

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 19 octobre 2012

Présidence de M. HACK, président
Juges : MM. Bosshard et Sauterel
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 82 LP et 493 al. 2 CO

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **Y.M. _____ SA**, à Crans-Montana (VS), contre le prononcé rendu le 10 avril 2012, à la suite de l'audience du 20 mars 2012, par le Juge de paix du district de Lausanne, dans la cause opposant la recourante à **G. _____**, à Romanel-sur-Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 4 novembre 2011, à la réquisition d'Y.M. _____ SA, l'Office des poursuites du district de Lausanne a notifié à G. _____ un commandement de payer la somme de 103'149 fr. 65, plus intérêt à 5 % l'an dès le 28 février 2011, dans le cadre de la poursuite n° 5'983'064, indiquant comme titre de la créance et cause de l'obligation : "Avenant n° 1 au contrat de prêt du 4 septembre 2009, engagement solidaire de G. _____ et R. _____ ; contrat de prêt entre Y.N. _____ SA et Y.M. _____ SA du 3 septembre 2009." La poursuivie a formé opposition totale.

b) Le 15 novembre 2011, la poursuivante a saisi le Juge de paix du district de Lausanne d'une requête, concluant, sous suite de frais et dépens, à la mainlevée de l'opposition à concurrence du montant réclamé en capital, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2011. Outre le commandement de payer précité, la requérante a produit notamment les pièces suivantes :

- un extrait du Registre du commerce du Valais central la concernant;

- un extrait de la Feuille officielle suisse du commerce relatif à la société Y.N. _____ SA devenue depuis le 26 avril 2011 D. _____ SA et dont le siège social a été transféré de Lausanne à Bursinel;

- un extrait du registre du commerce concernant la société D. _____ SA dont l'administratrice, avec signature individuelle, est la poursuivie G. _____;

- une copie d'un contrat de prêt signé le 3 septembre 2009 entre les sociétés Y.N. _____ SA, représentée par son administratrice unique G. _____, et Y.M. _____ SA, par lequel la seconde a accordé à la première un prêt d'un montant de 103'149 fr. 65 dont celle-ci se reconnaissait débitrice, le contrat précisant qu'à la date de la signature, Y.M. _____ SA avait déjà consenti des avances à des fournisseurs pour le

compte d'Y.N._____SA pour la somme de 103'149 fr. 65, selon une liste annexée, dont Y.N._____SA donnait quittance. Ce prêt était consenti avec un taux d'intérêt à 5 % l'an à compter du 1^{er} septembre 2009 et l'amortissement et le remboursement du prêt, en principal et intérêts, devait intervenir en fonction des liquidités disponibles, mais au plus tard le 28 février 2010. Enfin, en garantie de ce prêt, Y.N._____SA remettait à Y.M._____SA un billet à ordre d'un montant de 120'000 francs. En préambule à ses articles, le contrat de prêt mentionne ce qui suit : " Y.M._____SA est actionnaire minoritaire de la société Y.N._____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.";

- un avenant "n° 1" signé le 4 septembre 2009, par lequel G._____ et son époux R._____ se sont reconnus co-débiteurs solidaires des engagements souscrits dans le contrat de prêt de 103'149 fr. 65 passé le 3 septembre 2009 entre Y.M._____SA et Y.N._____SA, annexé pour faire partie intégrante de l'avenant, et ont déclaré comprendre et accepter sans réserve toutes les dispositions de ce contrat de prêt;

- une copie du commandement de payer notifié le 4 novembre 2011 à la réquisition de la poursuivante au mari de la poursuivie pour le même montant.

c) Le 19 mars 2012, la poursuivie a adressé au premier juge des déterminations, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête, accompagnées d'un onglet de trois pièces sous bordereau contenant, outre une procuration, deux ordres de versement de la part d'Y.N._____SA en faveur d'Y.M._____SA, le premier, du 11 novembre 2010, d'un montant de 15'200 fr. 50, et le second, du 16 décembre 2010, d'un montant de 15'000 fr., les deux ordres comportant l'indication "remboursement prêt".

2. Par prononcé du 10 avril 2012, rendu à la suite d'une audience tenue contradictoirement le 20 mars 2012, le Juge de paix du district de Lausanne a rejeté la requête de mainlevée d'opposition, arrêté à 660 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais effectuée par la poursuivante, les a mis à la charge de celle-ci et dit qu'elle devait verser à la poursuivie la somme de 2'000 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel.

La poursuivante ayant requis la motivation en temps utile, le 12 avril 2012, les motifs du prononcé ont été adressés pour notification aux parties le 14 mai 2012. Les conseils des parties les ont reçus le lendemain. En substance, le premier juge a considéré que la poursuivie avait rendu vraisemblable qu'elle ne pouvait pas, compte tenu de ses connaissances, percevoir la portée de la distinction juridique subtile existant entre un engagement solidaire et un cautionnement et qu'en cas de doute, la préférence devait aller au cautionnement, ce dernier étant nul faute de revêtir la forme authentique.

3. La poursuivante a recouru par mémoire du 25 mai 2012 concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme du prononcé en ce sens que la mainlevée provisoire de l'opposition à la poursuite en cause est prononcée et, subsidiairement, à l'annulation du prononcé et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision.

Dans un mémoire de réponse du 9 juillet 2012, la poursuivie a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. Le recours a été introduit auprès de l'instance compétente (art. 321 al. 1 CPC [Code de procédure civile; RS 272]) et en temps utile,

dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC. Il est écrit et motivé et contient des conclusions tendant au rejet de la requête de mainlevée et au maintien de l'opposition (sur l'exigence de conclusions : cf. Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/Afheldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c. 4, rés. in JT 2012 I 373). Le recours est ainsi recevable.

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

Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme déterminée, ou aisément déterminable, et échue (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 29 ad art. 82 LP; ATF 136 III 627 c. 2; ATF 136 III 624 c. 4.2.2; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre de mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP).

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).

En l'espèce, l'intimée a signé le 4 septembre 2009 un document dans lequel elle se reconnaît débitrice, solidairement avec son mari, des engagements souscrits dans le contrat de prêt de 103'149 fr. 65 passé entre la recourante et Y.N. _____ SA. Ce document constitue en principe un titre de mainlevée provisoire.

b) En vertu de l'art. 82 al. 2 LP, le juge prononce la mainlevée provisoire de l'opposition, à moins que le débiteur ne rende vraisemblable sa libération. La vraisemblance du moyen libératoire suffit à mettre en échec la requête de mainlevée provisoire (Gilliéron, op. cit., n. 82 ad art. 82 LP). Cela signifie que les faits pertinents doivent simplement être vraisemblables : le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits; il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 132 III 140 précité c. 4.1.2, rés. in JT 2006 II 187; TF 5A_652/2011 du 28 février 2012 c. 3.2.2; CPF, 25 novembre 2010/452 et les références citées; Staehelin, Basler Kommentar, nn. 87 à 89 ad art. 82 LP et les références citées). Parmi les moyens libératoires figurent ceux que le juge peut ou doit relever d'office, notamment ceux de la violation de règles impératives prescrites à peine de nullité, en particulier les règles de formes imposées par l'art. 493 CO pour la validité d'un acte de cautionnement (Gilliéron, op. cit., nn. 75 et 81 ad art. 82 LP).

aa) 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, 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 (ATF 129 III 702 c. 2.1, JT 2004 I 535; TF 4C.24/2007 du 26 avril 2007 c. 5).

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 précité).

En cas de cautionnement, la caution s'engage envers le créancier principal 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).

La jurisprudence voit un indice en faveur d'un engagement indépendant - porte-fort - 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 128 III 295 c. 2d/bb et la référence citée), si l'engagement est pris à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter (ATF 128 III 295 c. 2d/bb précité; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635 précité; TF 4C.19/1988 du 25 juillet 1988 c. 1c/aa, publié in SJ 1988 p. 553) 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 128 III 295 c. 2d/bb précité; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635 précité). Inversement, elle voit plutôt un indice en faveur du cautionnement, soit d'un engagement accessoire, lorsque l'obligation du garant correspond exactement à celle du débiteur principal et qu'elle est définie entièrement par référence à celle-ci (ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635 précité).

bb) La différence entre cautionnement 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 c. 2.2, JT 2004 I 535).

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 précité). 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).

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).

cc) Dans un arrêt du 26 avril 2007, au sujet des conditions de validité de l'engagement solidaire d'une personne physique, le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit (TF 4C. 24/2007 c. 5) :

"Lorsque, comme en l'espèce, 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 sûreté 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 cautionnement (ATF 129 III 702 c. 2.4.2. et 2.4.3 p. 708). 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 (ATF 129 III 702 c. 2.6 p. 710).

Le crédit ouvert par la demanderesse était destiné au fonds de roulement et donc aux opérations d'une société anonyme dont les trois défendeurs étaient actionnaires et administrateurs. Leur intérêt personnel et matériel, dans cette affaire, est donc indiscutable; d'un point de vue économique, ils n'intercédaient pas pour un tiers débiteur mais ils agissaient aux fins de leur propre activité commerciale. Ainsi, la Cour de justice retient à bon droit qu'ils se sont engagés solidairement avec cette société anonyme, conformément aux termes de leur accord avec la demanderesse. Pour contester leur intérêt personnel, les défendeurs se réfèrent à un précédent (ATF 125 III 305) où le garant, qui était certes l'actionnaire unique de la société débitrice, n'avait pas déclaré s'engager solidairement avec cette dernière; il avait fait une promesse de porte-fort qui, faute d'être indépendante de l'obligation garantie, était en réalité un cautionnement. Dans ce contexte juridique différent, l'arrêt indique textuellement que l'existence ou l'inexistence d'un intérêt propre et direct du garant, dans l'affaire conclue avec le créancier, ne jouait pas de rôle décisif (ATF 125 III 305 p. 310 in fine). Contrairement à l'argumentation présentée, on ne peut donc pas déduire de cet arrêt que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'actionnaire d'une société ne poursuit pas un intérêt personnel et matériel lorsqu'il garantit une obligation de cette même société.

L'engagement des défendeurs n'étant pas soumis aux règles du cautionnement, l'art. 493 al. 2 CO ne fait pas obstacle à l'action intentée contre eux."

c) En l'espèce, pour obtenir la mainlevée de l'opposition sur la base du document signé par l'intimée le 4 septembre 2009, la recourante devait donc établir, par pièces, soit que l'intimée était rompue aux contrats de sûretés et connaissait le vocabulaire juridique suisse usité dans ce domaine, soit qu'elle connaissait réellement la portée de son engagement ainsi que les motifs ayant détourné les parties de conclure un contrat de cautionnement, soit encore qu'elle était actionnaire de la société Y.N. _____ SA.

La recourante n'a pas produit de pièces d'où il résulterait que l'intimée était rompue aux contrats de sûretés et connaissait le vocabulaire juridique suisse usité dans ce domaine. On ne peut tenir pour une telle preuve la simple mention sur l'avenant au contrat de prêt que les signataires déclarent comprendre et accepter sans réserve toutes les dispositions de ce contrat. La première hypothèse n'est donc pas réalisée.

Les motifs ayant détourné les parties de conclure un contrat de cautionnement ne figurent pas sur le document du 4 septembre 2009, si bien que la deuxième hypothèse n'est pas non plus réalisée.

Quant à la troisième hypothèse, la qualité d'actionnaire de la société Y.N. _____ SA de l'intimée, qui en est l'administratrice unique, n'est pas établie par pièce. Il ressort du contrat de prêt que le capital-actions de la société étaient répartis entre deux actionnaires, l'actionnaire minoritaire, soit la recourante, et un "autre actionnaire majoritaire" ayant "déjà consenti à des mises de fonds à la limite de ses moyens". La liste des avances consenties par la recourante, annexée au contrat de prêt pour en justifier le montant, comprend un poste "écolage G. _____ GastroVaud" d'un montant de 5'120 fr. à la date du 27 août 2009. Cela signifie que la société a emprunté pour payer l'écolage de son administratrice unique à des cours prodigués par l'association GastroVaud, vraisemblablement en vue de l'obtention d'une licence d'établissement, ce qui s'inscrit dans le but social d'Y.N. _____ SA, soit l'exploitation de bars, dancing et cafés-restaurants. On peut dès lors considérer qu'un certain lien économique existe entre la société et son administratrice, ce qui constitue un indice dans le sens d'une qualification de reprise cumulative de dette de l'engagement pris. Toutefois, la qualité d'actionnaire de l'intimée n'est pas établie avec une sûreté suffisante pour admettre l'existence d'un engagement solidaire à l'exclusion d'un cautionnement. La mainlevée provisoire de l'opposition ne peut dès lors être prononcée sur la base de la reconnaissance de dette du 4 septembre 2009, laquelle ne constitue pas un cautionnement valide, faute de revêtir la forme authentique. La solution aurait pu être différente, sous réserve d'autres moyens libératoires, si la qualité d'actionnaire de l'intimée avait été établie,

d) Vu ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner le second moyen libératoire de l'intimée, qui soutient que la recourante n'a pas établi avoir remis les fonds à la débitrice principale.

III. Le recours doit ainsi être rejeté et le prononcé confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance sont arrêtés à 900 fr. et mis à la charge de la recourante, qui en a déjà fait l'avance. Celle-ci doit en outre verser à l'intimée la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 (neuf cents francs), sont mis à la charge de la recourante.
- IV.** La recourante Y.M. _____ SA doit verser à l'intimée G. _____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 19 octobre 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 Christophe Sivilotti, avocat (pour Y.M. _____ SA),
- Me Vivian Kühnlein, avocat (pour G. _____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 103'149 fr. 65.

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 de Lausanne.

La greffière :