV. a)** Sur le plan des rapports internes, l'art. 148 al. 1 CO prévoit que chacun des débiteurs solidaires doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier, si le contraire ne résulte de leurs obligations. Celui qui paie au-delà de sa part a, pour l'excédent, un recours

contre les autres (al. 2). L'action récursoire porte sur l'excédent, soit sur le montant qui excède la quote-part du débiteur-payeur (al. 3). Cette disposition ne s'applique cependant qu'à défaut d'une autre clé de répartition, conventionnelle ou légale entre codébiteurs (Romy, *in* Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, art. 1 à 529 CO, 2<sup>ème</sup> éd., n. 2 ad art. 148 CO, p. 1088).

**b)** En l'espèce, selon la convention du 3 novembre 2003, W.\_\_\_\_\_ SA s'est engagée à garantir un montant dû pour les vacances, les heures supplémentaires et la part de treizième salaire à hauteur de 10/12, soit au maximum la somme de 262'000 fr. pour les deux premiers postes, et 833'000 fr. pour le dernier. Les parties ont donc prévu, pour certaines créances, une clé de répartition dérogeant à la règle de répartition par moitié de l'art. 148 al. 1 CO, en ce sens que le droit de recours de la demanderesse est ici de 100 %. W.\_\_\_\_\_ SA doit, par conséquent, supporter l'entier de la somme versée par la demanderesse aux employés le 12 janvier 2004, soit 432'155 fr. 20.

**V. a)** Par courrier du 23 décembre 2003, W.\_\_\_\_\_ SA a invalidé la convention du 3 novembre 2003 pour erreur essentielle. A l'appui de cette déclaration d'invalidation, elle invoque que le respect des engagements, tant par S.\_\_\_\_\_ SA que par B.R.\_\_\_\_\_ et A.R.\_\_\_\_\_, était une condition essentielle qui l'a déterminée à conclure cette convention.

**b)** Aux termes de l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle. Il ressort de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO que l'erreur est essentielle notamment lorsqu'elle porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat. Pour que ce cas d'erreur essentielle soit réalisé, il faut tout d'abord que le cocontractant puisse se rendre compte, de bonne foi, que l'erreur de l'autre partie porte sur un fait qui était objectivement de nature à déterminer la partie à conclure le contrat ou à le conclure aux

conditions convenues; il faut encore, en se plaçant du point de vue de la partie qui était dans l'erreur, que l'on puisse admettre subjectivement que son erreur l'a effectivement déterminée à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues (ATF 135 III 537 c. 2.2, SJ 2009 I 477; ATF 132 III 737 c. 1.3; ATF 129 III 363 c. 5.3, JT 2004 II 16). En revanche, une erreur qui concerne uniquement les motifs du contrat n'est pas essentielle (art. 24 al. 2 CO). Elle consiste certes en une fausse représentation de la réalité, mais porte sur les motifs de la conclusion du contrat; celui qui s'est trompé doit en supporter les conséquences (TF 4C\_335/2005 du 13 octobre 2006, op. cit., c. 2.1). En effet, les raisons extérieures ne visent pas le consentement réciproque des parties, mais relèvent de la motivation personnelle de chacun. C'est pourquoi, une erreur sur les motifs n'est pas considérée comme essentielle. Et même si le contractant en informe le partenaire, le motif ne fait pas partie du contrat. S'il veut le faire dépendre de ces motifs particuliers, il faudra qu'il les formule en tant que condition selon l'art. 151 CO (Schmidlin, *in* Thévenoz/Werro (éd.), op. cit., n. 94s ad art. 24 CO, p. 240).

**c)** En l'espèce, l'erreur invoquée par les défendeurs concerne uniquement les motifs qui ont décidé W. \_\_\_\_\_ SA à signer la convention, soit le respect des engagements par la demanderesse. L'erreur est donc une erreur sur les motifs, qui n'est pas essentielle. Elle ne peut, par conséquent, invalider la convention du 3 novembre 2003.

**VI. a)** La demanderesse réclame le paiement de sa créance à A.K. \_\_\_\_\_ et A.L. \_\_\_\_\_ en se fondant sur la convention du 3 novembre 2003, plus précisément sur la mention "Persönlich solidarisch" laquelle constituerait une reprise cumulative de dette. Les défendeurs soutiennent, quant à eux, que l'engagement est un cautionnement, nul en l'espèce, faute de respect de la forme authentique.

**b)** Selon la jurisprudence, une personne peut garantir le paiement d'un tiers débiteur par l'intermédiaire de plusieurs instruments

juridiques, tels que la reprise cumulative de dette, le cautionnement ou le porte-fort.

**aa)** Dans le cas de la reprise cumulative de dette, le reprenant fait sien l'engagement d'autrui et devient, à ses côtés, le débiteur principal. Elle intervient alors que le débiteur s'est déjà engagé et naît par la déclaration du garant au créancier qu'il pourra être recherché au même titre et pour les mêmes prestations que le débiteur: ils sont alors tenus solidairement selon l'art. 143 al. 1 CO, de sorte que le créancier est désormais en présence de deux débiteurs solidaires (TF 4C\_24/2007 du 26 avril 2007 c. 5 et réf. cit.; TF 4C\_166/2004 du 16 septembre 2004 c. 5.2.2 et réf. cit.; ATF 129 III 702 c. 2.2, JT 2004 I 535). La reprise cumulative de dette suppose que le reprenant ait un intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation ou qu'il en retire personnellement un avantage (SJ 2000 306 c. 1a; Tercier, Les contrats spéciaux, 4<sup>ème</sup> éd., n. 6800s, p. 1028). L'intérêt économique du reprenant constitue donc un élément caractéristique de la reprise cumulative de dette. Non réglementée par la loi, cette garantie est un acte non formel fondé sur la liberté contractuelle (TF 4C\_166/2004 du 16 septembre 2004, op. cit., c. 5.3 et 5.2.2 et les réf. cit.; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>ème</sup> éd., p. 904).

**bb)** Le cautionnement est un contrat par lequel une personne (la caution) s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur (art. 492 CO). Le cautionnement, qui ne peut exister que sur une obligation valable (al. 2 CO), constitue une adjonction à l'engagement dépendant ainsi de son existence et de 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 et les réf. cit.). La caractéristique essentielle du cautionnement réside donc dans l'accessoriété, c'est-à-dire le lien de dépendance de l'engagement de la caution à l'égard de l'obligation du débiteur principal. Dans le cautionnement, le garant assure la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat. La jurisprudence voit un indice en faveur du cautionnement dans le fait que l'obligation corresponde exactement à celle du débiteur

principal et qu'elle soit définie entièrement par référence à celle-ci (SJ 2000 306 c. 1a).

Le cautionnement solidaire prévu par l'art. 496 CO crée une obligation primaire. Le créancier peut rechercher la caution avant de poursuivre le débiteur principal et sans être tenu de réaliser préalablement les gages immobiliers. Le cautionnement solidaire ne doit pas être confondu avec les obligations solidaires qui existent chacune indépendamment de l'autre. Débiteur principal et caution solidaire ne sont pas à proprement parler des débiteurs solidaires, même si le créancier peut réclamer de chacun l'entier de la prestation qui leur incombe. Les exceptions que la caution solidaire peut opposer aux créanciers ne sont pas celles des art. 145 et 147 CO, mais celles des art. 502, 503 et 509 CO. Le terme solidaire appliqué à la caution signifie simplement, par opposition à la caution simple, que le créancier peut la rechercher sans s'exposer aux bénéfices de discussion appartenant à la caution simple (Tercier, op. cit., n. 6823s, p. 1031).

Le cautionnement, comme la reprise cumulative de dette, renforce la position du créancier et reposent souvent sur des considérations économiques identiques. Ces deux institutions diffèrent, en revanche, quant aux conditions de forme. La validité de la reprise de dette n'est subordonnée à aucune forme (ATF 129 III 702 c. 2.2, JT 2004 I 535), alors que le cautionnement requiert la forme authentique selon l'art. 493 al. 2 CO. La distinction entre le cautionnement, de caractère accessoire, et la reprise cumulative de dette, engagement de nature indépendante, repose également sur le fait qu'à l'inverse de la caution, le reprenant a d'ordinaire un intérêt propre et reconnaissable à l'affaire conclue entre le débiteur principal et le créancier et pas seulement un intérêt à garantir le paiement de la dette primitive (ATF 129 III 702 c. 2.6, JT 2004 I 535; TF 4C\_24/2007 du 26 avril 2007, rés. in SJ 2008 I 29).

**cc)** Selon l'art. 111 CO, celui qui se porte fort promet au stipulant le fait d'un tiers et s'engage à lui payer des dommages-intérêts si ce tiers ne s'exécute pas. Il existe une sorte de porte-fort qui est analogue

au cautionnement, en ce sens que le fait promis consiste en l'exécution d'une obligation d'un tiers envers le stipulant ou le garanti (ATF 113 II 434, JT 1988 I 185). 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\_290/2007 du 10 décembre 2007 c. 6.1, SJ 2000 306 c. 1a, réf. cit.; Tercier, op. cit., n. 7141ss, p. 1072ss). Le dommage à réparer consiste dans la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est et telle qu'elle serait si le tiers avait eu le comportement promis. Dans la promesse de porte-fort analogue au cautionnement, lorsque le cas de garantie se réalise, le bénéficiaire obtient alors deux créances : l'une contre le tiers pour inexécution et l'autre contre le promettant au titre de porte-fort. Il n'y a pas de solidarité entre les débiteurs (art. 143 CO), ni de subsidiarité entre les deux dettes, mais un concours de prétentions contractuelles. Le stipulant peut alors agir à son gré contre le tiers ou contre le promettant. Il ne saurait cumuler les indemnités au-delà de son dommage (TF 4A\_290/2007, op. cit., c. 6.2)

L'intérêt du garant à l'affaire est un indice important pour distinguer le cautionnement du porte-fort (ATF 129 III 702 c. 2.6, JT 2004 I 535). La jurisprudence voit également un indice en faveur d'un engagement autonome si la somme que le garant s'engage à payer ne correspond pas à celle due par le débiteur principal ou n'est pas définie par référence à celle-ci (ATF 113 II 434 c. 2b, JT 1988 I 185), si l'engagement est pris à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra pas s'exécuter (TF 4C\_19/1988 du 25 juillet 1988, SJ 1988 p. 553 c. 1c/aa) ou si l'on peut penser que l'engagement aurait été pris même si l'obligation du débiteur principal n'existait pas, était nulle ou invalidée (ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635).

**c)** Lorsqu'il est amené à qualifier ou interpréter un contrat, le juge doit s'efforcer tout d'abord de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des

parties ne peut être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon le principe de la confiance. Il doit alors rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances, selon le principe de l'interprétation dite objective. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Les circonstances pertinentes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté à l'exclusion des événements postérieurs à la conclusion du contrat (TF 4A\_302/2008 du 20 novembre 2008 c. 4.2 et réf. cit.).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte qu'une interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a toutefois pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (TF 4A\_302/2008, op. cit., c. 4.2 et réf. cit.).

**d)** En l'espèce, l'état de fait tel qu'exposé ci-dessus ne permet pas de déterminer la réelle et commune intention des parties. Il convient par conséquent de procéder à une interprétation objective, afin de déterminer la nature de l'engagement que les parties ont pris, soit en examinant comment notamment la mention "Persönlich solidarisch" figurant au dessus des signatures des défendeurs dans la convention du 3 novembre 2003 pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances.

Tout d'abord, il n'apparaît pas que les parties aient voulu assumer une obligation même dans le cas où celle de leur société se serait avérée nulle ou inexistante. Les parties n'avaient manifestement pas en vue une obligation indépendante de celle des deux sociétés concernées.

Le recours au terme "solidairement", traduit de l'allemand, mentionné une première fois sous chiffre 1 de ladite convention, puis une seconde fois au-dessus des signatures, exclut toute ambiguïté à ce sujet. Le porte-fort doit donc être exclu.

On peut également exclure le cautionnement. En effet, l'engagement personnel et solidaire des deux défendeurs est intervenu plus d'un mois après que l'acte de vente ait été passé. Les engagements garantis sont directement issus de ce contrat. De plus, les défendeurs avaient un intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation, qui est précisément une des caractéristiques importantes de la reprise cumulative de dette. Cette garantie doit être retenue au détriment du cautionnement. En signant la convention du 3 novembre 2003, les défendeurs ont donc fait leur l'engagement de W. \_\_\_\_\_ SA portant sur le montant dû pour les vacances, heures supplémentaires et la part du treizième salaire. Ils sont devenus, par conséquent, débiteurs solidaires aux côtés de la société. C'est donc à juste titre que la demanderesse a exercé son droit de recours à l'encontre des défendeurs pour la somme de 432'155 fr. 20.

**VII.**        **a)** Les défendeurs, créanciers cessionnaires des droits de la masse de G. \_\_\_\_\_ en liquidation par acte du 23 mars 2009, invoquent à titre subsidiaire, la compensation de leur éventuelle dette avec leur créance découlant du paiement par W. \_\_\_\_\_ SA des salaires des employés du mois de novembre 2003 au mois de février 2004, pour un montant de 416'891 fr. 37, selon expertise.

La demanderesse soutient, quant à elle, que, d'une part, la déclaration de compensation est tardive, celle-ci devant être invoquée au plus tard au moment du dépôt de l'état de collocation, et, d'autre part, que la jurisprudence impose que lorsque la masse en faillite entend opposer, à une créance produite, la compensation avec une créance du failli, elle doit écarter cette créance de l'état de collocation jusqu'à concurrence de la créance du failli.

**b)** L'examen de l'existence (aa) et de la nature (bb) de la créance des défendeurs est le même que celui effectué précédemment pour la créance de la demanderesse.

**(aa)** Dans son complément d'expertise, l'expert a constaté que les salaires pour ladite période avaient bien été payés par W. \_\_\_\_\_ SA aux employés, mais que la somme de 456'929 fr. 97, refacturée à la demanderesse, comprenait un excédent de 40'038 fr. 60. Selon lui, le montant total facturable par W. \_\_\_\_\_ SA à la demanderesse s'élève à 416'891 fr. 37. Il n'y a pas lieu de s'écarter de ces montants.

**(bb)** La prétention des défendeurs s'insère également dans un contexte de contrat de transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. La créance en salaire des mois de novembre 2003 à février 2004 n'était pas exigible au moment du transfert d'entreprise. Elle trouve néanmoins son origine dans les obligations contractées avant le transfert. L'acquéreur et l'ancien employeur sont donc également liés par une solidarité limitée dans le temps. Et là encore, il doit être tenu pour constant que cette somme était due solidairement par la demanderesse et W. \_\_\_\_\_ SA étant donné qu'aucun élément mettant fin à la solidarité n'a été établi.

Sur le plan des rapports internes, la convention du 3 novembre 2003 prévoit également pour ce poste une clé de répartition dérogeant à l'art. 148 CO. En effet, selon son chiffre 2, la demanderesse garantit à W. \_\_\_\_\_ SA le paiement du personnel jusqu'au départ de celui-ci, et, pour ceux qui ont été repris, jusqu'à un montant de 476'000 fr. (au total 220 personnes). Le droit de recours de W. \_\_\_\_\_ SA étant par conséquent de 100 %, la somme de 416'891 fr. 37 est entièrement à la charge de la demanderesse.

**c)** S'agissant de la compensation, la loi dispose que lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles (art. 120 al. 1 CO). Le débiteur peut opposer la compensation, même si sa

créance est contestée (al. 2). La compensation est donc soumise à plusieurs conditions, soit la réciprocité des créances (aa), l'exigibilité de la créance compensante (bb), l'invocabilité de celle-ci en justice (cc), l'identité des prestations dues (dd), et l'absence d'exclusion (ee) (Jeandin, *in* Thévenoz/Werro (éd.), op. cit., n. 1ss, p. 938ss). La déclaration nécessaire selon l'art. 124 al. 1 CO est un acte unilatéral soumis à réception. Elle n'est assujettie à aucune exigence de forme et peut résulter d'actes concluants (TF 4A\_23/2001 du 23 mars 2011 c. 3.2).

**aa)** Au début de l'année 2004, W. \_\_\_\_\_ SA et S. \_\_\_\_\_ SA étaient bien à la fois débitrice et créancière l'une de l'autre. L'exigence de réciprocité est donc remplie.

**bb)** L'exigibilité de la créance ne concerne que la créance compensante. Ainsi le débiteur peut compenser sa dette uniquement avec une créance dont il est en droit de réclamer le paiement (Jeandin, *in* Thévenoz/Werro (éd.), op. cit., n. 8 ad art. 120 CO, p. 940). Selon l'art. 75 CO, à défaut de terme stipulé ou résultant de l'affaire, l'obligation peut être exécutée tout de suite et l'exécution peut en être exigée immédiatement.

En l'occurrence, la créance de W. \_\_\_\_\_ SA n'ayant pas de terme particulier, cette dernière pouvait immédiatement en exiger le paiement.

**cc)** L'invocabilité en justice de la créance compensante présuppose que l'exercice du droit de celui qui invoque la compensation ne soit pas paralysé par une exception ou encore qu'il ne s'agisse pas d'une obligation naturelle (Jeandin, *in* Thévenoz/Werro (éd.), op. cit., n. 9 ad art. 120 CO, p. 940).

En l'espèce, n'ayant pas été paralysée par quelques exceptions que ce soit, la créance de W. \_\_\_\_\_ SA est bien déductible en justice.

**dd)** L'identité des prestations est donnée lorsqu'on se trouve notamment en présence de deux dettes d'argent, ce qui est le cas en l'espèce.

**ee)** Certaines créances, bien que compensables sur la base des critères cités précédemment, ne le sont pas en vertu de la loi (art. 125 CO) ou en vertu d'une clause d'effectivité prévoyant impérativement l'exécution de l'une ou l'autre des prestations (Jeandin, *in* Thévenoz/Werro (éd.), op. cit., n. 16 ad art. 120 CO, p. 942).

Les créances des parties relevant toutes deux du contrat de transfert d'entreprise, l'art. 323b al. 2 CO qui concerne les créances du travailleur, ne saurait trouver application dans le cas présent. Il n'y a pas de cause d'exclusion.

Les conditions de la compensation sont donc remplies.

**ff)** La compensation a fait l'objet de trois déclarations distinctes, soit les 19 décembre 2003, 6 avril 2004 et 11 juin 2007. Le moment où celle-ci s'est opérée doit donc être déterminé.

Lors de la déclaration du 19 décembre 2003, la demanderesse n'avait pas encore procédé au versement de la somme qui fait l'objet de la demande. Il n'existait donc pas, à ce moment-là, de créances réciproques permettant une compensation. Le versement de la demanderesse ayant eu lieu le 12 janvier 2004, ce n'est qu'en date du 6 avril 2004 que la compensation a pu s'opérer de plein droit. La faillite de Q.\_\_\_\_\_ ayant été prononcée le 9 février 2006, soit bien après, n'a pas affecté la compensation. Les griefs de la demanderesse doivent donc être rejetés.

Conformément l'art. 124 al. 2 CO, la compensation a produit un effet extinctif de manière rétroactive, de sorte que la dette de la demanderesse a cessé d'exister, à concurrence du montant de la créance compensante, depuis le jour où elle était compensable, laissant ainsi

subsister une créance d'un montant de 15'263 fr. 83 en sa faveur (432'155 fr. 20 - 416'891 fr. 37).

**VIII.** En vertu de l'art. 92 al. 1 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Lorsque aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC-VD). Ces dépens comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986. Les débours consistent dans le paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée (timbres, taxes et estampilles).

Obtenant en faible partie gain de cause, la demanderesse a droit à des dépens réduits de 4/5, à la charge des défendeurs, solidairement entre eux, qu'il convient d'arrêter à 8'643 fr., savoir :

- a 7'000 fr à titre de participation aux honoraires de  
) . son conseil;
- b 350 fr pour les débours de celui-ci;  
) .
- c) 1'293 fr en remboursement de 1/5 de son coupon  
 . de justice.

**Par ces motifs,  
la Cour civile,  
statuant à huis clos  
en application de l'art. 318a CPC,  
p r o n o n c e :**

- I. Les défendeurs A.K.\_\_\_\_\_ et A.L.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux, doivent payer à la demanderesse S.\_\_\_\_\_ SA la somme de 15'263 fr. 80 (quinze mille deux cent soixante-trois

francs et huitante centimes) avec intérêt à 5 % l'an dès le 25 juin 2004 en ce qui concerne le défendeur A.L.\_\_\_\_\_ et dès le 12 août 2004 en ce qui concerne le défendeur A.K.\_\_\_\_\_.

**II.** Les frais de justice sont arrêtés à 6'465 fr. (six mille quatre cent soixante-cinq francs) pour la demanderesse et à 26'500 fr. 85 (vingt-six mille cinq cents francs et huitante-cinq centimes) pour les défendeurs, solidairement entre eux.

**III.** Les défendeurs, solidairement entre eux, verseront à la demanderesse le montant de 8'643 fr. (huit mille six cent quarante-trois francs) à titre de dépens.

**IV.** Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :

Le greffier :

P. Muller

F. Boryszewski

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 6 juin 2012, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les trente jours dès la notification du présent jugement en déposant auprès de l'instance d'appel un appel écrit et motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier.

Le greffier :

F. Boryszewski