

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 24 janvier 2013

---

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué  
Greffière : Mme Robyr

\*\*\*\*\*

**Art. 2CC; 493 CO; 85a LP; 261 al. 1, 308 CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **P.\_\_\_\_\_SA**, à Zürich, intimée, contre l'ordonnance rendue le 24 septembre 2012 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant la partie appelante d'avec **H.\_\_\_\_\_**, à Epalinges, requérante, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 24 septembre 2012, dont la motivation a été envoyée aux parties pour notification le 13 novembre 2012, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a confirmé la suspension provisoire de la poursuite n° 5711682 de l'Office des poursuites du district de Lausanne-Est dirigée contre H. \_\_\_\_\_ (I), arrêté les frais judiciaires de la procédure superprovisionnelle et provisionnelle à 800 fr. à la charge de l'intimée P. \_\_\_\_\_ SA (II), dit que l'intimée remboursera à la requérante H. \_\_\_\_\_ la somme de 800 fr. versée au titre de son avance des frais judiciaires (III), dit que l'intimée versera à la requérante la somme de 500 fr. à titre de dépens (IV) et déclaré l'ordonnance, motivée ou définitive faute de motivation, exécutoire (V).

En droit, le premier juge a constaté que les conditions de recevabilité des conclusions formulées par H. \_\_\_\_\_ en constatation de l'inexistence de la créance et en annulation de la poursuite étaient très vraisemblablement réalisées, de sorte qu'il restait à examiner si les conditions matérielles de la requête de mesures provisionnelles - en suspension de la poursuite - étaient également remplies. Sur ce point, le premier juge a relevé que personne ne contestait le fait que la procuration signée par H. \_\_\_\_\_ ne revêtait pas la forme authentique. La question de savoir si les agissements de celle-ci permettaient de couvrir le vice de forme devrait toutefois être traitée dans le cadre du jugement au fond. Au stade des mesures provisionnelles, la requérante avait ainsi rendu suffisamment vraisemblable sa prétention. La procédure ouverte devant la chambre patrimoniale risquait en outre de durer un certain temps et l'on ne pouvait dès lors exclure que l'avancement de la procédure de l'office des poursuites aboutisse entre-temps à la vente de certains biens de la requérante et lui cause un préjudice difficilement réparable. Les conditions de l'art. 261 CPC étaient dès lors remplies et il convenait de faire droit à la requête de mesures provisionnelles.

**B.** Par acte du 23 novembre 2012, P. \_\_\_\_\_ SA a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la requête de suspension provisoire de la poursuite n° 5711682 de l'Office des poursuites de Lausanne-Est dirigée contre H. \_\_\_\_\_ soit rejetée et, subsidiairement, à son annulation.

Par réponse du 21 décembre 2012, l'intimée H. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

**1.** C. \_\_\_\_\_, aujourd'hui en liquidation, est une société anonyme dont le but est l'exploitation d'un cabinet dentaire et dont les époux H. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ sont respectivement l'administratrice secrétaire avec signature individuelle et l'administrateur président avec signature individuelle.

**2.** Par contrat de prêt du 18 février 2009, P. \_\_\_\_\_ SA a octroyé au C. \_\_\_\_\_ une limite de crédit de 850'000 francs. Le contrat mentionne à titre de garantie un cautionnement conjoint solidaire à hauteur de 850'000 fr. de H. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ "selon contrat de cautionnement séparé". Le contrat de prêt a été signé le 20 février 2009 par D. \_\_\_\_\_ en qualité de représentant de la société d'une part, de constituant du gage et caution d'autre part. Il a également été signé par H. \_\_\_\_\_ comme constituante du gage et caution.

Par acte signé le 26 février 2009, H. \_\_\_\_\_ a donné procuration à son époux D. \_\_\_\_\_ "aux fins de, pour elle et en son nom, signer l'acte de cautionnement par lequel la mandante se constitue caution solidaire avec D. \_\_\_\_\_, envers la P. \_\_\_\_\_ SA pour un montant maximum de huit cent cinquante mille francs (fr. 850'000.--) et s'oblige à

ce titre solidairement, entre les deux cautions et avec la débitrice C.\_\_\_\_\_, société anonyme dont le siège est à Lausanne, pour assurer le remboursement de la créance que la Banque a ou aura contre la débitrice, en vertu du crédit de huit cent cinquante mille francs (fr. 850'000.--) confirmé par lettre du 18 février 2009, sous forme d'une limite de crédit, y compris ses modifications et renouvellements ultérieurs, ainsi que des engagements dont la débitrice pourrait se retrouver redevable ou garante en faveur de la Banque avec l'accord écrit des cautions".

Cette procuration a été établie en la forme écrite avec signature légalisée et non en la forme authentique.

Le 4 mars 2009, le notaire J.\_\_\_\_\_ a établi un acte de cautionnement en présence de D.\_\_\_\_\_, pour lui-même et en qualité de représentant de son épouse H.\_\_\_\_\_ en vertu de la procuration du 26 février 2009. Selon cet acte, les époux [...] se sont engagés envers P.\_\_\_\_\_SA à "garantir solidairement, en tant que cautions individuelles, toutes les créances que la P.\_\_\_\_\_SA détient actuellement ou pourra obtenir à l'avenir contre C.\_\_\_\_\_ (...) et ce, à hauteur d'un montant maximum de 850'000 francs".

**3.** Le 3 février 2011, C.\_\_\_\_\_ a été déclarée en faillite.

**4.** Le 8 mars 2011, sur réquisition de P.\_\_\_\_\_SA, un commandement de payer dans le cadre de la poursuite n° 5711682 de l'Office des poursuites du district de Lausanne a été notifié à H.\_\_\_\_\_ pour des montants de 710'000 fr. plus intérêts à 4% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et de 8'768 fr. 90. Ce commandement de payer a été frappé d'opposition totale.

Le 31 mai 2011, P.\_\_\_\_\_SA a requis la mainlevée de l'opposition au commandement de payer, en se prévalant notamment de l'acte de cautionnement du 4 mars 2009.

Statuant à la suite d'une audience du 1<sup>er</sup> septembre 2011, qui s'est tenue par défaut des parties, le juge de paix a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 710'000 fr. plus intérêts au taux de 4% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et de 8'768 fr. 90 sans intérêt.

**5.** Le 23 novembre 2011, à la requête de P. \_\_\_\_\_ SA, l'Office des poursuites du district de Lausanne a saisi les parts de communauté revenant à H. \_\_\_\_\_ dans la société simple formée par elle-même et son époux et portant sur des locaux commerciaux sis avenue de [...], à Lausanne, et sur une villa composée de deux appartements au chemin de [...], à Epalinges. Cette saisie a fait l'objet d'un procès-verbal expédié aux parties le 2 février 2012.

Le 9 février 2012, P. \_\_\_\_\_ SA a requis la vente des biens saisis par l'office des poursuites.

Le 19 mars 2012, le conseil de H. \_\_\_\_\_ - qui était jusqu'alors assistée d'un agent d'affaire breveté - a requis de l'Office des poursuites du district de Lausanne le renvoi de la séance de conciliation appointée en raison d'un empêchement.

Par courrier du 24 avril 2012, H. \_\_\_\_\_, par son conseil, a informé l'Office des poursuites avoir reçu une offre pour la vente de la villa d'Epalinges à un prix ayant d'ores et déjà été accepté par D. \_\_\_\_\_. Elle a précisé que la vente pourrait se faire très prochainement et devrait ainsi régler une grande partie de la situation.

Par courrier du 2 mai 2012, le conseil de H. \_\_\_\_\_ a adressé au conseil de P. \_\_\_\_\_ SA une lettre dont la teneur est notamment la suivante:

*"En l'état, j'ignore quel est le montant exact réclamé par votre cliente.*

*Vous voudrez bien dès lors me faire parvenir un décompte précis en indiquant quels sont les montants que vous estimez couverts par les gages immobiliers, pièces à l'appui.*

*Dans l'immédiat, j'observe que la créance découlant d'un cautionnement solidaire des époux [...] a été contestée avec semble-t-il un certain succès par Monsieur D.\_\_\_\_\_. Sa validité est dès lors pour le moins sujette à caution.*

*Dans cette mesure, il convient dès lors avant toute chose que vous indiquiez très précisément ce qu'il en est en m'adressant notamment les décisions de justice qui auraient été rendues à cet égard.*

*J'observe en effet que la P.\_\_\_\_\_.SA ne serait en aucun cas fondée à réclamer le paiement de ce cautionnement si celui-ci a été considéré comme nul par les autorités judiciaires."*

Le 16 mai 2012 a eu lieu une séance de conciliation dans les locaux de l'Office des poursuites du district de Lausanne en présence de H.\_\_\_\_\_ et de son conseil, de D.\_\_\_\_\_ assisté d'un agent d'affaires breveté et de P.\_\_\_\_\_.SA assistée de son conseil. D.\_\_\_\_\_ a produit une offre ferme d'achat pour l'immeuble sis à Lausanne. H.\_\_\_\_\_ a déclaré vouloir essayer de trouver une meilleure offre. Elle a en outre produit une télécopie attestant qu'une transaction serait en cours pour le bien situé à Epalinges.

Le 5 juin 2012, H.\_\_\_\_\_, par le biais de son conseil, a adressé à l'Office des poursuites du district de Lausanne un courrier dont la teneur est notamment la suivante:

*"Les recherches effectuées (...) pour trouver d'autres intéressés n'ayant pas abouti, les ventes immobilières pourraient se faire, s'agissant de l'appartement de [...], à [...] selon offre présentée par D.\_\_\_\_\_ à concurrence de CHF 1'600'000.-, la villa d'Epalinges pouvant être vendue pour le prix de la somme (sic) de CHF 2'000'001.- comme indiqué à la séance.*

*Les prix de vente seraient affectés en priorité au paiement des dettes hypothécaires contractées par les époux [...] auprès de la P.\_\_\_\_\_.SA et en paiement du cautionnement dû conjointement et solidairement à cette banque par les époux."*

**6.** Parallèlement à la procédure ouverte contre H.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_.SA a également intenté une procédure pour le montant du cautionnement litigieux contre D.\_\_\_\_\_.

Un commandement de payer a été notifié à D.\_\_\_\_\_, auquel celui-ci a fait opposition. Dans le cadre de la procédure de mainlevée de l'opposition formée par D.\_\_\_\_\_, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a, dans un arrêt n° 134 du 9 mai 2012, relevé notamment ce qui suit (consid. IIc) :

*"L'art. 496 al. 6 CO (recte : 493 al. 6 CO) soumet à la forme authentique, par renvoi à l'art. 493 al. 1 CO, le pouvoir spécial de cautionner. Or, la procuration du 26 février 2009 signée par H.\_\_\_\_\_ a été établie dans la forme écrite avec signature légalisée. Il s'ensuit que son cautionnement est invalide."*

Le 12 juin 2012, P.\_\_\_\_\_SA a interjeté recours auprès du Tribunal fédéral contre l'arrêt rendu par la Cour des poursuites et faillites le 9 mai 2012.

**7.** Par fax adressé le 11 juin 2012 au conseil de P.\_\_\_\_\_SA, le conseil de H.\_\_\_\_\_ a exposé qu'il reprenait le dossier jusqu'alors suivi par un agent d'affaires et qu'il considérait le cautionnement de sa mandante comme nul et non avvenu dès lors qu'il avait été signé par D.\_\_\_\_\_ uniquement et que la procuration du 26 février 2009 ne respectait pas la forme authentique. Il a imparti un délai au 15 juin 2012 à P.\_\_\_\_\_SA pour retirer sa poursuite.

**8. a)** Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles adressée le 19 juin 2012 à la Chambre patrimoniale cantonale, H.\_\_\_\_\_ a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes:

« Par voie de mesures superprovisionnelles

*I. Dire que la poursuite n° 5711682 ouverte par P.\_\_\_\_\_SA auprès de l'Office des poursuites du district de Lausanne est suspendue.*

Par voie de mesures provisionnelles

*II. Dire que la poursuite n° 5711682 ouverte par P. \_\_\_\_\_ SA auprès de l'Office des poursuites du district de Lausanne est suspendue jusqu'à droit connu sur le jugement au fond. »*

Le même jour, la requérante a également déposé une demande, dans laquelle elle a pris, sous suite de frais et dépens, les conclusions suivantes:

*«I. Constaté que H. \_\_\_\_\_ n'est pas débitrice de P. \_\_\_\_\_ SA de la somme de CHF 710'000.- (sept cent dix mille) plus intérêts au taux de 4% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et de la somme de CHF 8'768.90 sans intérêts.*

*II. Dire que la poursuite n° 5711682 de l'Office des poursuites du district de Lausanne-Est est annulée.*

*III. Ordonner au Préposé de l'Office du district de Lausanne-Est de radier la poursuite n° 5711682.»*

**b)** Le 21 juin 2012, P. \_\_\_\_\_ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles.

**c)** Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 25 juin 2012, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a ordonné la suspension provisoire de la poursuite n° 5711682 de l'Office des poursuites du district de Lausanne dirigée contre H. \_\_\_\_\_.

### **En droit :**

**1. a)** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272]). Selon l'art. 91 al. 1 CPC, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions. En matière de mesures provisionnelles de type conservatoire ou d'exécution anticipée, il convient de prendre en considération non les mesures demandées elles-mêmes, mais les

conclusions au fond (Juge délégué CACI 21 mars 2012/141; Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 67 ad art. 91 CPC, p. 323, qui propose une application analogique de l'art. 51 al. 1 let. c LTF [Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; RS 173.110]).

En l'espèce, les mesures provisionnelles ont été requises dans le cadre d'une action en annulation et en suspension provisoire d'une poursuite portant sur la somme de 710'000 fr. en capital; la valeur du litige étant supérieure à 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

**b)** L'ordonnance querellée a été rendue en application de la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC). Par conséquent, l'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès du Juge délégué de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]) dans les dix jours à compter de la notification de la décision (art. 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

Formé en temps utile, par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est formellement recevable.

**2.** L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2).

**3. a)** L'appelante invoque une violation de son droit à la motivation des décisions dès lors que le premier juge a refusé de traiter la question de savoir si les agissements subséquents de l'intimée permettaient de

couvrir le vice de forme affectant la procuration du 26 février 2009. Elle fait valoir que l'obligation de motiver s'impose tout particulièrement dans le contexte des mesures provisionnelles de l'art. 85a al. 2 LP (Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1), dès lors que, pour juger de la «très grande vraisemblance» d'une requête, le juge doit examiner sans tarder l'ensemble des arguments qui ont été développés, et non seulement ceux invoqués par la partie requérante.

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 1999; RS 101), le devoir de l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent pertinents (TF 2C\_724/2012 du 25 juillet 2012 c. 5.1; ATF 137 II 266 c. 3.2; ATF 136 I 229 c. 5.2).

**b)** En l'espèce, la motivation du premier juge, consistant à renvoyer au jugement au fond l'examen de la question de savoir si les agissements subséquents de l'intimée permettaient de couvrir le vice de forme, n'est guère satisfaisante. En effet, on ne voit pas comment il est possible, sans procéder à un examen *prima facie* de cette question qui est au cœur du litige, de conclure que les chances de succès de l'intimée seraient nettement meilleures que celles de sa partie adverse, ou du moins très bonnes (cf. consid. 4b/bb infra).

Il ne s'ensuit pas pour autant que l'ordonnance attaquée doive être annulée. En effet, selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant

une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 126 V 130 c. 2b; Juge délégué CACI 23 septembre 2011/268). Compte tenu du fait que l'appelante a pu s'exprimer de manière complète devant le juge de céans, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait comme en droit, le vice peut être guéri par l'examen, en instance d'appel, des questions soulevées.

**4. a)** A teneur de l'art. 85a LP, le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus ou qu'un sursis a été accordé (al. 1). S'il admet la demande, le tribunal ordonne l'annulation ou la suspension de la poursuite (al. 3).

L'art. 85a LP tend ainsi à corriger ce qui est souvent ressenti comme une rigueur excessive du droit des poursuites (Message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 II 79 ss). Le législateur a introduit cette disposition pour éviter que le poursuivi ne soit soumis à l'exécution forcée sur son patrimoine à raison d'une dette inexistante ou inexigible; il a voulu offrir un moyen de défense supplémentaire à celui qui a omis de former opposition et ne peut ni solliciter la restitution du délai d'opposition, ni prouver par titre l'extinction de sa dette, afin de lui épargner la voie de l'action en répétition de l'indu (ATF 125 III 149 c. 2c, JdT 1999 II 67; TF 5A\_473/2012 du 17 août 2012 c. 1.1; TF 5A\_712/2008 du 2 décembre 2008 c. 2.2; TF 5P.69/2003 du 4 avril 2003 c. 5.3.1).

Cette action a une double nature. D'une part, à l'instar de l'action en libération de dette (cf. art. 83 al. 2 LP), elle est une action de droit matériel visant la constatation de l'inexistence de la créance ou l'octroi d'un sursis ; d'autre part, elle a, comme l'art. 85 LP, un effet de droit des poursuites, en ceci que le juge qui admet l'action ordonne l'annulation ou la suspension de la poursuite (ATF 132 III 89 c. 1.1, JT 2010 I 244 ; ATF 125 III 149 c. 2c, JT 1999 II 67; Schmidt, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005, n. 2 ad art. 85a LP). Dans l'action en annulation de la poursuite de l'art. 85a LP, comme dans l'action en

libération de dette, c'est au créancier et défendeur qu'il incombe d'établir sa prétention (TF 4A\_96/2012 du 7 mai 2012 c. 4; ATF 119 II 305; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1-88, Lausanne 1999, n. 37 ad art. 85a LP; Bodmer/Bangert, Basler Kommentar, SchKG I, Bâle 2010, n. 23 ad art. 86 LP; Schmidt, op. cit., n. 3 ad art. 86 LP). Plus précisément, le défendeur doit prouver les faits générateurs, ou constitutifs, à savoir les faits dont il déduit l'existence de la créance; en revanche, les faits destructeurs ou modificateurs, à savoir les faits qui entraînent l'extinction ou la modification de la créance, qu'invoque le poursuivi et demandeur doivent être prouvés par ce dernier (Gilliéron, op. cit., nn. 37 et 38 ad art. 85a LP).

L'action en annulation ou en suspension de la poursuite n'est ouverte que si la poursuite est pendante: il s'agit là d'une condition de recevabilité de l'action (TF 5A\_712/2008 du 2 décembre 2008 c. 2.1; ATF 127 I 41 c. 4c, JT 2000 II 98), celle-ci ne devant notamment pas être éteinte par la forclusion du droit du poursuivant d'en requérir la continuation, par le paiement du poursuivant ou d'un intervenant à l'office des poursuites, ou par la distribution des deniers (Gilliéron, op. cit., n. 33 ad art. 85a LP). En effet, seul celui qui est poursuivi a un intérêt à la constatation, intérêt qui doit encore exister au moment où le jugement est rendu. Le juge ne saurait entrer en matière sur l'action en constatation après le retrait de la poursuite (ATF 127 III 41 c. 4c-d, JT 2000 II 98; Juge délégué CACI 21 mars 2012/141 précité, c. 3d).

**b) aa)** L'introduction de l'action au fond n'a pas pour effet de suspendre la poursuite en cours, c'est-à-dire de faire obstacle à sa continuation (Gilliéron, op. cit., n. 53 ad art. 85a LP). Le juge saisi de l'action au fond peut toutefois suspendre provisoirement la poursuite dans la mesure où, après avoir d'entrée de cause entendu les parties et examiné les pièces produites, il estime que la demande est très vraisemblablement fondée (art. 85a al. 2 LP). La suspension provisoire est une mesure provisionnelle qui sera remplacée le moment venu par le jugement au fond (Schmidt, op. cit., n. 7 ad art. 85a LP), lequel annulera la

poursuite si la créance est inexistante et la suspendra si un sursis a été octroyé (Juge délégué CACI 21 mars 2012/141 précité c. 3c).

**bb)** La recevabilité de la requête de suspension provisoire de la poursuite de l'art. 85a al. 2 LP suppose qu'une action en constatation et en annulation au sens du premier alinéa de cette disposition ait valablement été déposée (Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, thèse Zurich 1999, pp. 163 s.) et que les conditions posées pour la recevabilité de celle-ci soient réalisées ou, à tout le moins, rendues très vraisemblables. Le texte légal exige en effet que le juge porte son examen sur le caractère très vraisemblable du fondement de la demande ce qui implique nécessairement qu'il établisse, au préalable, la recevabilité de celle-ci. Il n'est pas concevable que la poursuite puisse être provisoirement suspendue alors que l'action au fond ne serait elle-même pas recevable, ce d'autant plus que le juge doit se montrer exigeant dans l'interprétation de la haute vraisemblance du bien-fondé de l'action afin de prévenir les actions abusives et les requêtes de suspension provisoire dilatoires (Juge délégué CACI 21 mars 2012/141 précité c. 3d; CCiv 14 février 2008/27, c. la; Reeb, La suspension provisoire de la poursuite selon l'art. 85a al. 2 LP, in Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, pp. 273 ss, p. 277; Gilliéron, op. cit., n. 73 ad art. 85a LP; dans le même sens TF 5P.69/2003 du 4 avril 2003 c. 5.3).

Conformément à l'art. 85a al. 2 LP, le juge n'ordonne la suspension provisoire de la poursuite que si la demande "est très vraisemblablement fondée". D'ordinaire, la partie instante aux mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable l'exactitude des faits qu'elle allègue, c'est-à-dire donner au juge l'impression, par des indices objectifs, que les faits en cause ont une certaine probabilité, sans qu'il ait à exclure l'hypothèse où les circonstances se présenteraient autrement ; de même, quant à l'apparence du droit, il faut pour le moins que le procès ait des chances de succès, soit la possibilité d'une issue favorable de l'action. La simple vraisemblance ne suffit toutefois pas dans le cadre de la

suspension provisoire de l'art. 85a al. 2 LP, cette disposition fixant des conditions plus restrictives à son admission en ce sens que la demande doit être très vraisemblablement fondée (TF 5P.69/2003 du 4 avril 2003 c. 5.3).

Pour la doctrine, il convient d'être exigeant dans l'interprétation de la haute ou grande vraisemblance du bien-fondé de l'action afin de prévenir des actions abusives et des requêtes dilatoires. En d'autres termes, l'exigence posée par cette disposition n'est pas remplie du seul fait que l'action n'apparaît pas dénuée de chances de succès ; il faut bien davantage que les chances de succès du requérant (débiteur poursuivi) apparaissent nettement meilleures que celles de sa partie adverse (créancier poursuivant) ou, du moins, très bonnes et que le juge, après un examen *prima facie*, incline à partager le point de vue du requérant (Schmidt, op. cit., n. 9 ad art. 85a LP; Brönnimann, Zur Klage nach Art. 85a SchKG ("Negative Feststellungsklage"), AJP/PJA 1996 pp. 1394 ss, spéc. 1398; Tenchio, op. cit., pp. 167-170). Ainsi, le degré de preuve requis doit dépasser la simple vraisemblance, sans pour autant que la certitude soit exigée (Gilliéron, op. cit., n. 71 ad art. 85a LP ; Juge délégué CACI 21 mars 2012/141 précité c. 3e).

**cc)** La suspension provisoire de la poursuite au sens de l'art. 85a al. 2 LP constitue une mesure qui peut être ordonnée dans le cadre de mesures provisionnelles (Reeb, op. cit., p. 277 ; Juge délégué CACI 21 mars 2012/141 précité c. 3c).

Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, du Code de procédure civile suisse, les mesures provisionnelles sont régies par le droit fédéral. Pour en bénéficier, le requérant doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte illicite ou risque de l'être (art. 261 al. 1 let. a CPC) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 let. b CPC).

Le motif qui justifie la mesure requise doit être examiné en premier lieu; il faut une mise en danger ou une violation effective d'une

prétention risquant de causer à son titulaire un préjudice difficilement réparable et impliquant une urgence temporelle. Le préjudice envisagé doit être objectivement vraisemblable, une erreur d'appréciation n'étant pas totalement exclue. Par préjudice, on entend par exemple l'atteinte à l'exercice de droits absolus. Peu importe que l'atteinte puisse être réparée par une somme d'argent. Même un dommage immatériel imminent ou qui est difficile à évaluer ou à démontrer, ou encore des difficultés d'exécution d'une décision, en font partie. Il faut en outre que la prétention matérielle mise apparemment en danger ou déjà violée soit vraisemblable, de sorte que le requérant est tenu de rendre vraisemblable - respectivement hautement vraisemblable dans le cadre d'une requête tendant à la suspension provisoire de la poursuite selon l'art. 85a al. 2 LP - la légitimité de sa demande principale (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, p. 6841 ss, spéc. 6961 ; Bohnet, CPC commenté, n. 7 ad art. 261 CPC, p. 1019).

**c)** En l'espèce, l'intimée a déposé une action en constatation de l'inexistence de sa créance le 19 juin 2012. Il est en outre établi qu'elle a formé opposition au commandement de payer n° 5711682 de l'Office des poursuites du district de Lausanne et que le juge de paix a prononcé la mainlevée provisoire de cette opposition le 1<sup>er</sup> septembre 2011, à concurrence de 710'000 fr. plus intérêts au taux de 4% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et de 8'768 fr. 90 sans intérêt. La poursuite a suivi son cours et est actuellement pendante.

Ainsi, les conditions de recevabilité des conclusions en constatation de l'inexistence de la créance et en annulation de la poursuite sont très vraisemblablement réalisées, ce qui n'est pas contesté, les griefs de l'appelante portant sur la réalisation des conditions matérielles de la requête de mesures provisionnelles.

**5. a)** Dans un premier moyen, l'appelante soutient que l'intimée ne saurait invoquer la nullité pour vice de forme du cautionnement sans contrevenir aux règles de la bonne foi et à l'interdiction de l'abus de droit

(art. 2 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210]). Elle relève que l'intimée a écrit, dans un courrier du 2 mai 2012, que la validité du cautionnement était douteuse, raison pour laquelle elle souhaitait que lui soient adressées les décisions de justice rendues à cet égard. Dans un courrier à l'office des poursuites du 5 juin 2012, elle a toutefois indiqué – sans aucune réserve – que les ventes immobilières pourraient se faire aux montants discutés lors de la séance du 16 mai 2012 et que les prix de vente seraient affectés en priorité au paiement des dettes hypothécaires contractées auprès de l'appelante et "en paiement du cautionnement dû conjointement et solidairement à cette banque par les époux." Puis, le 11 juin 2012, l'intimée a invoqué le vice de forme et requis le retrait de la poursuite.

**b)** Selon l'art. 493 CO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), la validité du cautionnement est subordonnée à la déclaration écrite de la caution et à l'indication numérique, dans l'acte même, du montant total à concurrence duquel la caution est tenue (al. 1) ; lorsque la caution est une personne physique et que le cautionnement dépasse la somme de 2'000 fr., la déclaration de cautionnement doit en outre revêtir la forme authentique conformément aux règles en vigueur au lieu où l'acte est dressé (al. 2, 1<sup>re</sup> phrase). Sont soumis aux mêmes conditions de forme que le cautionnement le pouvoir spécial de cautionner et la promesse de cautionner l'autre partie ou un tiers (al. 6, 1<sup>re</sup> phrase). La validité d'une procuration n'est en principe soumise à aucune exigence de forme. L'art. 493 al. 6, 1<sup>re</sup> phrase CO apporte une exception à la règle ordinaire, en exigeant que le pouvoir de cautionner respecte les mêmes conditions de forme que l'acte à souscrire, sous peine de nullité. La loi cherche à empêcher que les règles strictes en matière de forme ne soient éludées par l'octroi de pouvoirs de représentation (Meier, Commentaire romand, Code des obligations I, n. 16 ad art. 493 CO).

Selon l'article 47 LNo (Loi sur le notariat du 29 juin 2004, RSV 178.11), les actes notariés répondant aux exigences de validité de la présente loi sont des actes authentiques (al. 1), un acte notarié n'étant valablement instrumenté que par le notaire personnellement (al. 2). Si les

cantons déterminent les modalités de la forme authentique (art. 55 al. 1 Tit. fin. CC), la notion même de forme authentique et les conditions minimales auxquelles elle doit satisfaire relèvent du droit fédéral, ces conditions résultant du but que le droit matériel fédéral assigne à la forme authentique (ATF 125 III 131). Lorsqu'il exige qu'un acte soit passé en la forme authentique, le droit fédéral cherche à préserver les parties de décisions irréfléchies, à leur faire prendre conscience de la portée de leurs engagements et à assurer une expression claire et complète de leur volonté (ATF 90 II 274 c. 6, JT 1965 I 234). Le législateur a voulu inciter la caution à la réflexion et à la prise de conscience de ses engagements, pour éviter des cautionnements inconsidérés (Meier, op. cit., n. 16 ad art. 493 CO).

Dans l'arrêt précité n° 134 du 9 mai 2012, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a rappelé que l'art. 493 al. 6 CO soumet à la forme authentique, par renvoi à l'art. 493 al. 1 CO, le pouvoir spécial de cautionner. Elle a ainsi considéré que, la procuration du 26 février 2009 signée par l'intimée n'ayant pas été établie en la forme authentique, mais seulement dans la forme écrite avec signature légalisée, son cautionnement était invalide (consid. IIc). Cet arrêt fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, sur lequel il n'a pas encore été statué à ce jour.

**c)** Selon l'art. 2 al 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine. L'adjectif "manifeste" indique qu'il convient de se montrer restrictif dans l'admission de l'abus de droit. Les cas typiques sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (TF 4C.33/2006 du 29 mars 2006 c. 3.2; ATF 129 III 493 c. 5.1, JT 2004 I 49).

En principe, le non-respect d'une prescription de forme entraîne la nullité de l'acte juridique en cause. Toutefois, l'invocation d'un vice de forme peut exceptionnellement se heurter à un abus de droit (Pichonnaz/Foëx, Commentaire romand, Code civil I, n. 38 ad art 2 CC). Afin de déterminer si le moyen tiré d'un vice de forme constitue un abus de droit, le juge doit apprécier l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Parmi les circonstances pertinentes, le juge doit en particulier apprécier si la partie qui se prévaut de l'avis de droit a exécuté volontairement le contrat (Pichonnaz/Foëx, op. cit., n. 38 ad art. 2 CC).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est déterminant de savoir si la partie qui se prévaut du vice de forme en avait connaissance au moment de la conclusion et de l'exécution du contrat. En effet, il ne suffit pas que le contrat ait été volontairement exécuté de part et d'autre: il faut qu'il ait été exécuté en connaissance de cause. Il s'ensuit que la partie qui se prévaut du vice de forme n'abuse pas de son droit lorsqu'elle a conclu et exécuté le contrat dans l'ignorance du vice de forme. Dans cette éventualité, la partie en question n'adopte pas une attitude contradictoire. Elle peut donc par la suite se prévaloir de la nullité (SJ 2002 I 405). Dans un arrêt plus récent (ATF 138 III 123), le Tribunal fédéral a également jugé qu'il fallait tenir compte du but de protection lié à l'exigence formelle d'un acte dont une partie se prévaut de la nullité. Il est également admis par la doctrine que la caution qui invoque la nullité de l'acte ne commet pas un abus de droit, sauf lorsqu'elle a provoqué elle-même cette nullité volontairement ou lorsqu'elle a payé en toute connaissance de cause (Tercier, les contrats spéciaux, 2009, n. 6883 p. 1040). Le fardeau de la preuve de l'abus de droit incombe à la partie qui s'en prévaut (SJ 2002 I 405).

**d)** En l'espèce, l'intimée a rendu hautement vraisemblable que les conditions très restrictives posées par la jurisprudence et la doctrine pour admettre l'existence d'un abus de droit dans l'invocation d'un vice de forme ne sont pas réalisées. D'abord, l'intimée n'a jamais exécuté le cautionnement. Ensuite, elle a formé opposition aux procédures de poursuite. Les seules démarches envisagées - soit la vente des immeubles

saisis - l'ont été dans le cadre de procédures d'exécution forcée, de sorte qu'elles ne sauraient être considérées comme étant volontaires. Jusqu'au 9 juin 2012, date à laquelle elle soutient avoir eu connaissance de l'arrêt rendu le 9 mai 2012 par la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal dans le cadre des procédures intentées par l'appelante contre D.\_\_\_\_\_, avec lequel elle est en instance de divorce, l'intimée ignorait l'existence du vice de forme. Enfin, c'est à tort que l'appelante fait référence à la formation universitaire de l'intimée, qui est médecin, d'autant plus que ni l'appelante, pour laquelle l'obtention d'un cautionnement est un acte usuel, ni le notaire instrumentateur, dont c'est le métier, ne se sont rendus compte du vice de forme affectant le cautionnement.

Ainsi, l'intimée a satisfait à la condition posée par l'art. 85a al. 2 LP en rendant très vraisemblable le bien-fondé de son action, à savoir que le cautionnement est nul pour vice de forme et que les circonstances ne permettent pas de retenir l'existence d'un abus de droit dans l'invocation de ce vice de forme.

**6. a)** Dans un deuxième moyen, l'appelante soutient qu'il convient également de déterminer si les engagements de l'intimée pris en juin 2012, après que son conseil eut mis en doute la validité du cautionnement, valent reconnaissance de dette et empêchent ainsi de retenir que le moyen invoqué par l'intimée est « très vraisemblablement fondé ». A cet égard, l'appelante soutient que la loi n'interdit pas à l'administratrice et actionnaire d'une société de prendre un engagement principal et inconditionnel de régler la dette de la société tombée en faillite, par une déclaration en la forme écrite et postérieure à la faillite, et qu'il ne s'agit plus d'un cautionnement, mais d'un engagement principal, qui doit répondre aux conditions du seul art. 17 CO.

**b)** A teneur de cette disposition, la reconnaissance d'une dette est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation. Cela étant, même en présence d'une reconnaissance de dette, le débiteur est libre de

soulever toutes les objections et exceptions qui affectent la dette reconnue ; en d'autres termes, la reconnaissance ne crée pas de dette nouvelle, correspondant aux termes de la promesse du débiteur, qui serait indépendante (ou « abstraite ») de l'obligation reconnue (Tevini Du Pasquier, Commentaire romand, Code des obligations, n. 7 ad art. 17 CO). Selon la doctrine, cette « dette nouvelle » dépend de la validité de la dette reconnue ; le débiteur peut apporter la preuve du caractère non obligatoire de sa promesse lorsque la dette reconnue n'est pas valable, et se prévaloir de toutes les objections et exceptions affectant l'obligation « originale » (Tevini Du Pasquier, op. cit., n. 9 ad art. 17 CO et réf. citées).

Il découle de ce qui précède que, sur la base d'un examen *prima facie*, il n'apparaît pas qu'une éventuelle reconnaissance par l'intimée de la dette résultant du cautionnement puisse guérir le vice initial du cautionnement.

**7. a)** L'appelante soutient, enfin, que la condition de l'urgence de la suspension provisoire requise, telle qu'elle découle du but de l'art. 85a al. 2 LP ainsi que de l'art. 261 CPC, n'est pas réalisée. Elle fait valoir que la procédure de réalisation est celle de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 17 janvier 1023 concernant la saisie et la réalisation de parts de communauté (OPC, RS 281.41). Celle-ci prévoit des pourparlers de conciliation (art. 9), suivis de l'interpellation des créanciers saisissants, du débiteur et des membres de la communauté, puis la transmission du dossier à l'autorité de surveillance, qui est chargée de décider si la part de communauté saisie doit être vendue aux enchères comme telle ou s'il y a lieu de procéder à la dissolution de la communauté et à la liquidation du patrimoine commun, conformément aux dispositions qui régissent la communauté dont il s'agit (art. 10). Selon l'appelante, on serait loin de la réalisation : la procédure de conciliation a été initiée, une séance a été tenue et doit éventuellement reprendre, dès lors que les parties étaient invitées à «faire d'autres propositions en vue de mesures ultérieures de réalisation». Le 5 juin 2012, l'intimée a informé l'Office des poursuites du

district de Lausanne que les ventes immobilières "pourraient se faire selon les offres présentées".

**b)** Comme l'a relevé à juste titre le premier juge, la procédure en annulation de la poursuite ouverte devant la Chambre patrimoniale cantonale par demande du 19 juin 2012 risque de durer un certain temps - étant observé qu'à ce jour, l'appelante n'a toujours pas déposé sa réponse -, si bien que l'on ne peut exclure que l'avancement de la procédure de l'Office des poursuites aboutisse entre-temps à la vente de certains des biens de l'intimée, ce qui serait de nature à lui causer un préjudice difficilement réparable même si elle obtenait gain de cause sur le fond.

La condition posée par l'art. 261 al. 1 let. b CPC est donc également réalisée.

**8.** Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le premier juge a fait droit à la requête de mesures provisionnelles de l'intimée du 19 juin 2012 et ordonné la suspension provisoire de la poursuite n° 5711682 de l'Office des poursuites du district de Lausanne.

Partant, l'appel, mal fondé, doit être rejeté et l'ordonnance attaquée confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (art. 65 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Obtenant gain de cause, l'intimée a droit à des dépens de deuxième instance, fixés à 1'200 francs.

Par ces motifs,  
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,  
statuant à huis clos,  
prononce :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge de l'appelante P. \_\_\_\_\_ SA.
- IV. L'appelante P. \_\_\_\_\_ SA versera à l'intimée H. \_\_\_\_\_ une indemnité de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 6 mars 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du 6 mars 2013

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Philippe Reymond (pour P. \_\_\_\_\_ SA),
- Me Alain Dubuis (pour H. \_\_\_\_\_).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :