

# VD\_FINDINFO ML / 2019 / 229 vom 20. Dezember 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-12-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ML\\_\\_\\_2019\\_\\_\\_229](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ML___2019___229)

FR: VD\_FINDINFO ML / 2019 / 229 du 20 décembre 2019

IT: VD\_FINDINFO ML / 2019 / 229 del 20 dicembre 2019

## Regeste

MAINLEVÉE PROVISOIRE, TITRE DE MAINLEVÉE, CESSIION D'UN PATRIMOINE OU D'UNE ENTREPRISE, CESSIION DE CRÉANCE{CO}, CONCORDANCE, CRÉANCIER, POUVOIR D'EXAMEN, TRANSFERT DE BAIL, EXÉCUTION DE L'OBLIGATION, ANNULABILITÉ, SÉQUESTRE{CONTRAT DE DÉPÔT}, PRESCRIPTION, INTERRUPTION DU DÉLAI, VICE DU CONSENTEMENT | 128 ch. 1 CO, 164 al. 1 CO, 18 al. 1 CO, 261 al. 1 CO, 264 al. 3 let. b CO, 31 CO, 480 CO, 69 LFus, 72 LFus, 82 al. 1 LP, 82 al. 2 LP, 82 LP, 320 let. b CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1

LFus). Le transfert de patrimoine permet, en effet, de transférer un ensemble d'actifs et passifs, donc des droits, sans que les règles de forme ordinaires propres au transfert de chacun des biens concernés soient observées : l'inscription constitutive au registre foncier n'est pas requise pour qu'un transfert d'immeubles déploie ses effets; il en est de même de l'endossement pour les papiers-valeurs à ordre et de la cession civile pour les créances. L'abandon de ces règles de forme présuppose donc nécessairement que la publicité relative au transfert des droits soit garantie d'une autre manière; l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce est dès lors indispensable. Elle a un effet constitutif (art. 73 al. 2 LFus; TF 5A\_734/2018 du 4 décembre 2018 consid. 4.3.4 ; TF 2C\_503/2017 du 8 octobre 2018 consid. 5.5). Le transfert de patrimoine est ainsi effectif le jour ouvrable qui suit la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 932 al. 2 CO; TF 5A\_734/2018 précité et références). Les parties peuvent toutefois, pour des raisons fiscales ou comptables convenir que le transfert rétroagit à une date déterminée (Malacrida, in Watter et alii (éd.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz,

### E. 2

e éd., n. 7 ad art. 73 LFus). Les effets du transfert de patrimoine consistent en une succession universelle partielle, en ce sens que celle-ci est quantitativement limitée aux éléments figurant dans l'inventaire. Dits effets portent donc sur tous les actifs et passifs désignés dans l'inventaire accompagnant le contrat de transfert (TF 5A\_734/2018 précité ; TF 4A\_213/2017 du 27 octobre 2017 consid. 1.1; TF 4A\_130/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1, publié in mietrechtspraxis [mp] 2016 p. 60). La question controversée de savoir si le transfert de patrimoine englobe les contrats passés avec des tiers sans qu'une approbation de leur part ne soit nécessaire a été laissée ouverte (TF 4A\_130/2015 précité). Un arrêt récent semble partir du principe que tel est le cas par application analogique de la jurisprudence relative à l'art. 17 al. 3 PCF (substitution des parties s'opérant de plein droit: TF 4A\_213/2017 précité consid. 2 et la réf. à TF 4C.385/2005 du 31 janvier 2006 consid. 1.2.2; cf. ég. TF 4A\_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 1.2; TF 4A\_373/2015 du

26 janvier 2016 consid. 1.1; TF 4A\_458/2007 du 28 janvier 2008 consid. 1). La doctrine majoritaire se prononce quant à elle en faveur du transfert des contrats « uno actu » à l'instar des actifs et passifs (cf. Amstutz/Mabillard, in Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (éd.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2 e éd., Intro. LFus n° 247 ss et les références; Malacrida, op. cit., n° 15b ad art. 73 LFus). Quoi qu'il en soit, le transfert des obligations contractuelles implique qu'elles aient été inventoriées (art. 37 let. b et 71 al. 1 let. b LFus; TF 5A\_734/2018 précité ; TF 4A\_213/2017 précité consid. 2). La question de savoir si une désignation précise à l'inventaire des contrats transférés est nécessaire n'a en l'état pas été tranchée (à ce sujet: Amstutz/Mabillard, op. cit., Intro. LFus n° 250, qui considèrent qu'une telle exigence ne se justifie pas, mais que le transfert de contrat doit être notifié au cocontractant, celui-ci pouvant valablement se libérer auprès du contractant antérieur aussi longtemps que cela n'a pas été fait par application analogique de l'art. 167 CO). bb) En l'espèce, la recourante a produit en première instance une copie d'une « convention d'apports en nature – transfert de patrimoine » notariée le 22 juin 2012 entre A.F.\_\_\_\_\_ et la société en formation W.\_\_\_\_\_ SA, prévoyant que la première cède à la seconde, au titre d'apport en nature – transfert de patrimoine, les actifs et les passifs désignés dans l'acte, selon bilan au 31 décembre 2011, dont la part de PPE n° [...], [...] portant sur un dépôt à [...], des machines et installations de production pour 30'000 fr., ainsi que des chambres froides et de congélation pour 10'000 fr., et précisant que « l'entrée en possession des actifs et passifs ci-dessus est fixée à la date d'inscription de la société au Registre du Commerce. Il est néanmoins précisé que la reprise est effectuée valeur au trente et un décembre deux mille onze (31.12.2011), toutes les opérations commerciales effectuées dès lors, l'ayant été exclusivement pour le compte de la société en formation et à son profit exclusif ». Conformément aux considérations qui précèdent, ce transfert de patrimoine est devenu effectif le 6 juillet 2012, soit le lendemain de la publication de l'opération dans la FOOSC. Cette convention n'inventorie pas le contrat de remise partielle de commerce et celui de bail à loyer pour locaux commerciaux du 16 mai 2012, et la recourante n'a produit aucun document par lequel elle aurait avisé l'intimé de ce transfert. Il apparaît dès lors qu'en l'état actuel de la jurisprudence, ces contrats n'ont pas été transférés du fait de la convention du 22 juin 2012. Par ailleurs, il apparaît douteux que la créance en paiement du prix d'une remise partielle de commerce dû au propriétaire de celui-ci puisse constituer un actif de la partie d'entreprise conservée et relever d'une opération commerciale de celle-ci, soit résultant de son activité. La réserve des « opérations commerciales » de la convention du 22 juin 2012 n'est dès lors pas opérante. Le fait que cette convention ait inventorié des actifs concernés par le contrat de remise partielle de commerce et le pacte de réserve de propriété, ne rend pas sans objet ce constat, dès lors qu'il s'agirait d'actifs d'une valeur de 40'000 fr. alors que le prix de vente était fixé à 550'000 francs. De même, le fait que la mention de réserve de propriété n'ait pas été mise à jour n'est pas déterminant. d)aa) Selon l'art. 261 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), si, après la conclusion du contrat, le bailleur aliène la chose louée, le bail passe à l'acquéreur avec la propriété de la chose. L'acquéreur devient, dès l'inscription au registre foncier (avec effet rétroactif au moment de l'inscription au journal, cf. ATF 128 III 82 consid. 1b), à la fois le propriétaire de l'immeuble et le nouveau bailleur ; il succède au précédent bailleur dans la relation contractuelle par le seul effet de la loi (ATF 128 III 82 consid. 1a ; ATF 127 III 273 consid. 4c/aa). Il s'agit d'une continuation du bail existant, et non d'un nouveau bail, en ce sens que l'acquéreur ne reprend le bail que pour le solde de la durée initialement convenue (Marchand, Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire

pratique, 2 e éd., Bâle 2017, n. 21 ad art. 261 CO). En d'autres termes, le transfert de la propriété entraîne, de par la loi, celui des baux en cours et ceux-ci passent à l'acquéreur, avec tous les droits et obligations qui leur sont attachés, pour l'avenir et dans leur état au moment de l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier (Lachat, *Le Bail à loyer*, Lausanne 2019, p. 895, n. 4.1.1). Ce transfert n'a cependant pas d'effet rétroactif et ne porte donc pas sur des créances déjà échues à l'encontre du précédent bailleur (ATF 127 III 273 consid. 4c/aa ; TF 4A\_251/2012 du 28 août 2012 consid. 2, rés. in JdT 2013 II 129). A l'inverse, l'aliénateur reste le créancier des loyers et charges impayés pour la période antérieure au transfert de bail ; seules des cessions de créances ou reprises de dettes valables sont susceptibles de modifier cette situation juridique (CACI 7 juillet 2017/298 consid. 4.1 et les références citées). Pour entraîner le transfert du bail selon l'art. 261 CO, il suffit que l'aliénation intervienne après la conclusion du contrat, sans qu'il soit nécessaire que la chose louée ait été remise au locataire (TF 4A\_393/2018 du 20 février 2019 consid. 2).

L'application de l'art. 261 CO présuppose l'existence d'un véritable contrat de bail à loyer. Le caractère exorbitant, au regard des principes de la liberté contractuelle et de la relativité des conventions, de la règle posée à l'art. 261 CO exclut qu'elle puisse être transposée à d'autres contrats conférant l'usage d'un objet, notamment au contrat de prêt (TF 4C.84/2007 du 5 juillet 2007 consid. 3.2.2 et les références citées), au contrat mixte, qui combine dans un seul et même contrat des obligations relevant de plusieurs contrats nommés, au contrat composé, qui repose sur plusieurs contrats objectivement distincts, mais dépendants entre eux au point qu'ils ne sauraient être dissociés (TF 4A\_542/2014 du 17 février 2015 consid. 2.1 et les références citées), ou à un droit de jouissance créé dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial (ATF 113 III 42, JdT 1989 II 73). Le champ d'application de cette disposition est ainsi restreint (Marchand, *op. cit.*, n. 6 ad art. 261 CO).

bb) En l'espèce, il ressort de l'extrait du registre foncier relatif à la parcelle n° [...] de la Commune de [...] objet du contrat de bail du 16 mai 2012 qu'elle a été acquise par la recourante le 18 juillet 2012 à la suite d'un transfert de patrimoine. Toutefois, il y a lieu d'admettre que le contrat de bail forme avec celui de remise partielle de fonds de commerce du même jour un contrat composé, la remise des locaux étant intrinsèquement liée à la remise partielle du fonds de commerce, de sorte que la règle de l'art. 261 CO n'est pas applicable, vu la jurisprudence susmentionnée, et que le transfert de propriété n'a pas entraîné le transfert à la recourante des créances découlant du contrat de bail.

e)aa) Lorsque le créancier poursuivant se prévaut d'une cession de créance (art. 164 al. 1 et 165 CO), la mainlevée provisoire peut être accordée à celui qui a pris la place du créancier désigné dans la reconnaissance de dette (ATF 95 II 617 c. 1 ; 83 II 211 c. 3b), pour autant que le transfert de la créance soit établi par titre (Veillet, in *Abbet/Veillet* (éd.), *La mainlevée de l'opposition*, n. 78 ad art. 82 LP ; Panchaud/Caprez, *La mainlevée d'opposition*, § 18 p. 41 ; Staehelin, in *Staehelin/Bauer/Staehelin* (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2 e éd., n. 73 ad art. 82 LP et les réf. citées ; Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, n. 74 ad art. 82 LP ; Eugen Fischer, *Rechtsöffnungspraxis in Basel-Stadt*, BJM 1980 p. 117). En vertu de l'art. 164 al. 1 CO, la cession de créance est un contrat par lequel le créancier cède à un tiers sa créance contre le débiteur, sans le consentement de ce dernier. La cession de créance n'est valable que si elle a été constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO). En outre, son contenu doit être suffisamment explicite pour qu'un tiers non partie au contrat initial puisse individualiser la ou les créances cédées et savoir qui en est titulaire, notamment lorsqu'il s'agit d'une pluralité de créances actuelles ou futures. Cette exigence tend à assurer la sécurité du droit et des transactions

(ATF 131 III 217 consid. 3 ; ATF 122 III 361 consid. 4, JdT 1997 I 206). bb) En l'espèce, la recourante a produit en première instance une copie d'un « contrat de cession de créances » du 1<sup>er</sup> juillet 2013 entre A.F. \_\_\_\_\_ et elle-même, par lequel elles convenaient que les droits découlant du contrat de bail du 16 mai 2012 et de la convention de remise partielle de fonds de commerce du 16 mai 2012, « sont passés » à la poursuivante « rétroactivement à compter du 31 décembre 2011 », étant précisé, « à toutes fins utiles, dans le cas où le transfert de propriété (...) ne devait pas être reconnu », que la première cédait à la seconde l'intégralité de ses créances échues contre l'intimé au 1<sup>er</sup> juillet 2013, soit onze fois 4'350 fr. et deux fois 4'350 francs, ainsi que 75'000 fr. dus dès le 1<sup>er</sup> mai 2013, ainsi qu'une copie d'un « contrat de cession de créances » du 16 janvier 2019 entre les mêmes parties, par lequel celles-ci convenaient que les droits découlant du contrat de bail du 16 mai 2012 et de la convention de remise partielle de fonds de commerce du 16 mai 2012, « sont passés » à la poursuivante « rétroactivement à compter du 31 décembre 2011 », étant précisé, « à toutes fins utiles, dans le cas où le transfert de propriété (...) ne devait pas être reconnu », que la première cédait à la seconde l'intégralité de ses créances échues contre l'intimé au 1<sup>er</sup> janvier 2109, soit 47'850 fr. (11 x 4'350 fr.) intérêts moratoires en sus, 64'200 fr. (12 x 5'350 fr.) intérêt moratoires en sus, 76'200 fr. (12 x 6'350 fr.) intérêt moratoires en sus, et 301'400 fr. (44 x 6'850 francs) intérêts moratoires en sus, ainsi que 75'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2013 et 75'000 fr. avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mai 2014. Ces documents remplissent les conditions posées par la jurisprudence susmentionnée et la recourante fait valoir à juste titre que B.F. \_\_\_\_\_ n'avait pas à signer ces cessions de créance. En effet, celui-ci n'est pas mentionné comme vendeur dans la convention de remise partielle de fonds de commerce du 16 mai 2012, le préambule précisant que sa qualité de partie découlait du fait qu'il était impliqué en tant qu'employé et que la convention lui imposait un certain nombre d'obligations. En outre la convention prévoit l'engagement de l'acheteur de payer « au Vendeur » le prix de vente. De même, le contrat de bail à loyer du 16 mai 2012 mentionne expressément que B.F. \_\_\_\_\_ intervient au contrat en tant que représentant de A.F. \_\_\_\_\_. Celle-ci était donc seule titulaire des créances en paiement du prix de vente de la remise partielle du fonds de commerce et des loyers. Les cessions de créances de A.F. \_\_\_\_\_ à la recourante sont donc valables. C'est en vain que l'intimé soutient que les contrats qu'il a signés n'ont pas été transférés à la recourante par la convention d'apports ou les cessions de créance. La recourante ne prétend pas le contraire. Seules les créances en paiement du prix du fonds de commerce et des loyers ont été cédées, et non l'entier des contrats. De même, l'intimé se prévaut à tort d'un comportement contradictoire de A.F. \_\_\_\_\_ et/ou de la recourante, par exemple résultant du fait que les époux F. \_\_\_\_\_ n'ont jamais contesté qu'ils avaient la « qualité pour défendre » dans le procès qu'il leur a intenté par demande du 15 février 2013 en restitution de la somme de 400'000 fr. qu'il avait versée en exécution du contrat de remise partielle de fonds de commerce. Les époux F. \_\_\_\_\_ étaient attaqués sur la validité de ce contrat auquel ils étaient parties ; il était donc compréhensible qu'ils soient attaqués conjointement, ce qui ne veut pas dire qu'ils auraient dû tous deux un éventuel remboursement du prix de vente. Quoi qu'il en soit, ils ont choisi, comme c'était leur droit, de se défendre sur le fond, et pas sur des questions de procédure, et le rejet de la demande n'emporte pas autorité de la chose jugée sur la question de la titularité des créances en poursuite. On pourrait d'ailleurs retenir à l'encontre de l'intimé un comportement contradictoire identique, dès lors qu'il sous-loue les locaux en cause tout en prétendant avoir résolu le contrat de bail principal. Le recours doit être admis sur ce point. III. a) Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée

provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies (TF 5A\_465/2014 du 20 août 2014 consid. 7.2.1.2) et, en particulier dans les contrats bilatéraux, lorsque le poursuivant prouve avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité (TF 5A\_367/2007 du 15 octobre 2007 consid. 3.1 et les références). Un contrat bilatéral ne vaut ainsi reconnaissance de dette que 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 exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation en rapport d'échange (cf. ATF 116 III 72; cf. TF 5A\_326/2011 du 6 septembre 2011 consid. 3.3 [prêt]). Dès lors que le débiteur poursuivi se prévaut d'une inexécution, l'opposition ne peut être levée que si le créancier poursuivant démontre avoir exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation (ATF 145 III 20 consid. 4.2). b) En l'espèce, l'intimé ne prétend pas que A.F. \_\_\_\_\_ n'aurait pas fourni les prestations à sa charge découlant du contrat de remise partielle de fonds de commerce et de bail du 16 mai 2012. Le contraire est d'ailleurs établi puisque l'intimé a commencé à exploiter le commerce litigieux, avant de se plaindre de divers défauts et d'invoquer des vices du consentement. De même, on doit déduire des conventions des 16 juillet/16 août 2013 et 1<sup>er</sup> et

#### **E. 4**

avril 2017, par lesquelles l'intimé a remis en location des locaux litigieux à des tiers que lesdits locaux ont bien été mis à sa disposition par A.F. \_\_\_\_\_, conformément au contrat de bail du 16 mai 2012. Les contrats de remise partielle de fonds de commerce et de bail du 16 mai 2012 constituent donc des titres à la mainlevée au sens de l'art. 82 al. 1 LP pour les créances en paiement du prix de vente et des loyers. IV. La recourante soutient que le prononcé retient de manière inexacte qu'elle n'avait pas correctement exécuté la convention de remise partielle de fonds de commerce. Invoquant la « pratique bâloise », elle estime qu'il lui suffisait de démontrer que les allégations du poursuivi à ce sujet étaient manifestement sans consistance. Tel était le cas, les arguments de l'intimé tirés de vices du consentement et de la garantie pour les défauts de la chose vendue ayant été rejetés par un jugement au fond définitif et exécutoire. L'intimé rappelle qu'il a allégué que « les époux F. \_\_\_\_\_ » ne se sont pas correctement acquittés de leurs obligations, que cette allégation n'est pas manifestement sans fondement, et que la poursuivante n'a pas établi le contraire. Il fait valoir qu'il n'était pas tenu, selon les contrats en cause, de fournir sa prestation en premier, qu'il a clairement et valablement contesté la bonne exécution par les époux F. \_\_\_\_\_ de leurs obligations dans son courrier du 3 août 2012, le jugement du Tribunal de la Sarine ne permettant pas de retenir que ses allégations au sujet de la mauvaise exécution du contrat sont sans fondement, et que la recourante n'a produit aucun titre prouvant que les époux F. \_\_\_\_\_ se seraient correctement acquittés de leurs obligations. a) Selon l'art. 82 al. 2 LP en présence d'une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP, le juge doit ordonner la mainlevée provisoire de l'opposition, à moins que l'opposant ne rende immédiatement vraisemblable sa libération. Le poursuivi peut se prévaloir de tous les moyens de droit civil - exceptions ou objections - qui infirment la reconnaissance de dette (ATF 145 III 20 consid. 4.1.2; ATF 142 III 720 consid. 4.1 ; ATF 136 III 624 consid. 4.2.1), en principe par pièces (art. 254 al. 1 CPC ; ATF 142 III 720 précité ; TF 5A\_361/2016 du 16 janvier 2017 consid. 3.2). Le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués ; il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 142 III 720 consid. 4.1 ; ATF 132 III 140 consid. 4.1.2, rés. in JdT

2006 II 187 et les références citées). b) Selon la jurisprudence de la cour de céans, lorsque le poursuivi, sans nier que le poursuivant ait fourni sa propre prestation, allègue que celle-ci serait affectée de défauts, il lui incombe de rendre ce fait vraisemblable (CPF 25 mai 2017/120 ; CPF 30 octobre 2015/304 ; cf. aussi Veuillet, op. cit., n. 146 ad art. 82 LP). Dans l'arrêt publié aux ATF 145 III 20, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si, lorsque le poursuivi fait valoir des défauts, il appartiendrait au poursuivant de prouver qu'il a correctement fourni sa prestation (suivant la « pratique bâloise ») ou s'il appartient au poursuivi de rendre le défaut vraisemblable, question qu'il avait précédemment laissée ouverte (cf. la jurisprudence citée par le Tribunal fédéral au considérant 4.3.1 de l'arrêt cité). La cour de céans a dès lors maintenu sa jurisprudence antérieure (CPF 28 décembre 2018/317). Ainsi, contrairement aux considérations du premier juge, il appartenait à l'intimé de rendre vraisemblable, en principe par pièces, que l'exécution des contrats en cause par les époux F.\_\_\_\_\_ était défectueuse. A cet égard, les éléments invoqués par l'intimé à l'appui de la déclaration de résolution des contrats du 16 mai 2012 pour dol et défauts dans le courrier de son conseil du 3 août 2012 ont été examinés par le jugement du Tribunal de la Sarine du 21 juin 2018, qui a notamment rejeté les moyens tirés du dol, de l'erreur essentielle et de la garantie des défauts fondant les conclusions de l'intimé. Ces éléments ne sont dès lors pas rendus vraisemblables. De même, le constat notarié du 7 août 2012 ne démontre aucun défaut des locaux loués. Le moyen de l'intimé tiré de la mauvaise exécution des contrats doit donc être rejeté. V. L'intimé soutient qu'il a, par son courrier du 3 août 2012, résilié le contrat de bail pour l'échéance de la fin de la cinquième année réservée par celui-ci, soit au 1<sup>er</sup> juin 2017. a) La déclaration d'invalidation du contrat pour vices du consentement de l'art. 31 al. 1 CO est une manifestation unilatérale de volonté soumise à réception (Schmidlin, in Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand CO I, n. 12 ad art. 31 CO). Comme toute manifestation de volonté, elle est soumise aux règles d'interprétation déduites des art. 1<sup>er</sup> et 18 CO en matière de consentement et de clauses contractuels (ATF 127 III 444 consid. 1a). Il faut donc recourir à l'interprétation à la lumière de la théorie de la confiance. D'après cette théorie, le juge doit rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 136 III 186 consid. 3.2.1 ; ATF 131 V 27 consid. 2.2; ATF 130 III 417 consid. 3.2 ; ATF 129 III 118 consid. 2.5, 702 consid. 2.4). Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 131 III 377 consid. 4.2.), à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 132 III 626 consid. 3.1). b) En l'espèce, dans son courrier du 3 août 2012, le conseil de l'intimé a indiqué au conseil des époux F.\_\_\_\_\_ que son client se départissait notamment du contrat de bail en cause pour dol et réclamait la restitution des prestations déjà versées et des dommages-intérêts. Ce courrier, rédigé par un avocat, est muet sur la possibilité accordée par ce contrat de le résilier de manière anticipée cinq ans après son entrée en vigueur. Une telle résiliation aurait du reste nécessité une seconde manifestation de volonté, faite à titre subsidiaire, pour le cas où la résolution ne serait pas jugée valable. Faute d'une telle manifestation de volonté subsidiaire, il y a lieu de considérer que A.F.\_\_\_\_\_ pouvait de bonne foi comprendre que l'intimé entendait uniquement résoudre le contrat. Le moyen tiré de la résiliation anticipée au 1<sup>er</sup> juin 2017 n'a donc pas été rendu vraisemblable et doit être rejeté. VI. L'intimé fait valoir que les époux F.\_\_\_\_\_ n'ont pas contesté la résiliation du bail et n'ont pas recherché de locataire de remplacement, violant ainsi leur obligation de diminuer le dommage. a) Selon l'art. 31 al. 1 CO le contrat entaché d'erreur ou de dol est tenu pour ratifié lorsque la partie

qu'il n'oblige point à laisser s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir. La jurisprudence a précisé que la déclaration d'invalidation prévue par cette disposition ne produit toutefois un effet résolutoire que si le vice invoqué a réellement existé. L'existence d'un vice du consentement est en effet une condition sine qua non de l'efficacité de la déclaration (ATF 128 III 70 consid. 1b, JdT 2003 I 4 ; Schmidlin, op. cit., n. 14 ad art. 31 CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le bailleur n'est pas juridiquement tenu, lorsque la chose louée lui est restituée de manière anticipée, d'entreprendre lui-même des démarches pour trouver un locataire de remplacement. Cependant, dans la mesure où, en vertu de l'art. 264 al. 3 let. b in fine CO, il doit admettre l'imputation sur le loyer des profits auxquels il a intentionnellement renoncé, il lui incombe de réduire son dommage et, pour ce faire, de prêter son concours au locataire sortant pour la recherche d'un nouveau locataire ou, en cas de défaillance du premier, d'essayer lui-même de trouver un locataire de remplacement. Il ne faut cependant pas inverser les rôles: s'agissant d'une restitution anticipée de la chose louée, partant d'une atteinte au principe "pacta sunt servanda", c'est à celui qui entend se libérer prématurément de ses obligations contractuelles, donc au locataire, qu'il appartient au premier chef de faire en sorte que son cocontractant, soit le bailleur, en subisse le moins possible les conséquences. L'adverbe "intentionnellement", utilisé à dessein par le législateur fédéral, indique du reste clairement que seul un comportement incompatible avec les règles de la bonne foi peut être imputé au bailleur. Pour le surplus, l'examen de l'attitude adoptée par chacune des parties à la suite de la résiliation anticipée du bail ressortit essentiellement au juge du fait, qui possède un large pouvoir d'appréciation en ce domaine (ATF 117 II 156 consid. 3; TF 4A\_332/2016 du 20 septembre 2016 consid. 3.2.5 ; TF 4C.171/2005 du 31 août 2005 consid. 4.1 et les réf. cit.)

b) En l'espèce, dans son courrier du 3 août 2012, l'intimé, par son conseil, a déclaré se départir notamment du contrat de bail en cause pour dol. L'action de l'intimé en restitution du prix de vente du commerce et en dommages-intérêts a été rejetée par jugement du Tribunal d'arrondissement de la Sarine du 21 juin 2018, de sorte qu'il y a lieu d'admettre au stade de la procédure de mainlevée que l'existence d'un vice du consentement n'a pas été reconnue. Au demeurant, A.F. \_\_\_\_\_ et la recourante ont donné leur accord à la conclusion par l'intimé de contrats de sous-location portant sur les locaux en cause à des tiers les 16 juillet/16 août 2013, ainsi que les 1<sup>er</sup> et 4 avril 2017 et signé avec l'intimé et les tiers sous-locataires des conventions de séquestre aux mois d'août et de septembre 2013, ainsi que le 4 mai 2017, conventions mentionnant comme but la diminution du dommage. Il ressort de ce qui précède que la situation juridique n'est absolument pas celle qui permettrait l'application de l'art. 264 al. 3 let. b CO et, donc, l'imputation sur les loyers des profits auxquels le bailleur aurait intentionnellement renoncé, faute de restitution anticipée des locaux par l'intimé. Le moyen de l'intimé doit en conséquence être rejeté. VII. L'intimé soutient qu'il convient de déduire de la créance en poursuite les 136'959 fr. 60 versés par ses sous-locataires à Me V. \_\_\_\_\_ en vertu des conventions de séquestre des mois d'août et de septembre 2013, ainsi que du 4 mai 2017. a) Aux termes de l'art. 480 CO, lorsque deux ou plusieurs personnes déposent entre les mains d'un tiers, en vue de sauvegarder leurs droits, une chose dont la condition juridique est litigieuse ou incertaine, le depositaire ou séquestre ne peut la restituer que du consentement de tous les intéressés, ou sur ordre du juge. Le séquestre au sens de l'art. 480 CO porte sur une chose dont la condition est litigieuse ou incertaine. Dans la contestation, le juge doit nécessairement être invité à sélectionner le déposant fondé à obtenir la restitution, si les parties ne parviennent pas à un accord (ATF 102 Ia 229 consid. 2a et e ; Barbey, in Commentaire romand CO I précité, n. 2

ad art. 480 CO). Le séquestre se distingue ainsi de la consignation, qui se définit comme l'opération par laquelle une personne (le consignataire), remet une chose à une autre (le consignataire) jusqu'à ce qu'un tiers bénéficiaire ou le premier soit autorisé à lui en réclamer la délivrance, un des cas de consignation étant celle à titre d'exécution prévue notamment par les art. 92 al. 1 et 259g CO qui a un effet libératoire (Barbey, op. cit., n. 6 ad art. 480 CO). b) En l'espèce la convention de séquestre des mois d'avril et mai 2017 précise dans son préambule que l'intimé et les époux F. \_\_\_\_\_, le cas échéant la recourante, sont en litige sur la validité de la résolution « ex tunc » des contrats du 16 mai 2012 et s'étaient entendus, avant que ce litige soit résolu, sur la mise en location par le poursuivi des locaux objet des contrats du 16 mai 2012 à un tiers afin de réduire les dommages grâce au versement des loyers sur un compte de séquestre. Le sort des loyers dépend donc de la validité de la résolution « ex tunc » du 3 août 2012 des contrats du 16 mai 2012 et la condition d'incertitude prévue par l'art. 480 CO est réalisée. La convention dispose que le tiers séquestre ne libèrera les loyers séquestrés que s'il y est contraint par une décision définitive et exécutoire émanant d'une autorité compétente ou d'un tribunal compétent et conformément aux instructions contenues dans ladite décision ou sur instruction expresse écrite par le « Bailleur » (réd : l'intimé selon la page de garde de la convention) et le « Locataire » (réd : L. \_\_\_\_\_ Sàrl selon la page de garde de la convention). Il y a certainement lieu de considérer que cette dernière mention résulte d'une erreur de plume, L. \_\_\_\_\_ Sàrl ne pouvant obtenir la restitution des loyers séquestrés suivant l'issue du litige mentionné dans le préambule. C'est donc bien plutôt un accord entre les parties à ce litige qui pouvait entraîner la libération des loyers séquestrés. La deuxième condition posée par l'art. 480 CO était donc réalisée et l'on ne se trouve pas dans l'hypothèse d'une consignation avec effet libératoire. Il n'est d'ailleurs pas exclu que les loyers séquestrés soient finalement libérés en faveur de l'intimé. Ainsi, faute de consentement des intéressés ou d'un ordre du juge – qui ne peut être celui de la mainlevée provisoire, qui ne statue pas sur le fond – le tiers séquestre ne peut restituer les montants en cause. A fortiori, la cour de céans ne peut-elle admettre ce moyen libératoire au sens de l'art. 82 al. 2 LP II n'y a dès lors pas lieu de déduire de la créance en poursuite, les montants faisant l'objet de la convention de séquestre et le moyen de l'intimé doit être rejeté. VIII. A titre subsidiaire, l'intimé a invoqué, dans ses déterminations de première instance, l'exception de prescription. Plus précisément, il a soutenu que les loyers d'août 2013 à janvier 2014 étaient prescrits pour le motif que les seuls actes interruptifs de prescription accomplis par la recourante étaient une poursuite du 13 juillet 2013 portant sur les loyers des mois de juillet 2012 à juillet 2013 et la présente poursuite du 26 janvier 2019 portant sur les loyers échus depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013 (recte : 2012) ; Les loyers des mois d'août 2013 à janvier 2014 se seraient ainsi prescrit dans l'intervalle. Comme il s'est acquitté des loyers des mois de juin et de juillet 2012, il en déduit, si les moyens qu'il avait invoqué précédemment n'étaient pas retenus, que seuls les loyers d'août 2012 à juillet 2013, ainsi que ceux à partir de février 2015 (recte : 2014) à juin 2017 pouvaient être dus. a) Les loyers se prescrivent par cinq ans (art. 128 ch. 1 CO). La prescription court dès que la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO). La prescription est interrompue notamment lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites (art. 135 ch. 2 CO). Un nouveau délai de même durée commence à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1 CO ; ATF 141 V 487). Si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans (art. 137 al. 2 CO). Pour faire échec à la mainlevée, le poursuivi peut faire valoir la prescription de la créance à titre de moyen libératoire au sens de l'art. 82 al. 2 LP (cf. supra consid. IVa) ; TF

5A\_741/2013 du 3 avril 2014 consid. 5.1 et les réf. cit.). La prescription doit être invoquée par le poursuivi, le juge de la mainlevée ne pouvant y suppléer d'office (art. 142 CO ; Veillet, op. cit., n. 137 ad art. 82 LP et les réf. cit.) b) En l'espèce, la recourante a fait notifier à l'intimé le 13 juillet 2013 un commandement de payer portant notamment sur les loyers des locaux en cause pour la période courant du mois de juillet 2012 au mois de juillet 2013. Le délai de prescription de cinq ans pour ces loyers a en conséquence commencé à courir à nouveau à partir de cette date et est arrivé à échéance le 13 juillet 2018. Ces loyers étaient donc prescrits lors de la notification du deuxième commandement de payer le 26 janvier 2019. L'intimé n'a toutefois pas invoqué la prescription de ces loyers. Le droit d'action lié aux créances de loyer relatives à la période allant de juillet 2012 à juillet 2013 n'est ainsi pas paralysé. La mainlevée provisoire doit donc être octroyée pour les loyers de cette période, sauf juillet 2012 que l'intimé admet avoir payé, avec intérêts moratoires dès leurs échéances. La notification du commandement de payer du 26 janvier 2019 a valablement interrompu la prescription pour les loyers dus dès le 1<sup>er</sup> février 2014. La mainlevée provisoire peut donc être accordée pour ceux-ci. Les créances en paiement des deux soldes de 75'000 fr. payables les 1<sup>er</sup> mai 2013 et 1<sup>er</sup> mai 2014, soumises au délai de prescription de dix ans de l'art. 127 CO, n'étaient en conséquence pas prescrites lors de la notification le 26 janvier 2019 du deuxième commandement de payer. La mainlevée provisoire peut donc être accordée pour ces montants, avec intérêts moratoires dès leurs échéances. IX. En conclusion, le recours doit être admis partiellement et le prononcé réformé en ce sens que l'opposition est levée à concurrence des soldes de prix de vente, ainsi que des loyers dus du mois d'août 2012 au mois de juillet 2013 et du mois de février 2014 au mois de janvier 2019. La poursuivante obtenant gain de cause sur la quasi-totalité de ses prétentions, l'opposition étant maintenue pour un loyer à 4'350 fr. (juillet 2012) et six loyers à 5'350 fr. (août 2013 à janvier 2014) représentant 5 % des prétentions totales de 639'650 fr. ( $\{4'350 + [6 \times 5340]\} \times 100 : 639'650$ ), il y a lieu de mettre les frais judiciaires de première instance, fixés à 990 fr. à l'entière charge du poursuivi, celui-ci devant en outre verser à la poursuivante de pleins dépens, fixés à 6'000 fr. (art. 106 al. 1 CPC ; art. 3 al. 2 et 6 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; BLV 270.11.6]). Pour les mêmes raisons, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'350 fr., doivent être mis à la charge de l'intimé, qui versera en outre à la recourante des dépens de deuxième instance, fixés à 2'000 fr. (art. 3 al. 2 et

**E. 8**  
TDC).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.