

# **GE\_GERICHTE AC/688/2022 vom 4. März 2025**

GE Cour de justice, 2025-03-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_AC\\_688\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AC_688_2022)

FR: GE\_GERICHTE AC/688/2022 du 4 mars 2025

IT: GE\_GERICHTE AC/688/2022 del 4 marzo 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La décision entreprise est sujette à recours auprès de la présidence de la Cour de justice en tant qu'elle refuse l'extension de l'assistance juridique (art. 121 CPC et art. 21 al. 3 LaCC), compétence expressément déléguée à la vice-présidente soussignée sur la base des art. 29 al. 5 LOJ et 10 al. 1 du Règlement de la Cour de justice (RSG E 2 05.47). Le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC) dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC et 11 RAJ).

### **E. 1.2**

En l'espèce, le recours est recevable pour avoir été interjeté dans le délai utile et en la forme écrite prescrite par la loi.

### **E. 1.3**

Lorsque la Cour est saisie d'un recours (art. 121 CPC), son pouvoir d'examen est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC, applicable par renvoi de l'art. 8 al. 3 RAJ). Il appartient en particulier au recourant de motiver en droit son recours et de démontrer l'arbitraire des faits retenus par l'instance inférieure (Hohl, Procédure civile, tome II, 2<sup>ème</sup> éd., n. 2513-2515).

## **E. 2**

La recourante fait valoir des violations de son droit d'être entendue.

### **E. 2.1**

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 144 IV 302 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_263/2024 du 27 novembre 2024 consid. 4.1.2). Le droit, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 148 II 73 consid. 7.3.1; 145 I 167 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_679/2022 du 25 avril 2023 consid. 4.1). Ce droit implique également, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_138/2024 du 31 janvier 2025 consid. 4.1.1).

### **E. 2.2.1**

En premier lieu, la recourante fait valoir que l'Autorité de première instance, à la suite de la prise de connaissance de son acte d'appel, aurait dû constater que le jugement du 6 janvier 2025 avait été rendu en violation de son droit d'être entendue, parce que le Tribunal n'avait pas ordonné la production de la pièce requise n° 252, ni examiné les faits à la base de celle-ci. Or, cette pièce lui était nécessaire pour prouver un abus de droit dans le cas d'espèce. Il se justifiait d'examiner précisément les conditions de la cession d'une prétendue créance de 4,5 millions en 2020 au prix net payé de 3,1 millions de francs, à une " simple société anonyme " dotée d'un capital social de 100'000 fr. Le président du conseil de fondation de la créancière n'était pas un témoin neutre, puisqu'il était directement lié à la structure de celle-ci et à l'encontre de laquelle la recourante devait rapporter la preuve d'un abus de droit. Il était, en outre, l'un des signataires du contrat de cession. A cette fin, un témoin neutre aurait été une personne en charge du dossier de la créancière auprès du Ministère public ou de l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance, dont relève la créancière. La dénonciation du prêt, alors que " tout avait été régulièrement payé " était dépourvue de logique, puisqu'il rapportait des intérêts de 3,5% l'an, supérieur aux conditions du marché, et était couvert par un gage immobilier d'une valeur d'environ 7 millions. Il existait dès lors " une forte raison " pour que la créancière ait néanmoins décidé de rompre le contrat et d'exiger en sus un taux d'intérêt de 12%. A son avis, la cessionnaire nourrissait le dessein de reprendre l'actif immobilier appartenant à la société immobilière au prix de 3'100'000 fr., bien inférieur à sa valeur vénale, tout en continuant à poursuivre la succession pour le solde de la créance. Or, la créancière, au contraire de la cessionnaire, était soumise à la FINMA et n'aurait pas pu effectuer une telle opération.

### **E. 2.2.2**

En l'espèce, la recourante a requis en première instance la production de la pièce n° 252, soit le dossier pénal du Ministère public relatif à la procédure pénale diligentée à l'encontre des anciens dirigeants de la créancière. Par ordonnance du 23 novembre 2023, le Tribunal a rejeté cette requête, parce qu'après avoir procédé à l'audition du président du conseil de fondation de la créancière, il est arrivé à la conclusion que le prêt hypothécaire n'était pas concerné par la procédure pénale diligentée à l'encontre des anciens dirigeants de la créancière. Le Tribunal n'a donc pas ignoré la requête en production de pièce de la recourante, d'une part, et a dûment motivé sa décision de rejet, d'autre part. Ce grief, invoqué à l'appui de l'appel, n'aura, dès lors, guère de chances de succès. Aucune violation du droit d'être entendu ne peut davantage être reprochée à la vice-présidence du Tribunal civil, puisqu'elle est entrée en matière sur ce grief (cf. p. 8 de la décision) et y a répondu par la négative. A l'instar du Tribunal, elle a considéré que l'audition du président du conseil de fondation permettait de retenir que le prêt hypothécaire, concédé par d'anciens dirigeants de la créancière mis en cause dans une procédure pénale, n'était pas concerné par celle-ci, raison pour laquelle son apport ne se justifiait pas. Elle a précisé que son apport ne permettrait pas, en tout état de cause, de démontrer la commission d'infractions pénales par la créancière en lien avec le prêt hypothécaire. Pour le surplus, les autres critiques de la recourante relatives aux conditions de la cession, à la qualité du témoin et aux raisons de la résiliation du prêt concernent l'action en libération de dette et non pas la présente procédure. Il ne sera, dès lors, pas entré en matière sur celles-ci.

### **E. 3**

La recourante reproche à l'Assistance juridique [recte : l'Autorité de première instance] une seconde violation de son droit d'être entendue et une constatation inexacte des faits parce que celle-ci aurait pu relever qu'elle était, à titre personnel, également codébitrice du prêt et que la légitimation active lui avait été déniée : aucun document de résiliation concernant ce " prêt hypothécaire à son nom " ne lui avait été adressé, ni en 2025, ni en 2016. Elle n'avait reçu aucune notification d'un commandement de payer en 2017, à la différence de son époux, ce qui l'avait empêchée d'agir en son propre nom. Elle n'avait pas davantage été conviée à la cosignature de la convention du 2 juin 2017. Elle était, néanmoins, " condamnée " à subir les conséquences de la " prétendue " dénonciation du prêt et de la convention de 2017, sans disposer de la légitimation active, ni qu'il lui ait été indiqué qu'elle l'aurait " carrément perdue durant la procédure ".

### **E. 3.1.1**

Selon l'art. 175 al. 1 CO, la promesse faite à un débiteur de reprendre sa dette oblige le reprenant à le libérer soit en payant le créancier, soit en se chargeant de la dette du consentement de celui-ci. Selon l'art. 176 al. 1 CO, le remplacement de l'ancien débiteur et sa libération s'opèrent par un contrat entre le reprenant et le créancier. Lorsque le contrat de " vente " ne porte pas sur l'immeuble lui-même, mais sur les actions de la société anonyme immobilière propriétaire de l'immeuble, la reprise de la dette constatée dans la cédula hypothécaire par l'acheteur des actions est régie exclusivement par les art. 175 s. CO. La clause du contrat de " vente " par laquelle l'acheteur paie le prix par reprise à sa charge de la dette hypothécaire constitue une reprise de dette interne au sens de l'art. 175 CO.

Contrairement à ce que la note marginale de l'art. 175 CO pourrait suggérer, cette clause ne produit pas à elle seule le transfert de la qualité de débiteur. Elle n'opère pas le transfert de la dette de l'aliénateur à l'acquéreur, mais constitue une promesse de libération de dette du second envers le premier. La promesse ne constitue que les préliminaires de la reprise de dette externe, qui est régie par l'art. 176 CO (ATF 121 III 256 consid. 3b). Pour le créancier gagiste, la convention de reprise interne est une res inter alios acta (ATF 110 II 340 consid. 1a). Ses droits demeurent intacts. On est ainsi en présence d'une reprise de l'exécution de l'obligation (ATF 110 II 340 consid. 1a; 121 III 256 consid. 3b; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_486/2020 du 15 juillet 2021 consid. 6.2; 5C.51/2004 du 28 mai 2004 consid. 6.1).

### **E. 3.1.2**

La légitimation active ou la légitimation passive relève du fondement matériel de l'action; elle appartient au sujet (actif ou passif) du droit invoqué en justice (ATF 142 III 782 consid. 3.1.3.2; 130 III 417 consid. 3.1 et 3.4; 126 III 59 consid. 1a; 125 III 82 consid. 1a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_102/2023 du 17 octobre 2023 consid. 1.3.1). Le défaut de légitimation active ou passive entraîne le rejet de la demande (ATF 142 III 782 consid. 3.1.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_102/2023 du 17 octobre 2023 consid. 1.3.1). Il incombe au demandeur de prouver les faits desquels il tire sa légitimation active (ATF 123 III 60 consid. 3a).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'Autorité de première instance n'a pas constaté les faits de manière manifestement inexacte et n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante, puisque celle-ci n'a jamais eu la qualité de codébitrice du prêt hypothécaire. En effet, le contrat de prêt hypothécaire a été conclu entre la société immobilière et l'époux de la recourante, en qualité de débiteurs, d'une part, et la créancière, d'autre part. En application, par analogie, de la jurisprudence sus évoquée, la recourante a reçu la moitié du capital-actions de la société

immobilière et a, a priori, conclu avec son époux une reprise de dette portant sur la moitié des engagements hypothécaires de celui-ci. Cette convention convenue sur le plan interne uniquement est demeurée sans effet sur la situation juridique de la créancière, puisqu'elle ne s'est pas matérialisée sur le plan externe, en l'absence de conclusion d'un accord entre la recourante et la créancière, selon laquelle celle-ci aurait accepté la recourante en qualité de codébitrice. La recourante n'a, dès lors, pas conclu le contrat de prêt hypothécaire " à son nom ". N'ayant pas acquis la qualité de codébitrice du prêt hypothécaire, la résiliation du prêt n'avait pas à lui être notifiée et elle n'était pas concernée par la signature de la convention du 2 juin 2017 conclue entre la société immobilière et la créancière. Il s'ensuit qu'elle n'a jamais disposé de la légitimation active en qualité de codébitrice du prêt hypothécaire, du vivant de son époux. Pour le surplus, la recourante n'avait certes pas reçu en 2017 la notification du commandement de payer, poursuite n° 3\_\_\_\_\_, en même temps que son époux, mais la notification d'une copie de ce commandement de payer, intervenue le 7 mai 2021, a permis de réparer cette omission et d'exercer ses droits en le frappant d'opposition.

#### **E. 4**

La recourante reproche à la vice-présidence du Tribunal civil une violation des art. 9 et 29 Cst., 19 ORFI et d'avoir commis un " arbitraire dans l'examen du dossier ". A son sens, l'art. 19 ORFI lui est applicable et elle peut se prévaloir d'un droit préférable : d'une part, cette disposition emploie uniquement le terme de " débiteur " et la condition que celui-ci devrait être également propriétaire de l'immeuble n'y figure pas. D'autre part, sa qualité d'actionnaire et d'ayant droit économique de la société immobilière permet de l'assimiler à un véritable copropriétaire, à hauteur de ses parts sociales, comme cela ressort notamment des réglementations en matière de transparence fiscale et de lutte contre le blanchiment d'argent. Elle met en cause la responsabilité de l'Office des poursuites qui a omis de lui notifier un commandement de payer en 2017, lorsqu'elle résidait dans le logement concerné par le prêt hypothécaire. A son sens, elle n'aurait pas dû perdre sa légitimation active à la suite de son évacuation de ce logement. Le retard excessif pris par l'Office avait injustement favorisé la créancière, qui avait appliqué un taux d'intérêt de 12%. La société immobilière et ses actionnaires avaient perdu des revenus locatifs durant plusieurs années, car la gérance légale instaurée n'avait pas loué les locaux libres du rez-de-chaussée, ni le logement dont elle avait été évacuée.

##### **E. 4.1.1**

Reprenant l'art. 29 al. 3 Cst., l'art. 117 CPC prévoit que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès. Un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'un plaideur raisonnable et aisé renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'il serait exposé à devoir supporter; en revanche, il ne l'est pas lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou que les premières n'apparaissent que légèrement inférieures aux seconds. Le critère des chances de succès doit être examiné au moment du dépôt de la requête d'assistance judiciaire et sur la base d'un examen sommaire (ATF 142 III 138 consid. 5.1; 139 III 475 consid. 2.2; 138 III 217 consid. 2.2.4; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_187/2023 du 24 novembre 2023 consid. 3.2; 4A\_462/2022 du 6 mars 2023 consid. 9.1). Pour déterminer les chances de succès d'un recours, le juge peut prendre en considération la

décision de première instance, en comparant celle-ci avec les griefs soulevés. De la sorte, l'examen sommaire des chances de succès auquel il doit procéder est simplifié. Cet examen ne doit toutefois pas conduire à ce qu'une partie voit quasiment rendu impossible le contrôle d'une décision qu'elle conteste (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_405/2023 du 17 août 2023 consid. 3.2.3; 5A\_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 4.1). L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance judiciaire sera ainsi refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés. Il en sera de même si, en droit, la démarche du requérant paraît d'emblée irrecevable, ou juridiquement infondée (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_187/2023 du 24 novembre 2023 consid. 3.2). La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire (ATF 142 III 138 consid. 5.1; 133 III 614 consid. 5).

#### **E. 4.1.2**

Selon l'art. 9 Cst, toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. Selon l'art. 29 Cst, toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1). Les parties ont le droit d'être entendues (al. 2). Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert (al. 3).

#### **E. 4.1.3**

Selon l'art. 19 ORFI, jusqu'à la réalisation de l'immeuble, le débiteur ne peut être tenu ni de payer une indemnité pour les locaux d'habitation ou d'affaires qu'il occupe ni de vider les lieux. Dans la poursuite en réalisation de gage, l'ayant droit est le propriétaire de l'immeuble. Si le débiteur n'est pas le propriétaire de l'immeuble - ce qui est possible dans la poursuite en réalisation de gage -, l'art. 19 ORFI ne s'applique pas (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_937/2023 du 6 février 2024 consid. 5.1 et les références citées). D'après Zopfi, la famille ou le partenaire enregistré du débiteur sont également visés par l'art. 19 ORFI. Le bénéfice de cette disposition s'étend à l'épouse séparée du débiteur ainsi qu'aux enfants du couple occupant l'immeuble concerné " eu égard aux nombreuses dispositions « protectrices » existant en droit civil et en matière d'exécution forcée concernant le logement familial (...) [et] les actes juridiques entre époux " (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_937/2023 du 6 février 2024 consid. 5.1 et les références citées, dont Zopfi, in Kurzkomentar VZG, 2<sup>ème</sup> éd. 2023, n° 4 ad art. 19 ORFI).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, la poursuite en cause est une poursuite en réalisation de gage, de sorte que l'ayant-droit dans celle-ci, au sens de l'art. 19 ORFI et de la jurisprudence sus évoquée, est le propriétaire de l'immeuble. Or, seule la société immobilière revêt la qualité de propriétaire – unique - de la parcelle faisant l'objet du gage. Par conséquent, l'Autorité de première instance a considéré avec raison que la recourante n'était pas propriétaire de cet immeuble, pas plus d'ailleurs que feu son époux, dont elle aurait pu tirer certains droits si tel avait été le cas. Ainsi, en qualité d'actionnaire de la société propriétaire, la recourante ne pouvait, a priori, pas se prévaloir d'un droit préférable en vertu de l'art. 19 ORFI, comme l'a relevé avec raison la vice-présidence du Tribunal civil. Il s'ensuit que l'Autorité de première instance n'a pas violé l'art. 19 ORFI. L'argument, soutenu en appel, d'une violation de cette

disposition a, dès lors, très peu de chances de prospérer. Pour le surplus, la recourante n'a pas expliqué en quoi l'Autorité de première instance aurait violé les art. 9 et 29 Cst, de sorte que ce grief est irrecevable, faute de motivation suffisante. Enfin, la mise en cause de la responsabilité de l'Office des poursuites ne concerne ni la présente cause, ni celle au fond, puisque la recourante n'a pas agi en responsabilité de l'Etat de Genève, mais en libération de dette, en assignant la cessionnaire en justice. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur le dernier paragraphe de l'argumentation de la recourante.

## **E. 5**

La recourante reproche à l'Autorité de première instance une violation de l'interdiction de l'arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst, pour avoir considéré que le montant de 119'648 fr. 70 ne pouvait pas être porté en déduction de la créance de la cessionnaire, car celui-ci concernait un autre bien immobilier, sis à L\_\_\_\_\_, et non pas le bien immobilier sis au chemin 2\_\_\_\_\_ no. \_\_\_\_\_. A cette fin, la recourante se réfère à la pièce n° 6 de son appel, libellée comme étant le " décompte de vente du bien immobilier à L\_\_\_\_\_ " et qui fait mention d'un montant de 119'649 fr. 70 " remboursé à l'office des poursuites de Genève (débitrice A\_\_\_\_\_ ) ".

### **E. 5.1.1**

Selon l'art. 83 al. 1 et al. 2, 1 ère phr., LP, lorsque la mainlevée provisoire a été accordée, le débiteur peut, dans les 20 jours à compter de la mainlevée, intenter au for de la poursuite une action en libération de dette. L'action en libération de dette est une action de droit matériel tendant à faire constater que la créance déduite en poursuite était inexistante ou inexigible au moment de l'introduction de la poursuite. Quand bien même le créancier poursuivant a le rôle de défendeur dans cette action, la répartition du fardeau de la preuve demeure inchangée. Il échoit ainsi au créancier/défendeur de prouver les faits dont il déduit l'existence et l'exigibilité de la créance, tandis que le débiteur/demandeur peut se défendre en démontrant qu'il ne doit pas les sommes réclamées (ATF 131 III 268 consid. 3.1; 130 III 285 consid. 5.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_395/2022 du 11 octobre 2022 consid. 3.1.1; 4A\_482/2019 du 10 novembre 2020 consid. 3). Les créances invoquées en compensation doivent être prouvées par le débiteur compensant (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_395/2022 du 11 octobre 2022 consid. 3.1.1 et la référence citée).

### **E. 5.1.2**

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Pour les novas improprement dits, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas été porté plus tôt à la procédure (ATF 143 III 348 consid. 4.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_341/2019 du 15 mai 2020 consid. 3.1; 5A\_763/2018 du 1 er juillet 2019 consid. 2.1.3.3). L'art. 317 CPC signifie que le procès doit en principe se conduire entièrement devant les juges du premier degré; l'appel est ensuite disponible mais il est destiné à permettre la rectification des erreurs intervenues dans le jugement plutôt qu'à fournir aux parties une occasion de réparer leurs propres carences (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_470/2022 du 4 janvier 2023 consid. 4.1; 4A\_292/2022 du 22 décembre 2022 consid. 7.1.4; 4A\_569/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.3).

## **E. 5.2**

En l'espèce, la recourante a introduit une action en libération de dette, de sorte qu'il lui incombait de démontrer qu'elle ne devait pas toute la somme déduite en poursuite. A cette fin, il était primordial qu'elle produisit la pièce n° 6, du 4 janvier 2023, en première instance, en tant qu'il en ressort qu'un montant de 119'649 fr. 70, issu de la vente de l'immeuble de L\_\_\_\_\_, a été versé en faveur à l'Office des poursuites de Genève. Or, la recourante n'a pas produit cette pièce en première instance et s'en prévaut à l'appui de son appel, sans expliciter la raison pour laquelle elle n'avait pas pu la produire devant le Tribunal. Ainsi, la vice-présidence du Tribunal civil a considéré avec raison que cette pièce était a priori irrecevable, faute de justification de sa recevabilité au regard des conditions de l'art. 317 al. 1 let. b CPC. De plus, l'Autorité de première instance a dénié toute force probante à cette pièce nouvellement produite, avec raison, non pas parce qu'elle concerne le bien immobilier sis à L\_\_\_\_\_, mais parce que le montant de 119'649 fr. 70, " remboursé à l'office des poursuites de Genève (débitrice A\_\_\_\_\_) " ne précise pas qu'il aurait été versé en faveur de la poursuite n° 3\_\_\_\_\_. Il s'ensuit que sur ce point, les chances de succès de l'appel de la recourante paraissaient très faibles, en raison de l'irrecevabilité de sa pièce n° 6 et en l'absence de force probante suffisante.

## **E. 6**

La recourante reproche à l'Autorité de première instance une violation de l'art. 494 CO, parce que la " prétendue " reprise des droits et obligations relative au contrat de prêt hypothécaire par son époux, intervenue " prétendu [ment]" en 2009, ne pouvait être qu'un " cautionnement déguisé ", puisque son époux, en qualité d'actionnaire, avait garanti l'engagement de sa société. Elle se prévaut de l'ATF 125 III 305 .

### **E. 6.1**

Selon l'art. 492 al. 1 CO, le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur. Selon l'art. 493 al. 2 CO, lorsque la caution est une personne physique, la déclaration de cautionnement doit en outre revêtir la forme authentique conformément aux règles en vigueur au lieu où l'acte est dressé. Selon l'art. 494 al. 1, 1 ère phr., CO, une personne mariée ne peut cautionner valablement qu'avec le consentement écrit de son conjoint donné préalablement ou au plus tard simultanément dans l'espèce. L'état de fait de l'ATF 125 III 305 concernait une société (D. Ltd), qui avait acquis le capital-actions d'une société tierce (M. SA). S., qui avait le contrôle de D. Ltd, s'était engagé à titre personnel à garantir l'exécution de tous les engagements pris par sa société. Il a été retenu que S. aurait pu se porter acquéreur, à la place de sa société, mais qu'il avait choisi de faire intervenir sa propre société comme acheteur, manifestant ainsi sa volonté de ne pas être lui-même le cocontractant. Il ne s'était donc pas engagé comme codébiteur solidaire. Son but avait été de garantir la solvabilité de sa société auprès des vendeurs et il n'avait pas contracté une garantie indépendante l'obligeant à payer si sa société n'y était pas tenue. Le Tribunal fédéral a considéré qu'il s'agissait d'une garantie accessoire, soit un cautionnement, lequel était nul pour cause de vice de forme. Une personne peut garantir le paiement d'un tiers débiteur en s'obligeant par un contrat de cautionnement conclu entre lui et le créancier, selon l'art. 492 al. 1 CO. Ce but peut cependant aussi être réalisé avec d'autres instruments juridiques tels que la promesse de porte-fort (art. 111 CO) ou l'engagement solidaire; ce dernier est dit reprise cumulative de dette s'il intervient alors que le débiteur s'est déjà obligé (arrêt du Tribunal fédéral 4C\_24/2007 du 26 avril 2007 consid. 5 et la référence citée). L'engagement solidaire naît

lorsque le garant déclare au créancier qu'il pourra être recherché au même titre et pour les mêmes prestations que le débiteur; ce dernier et le garant sont alors tenus solidairement selon 143 al. 1 CO (ATF 129 III 702 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C\_24/2007 du 26 avril 2007 consid. 5).

## **E. 6.2**

En l'espèce, la recourante soutient en vain que le cas d'espèce serait similaire à celui de l'ATF 125 III 305, puisque dans celui-ci, S n'était pas partie au contrat de vente et s'était contenté de garantir l'exécution de la prestation à fournir par sa société, soit le paiement du prix d'acquisition des actions. En l'occurrence, le 16 janvier 2009, l'époux de la recourante et la société immobilière se sont tous deux engagés envers la créancière à reprendre à leurs comptes les droits et obligations découlant du contrat de prêt hypothécaire. L'époux de la recourante a agi en son nom propre, en qualité de codébiteur du prêt hypothécaire. Il n'a donc pas garanti, par une obligation accessoire (cautionnement) ou principale (porte-fort), la dette de la société immobilière, mais s'est engagé dans la relation contractuelle au même titre que celle-ci. L'Autorité de première instance a, dès lors, considéré avec raison que l'époux de la recourante n'avait vraisemblablement pas conclu de cautionnement. Il s'ensuit que cet argument, formulé à l'appui de l'appel, paraît voué à l'échec.

## **E. 7**

La recourante critique à l'Autorité de première instance, parce qu'elle n'a pas admis que le taux d'intérêt de 12% était abusif. Selon la recourante, un taux de 12% est uniquement applicable aux " petits prêts non garantis par un gage immobilier ". Elle prend l'exemple d'une famille, qui ne pourrait pas assumer une hausse de ses mensualités d'intérêt hypothécaire passant de 3,5% à 12%.

### **E. 7.1.1**

Lorsque les parties conviennent - par contrat de fiducie - que la cédula hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie, il n'y a pas novation de la créance garantie; la créance incorporée dans la cédula se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédula hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédula a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier; la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 140 III 180 consid. 5.1.1; 136 III 288 consid. 3.1; 134 III 71 consid. 3; 119 III 105 consid. 2a; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_295/2023 du 15 août 2023 consid. 5.2.1; 5A\_693/2022 du 6 mars 2023 consid. 3.2.1; 4A\_451/2009 du 25 février 2010 consid. 5.1).

### **E. 7.1.2**

Selon l'art. 104 CO, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5% l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel (al. 1). Si le contrat stipule, directement ou sous la forme d'une provision de banque périodique, un intérêt supérieur à 5%, cet intérêt plus élevé peut également être exigé du débiteur en demeure (al. 2). Selon l'art. 818 al. 1 CC, le gage immobilier garantit au créancier le capital (ch. 1), les frais de poursuite et les intérêts moratoires (ch. 2) et les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de

vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance; la cédule hypothécaire ne garantit au créancier que les intérêts effectivement dus (ch. 3). La question a été débattue dans la doctrine et la jurisprudence de savoir si l'art. 818 al. 1 ch. 2 CC incluait uniquement l'intérêt moratoire au taux légal de 5%, selon l'art. 104 al. 2 CO, ou si un intérêt conventionnel supérieur à celui-ci pouvait être pris en considération. Le Tribunal fédéral a tranché cette question en ce sens que les créances cédulaires portent intérêt au taux supérieur convenu (ATF 144 III 29 consid. 4.4.5; 138 III 182 consid. 4.4; 136 III 288 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_75/2011 du 16 février 2012 consid. 7.4). Dans le même sens, un arrêt vaudois cité par le Tribunal a confirmé que le taux d'intérêt moratoire pertinent au sens de l'art. 818 al. 1 ch. 2 CC est celui de 5% prévu par l'art. 104 al. 1 CO, à moins qu'un taux supérieur n'ait été convenu par les parties. Dans ce dernier cas, le gage immobilier garantit le paiement de ce taux conventionnel supérieur (HC/2022/353 du 5 mai 2022 consid. 4.3.2). De plus, cette décision vaudoise a explicitement confirmé qu'un taux d'intérêt moratoire de 12% n'était pas abusif (HC/2022/353 du 5 mai 2022 consid. 4.3.3).

## **E. 7.2**

En l'espèce, la critique de la recourante à l'encontre de la prise en compte du taux d'intérêt moratoire de 12% est appellatoire, de sorte que la juridiction d'appel n'entrera probablement pas en matière sur ce point. En tout état de cause, les chances de succès de son grief sont quasiment inexistantes, puisque les parties ont convenu d'un taux d'intérêt moratoire de 12% dans leurs contrats de prêt hypothécaire (art. 9 CG) et de fiducie (art. 3), lequel sera pris en considération ce d'autant plus qu'il n'a pas été considéré comme étant abusif par la décision vaudoise. De plus, la recourante ne contredit ni la jurisprudence fédérale, ni l'arrêt vaudois sus évoqué et ne cite aucune référence doctrinale susceptible de remettre en cause l'appréciation du Tribunal. C'est, ainsi, avec raison que l'Autorité de première instance a considéré que cet argument paraissait dépourvu de chance de succès. Il est, dès lors, très peu probable que l'instance d'appel se distancie de la solution retenue par le Tribunal.

## **E. 8**

La recourante reproche à l'Autorité de première instance d'avoir considéré qu'une éventuelle perte de capacité de discernement de son époux en 2015 déjà n'était pas relevante, au motif que la résiliation du contrat est un acte formateur unilatéral. Elle invoque une violation de l'art. 17 CC et de la jurisprudence y relative, selon laquelle la poursuite requise à l'encontre d'une personne incapable de discernement est nulle. La constatation formelle de l'incapacité de discernement de son époux a, à son sens, une incidence majeure sur l'issue de la cause et la validité de la mainlevée au commandement de payer dans la poursuite n° 17 128692F.

### **E. 8.1**

Selon l'art. 16 CC, toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi. La capacité de discernement est présumée, également dans la procédure de poursuite (ATF 105 III 107 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_57/2021 du 15 novembre 2021 consid. 2.1.1). La capacité de discernement est relative dans la mesure où elle ne peut être évaluée que par rapport à un acte déterminé au moment où il est accompli et en fonction de sa nature juridique et de son importance (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_57/2021 du 15 novembre 2021 consid. 2.1.2). Selon l'art. 17 CC, les personnes incapables de discernement, les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale n'ont pas l'exercice des droits civils. Selon

l'art. 18 CC, les actes de celui qui est incapable de discernement n'ont pas d'effet juridique; demeurent réservées les exceptions prévues par la loi. Selon l'art. 19c al. 2 CC, les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité. La poursuite contre une personne incapable de discernement est nulle si son représentant légal ou l'autorité compétente n'intervient pas. La capacité de discernement doit être examinée d'office s'il existe des doutes légitimes quant à son existence (ATF 104 III 4 consid. 2; 140 III 175 consid. 4.1; 99 III 4 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_57/2021 du 15 novembre 2021 consid. 2.1.1). Celui qui invoque l'incapacité de discernement pour rendre un acte inefficace doit prouver les états de faiblesse décrits dans la loi et l'altération de la capacité d'agir raisonnablement qui en résulte (ATF 144 III 264 consid. 6.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_57/2021 du 15 novembre 2021 consid. 2.1.2).

### **E. 8.2**

En l'espèce, la recourante se prévaut du bilan neuropsychologique du Prof. K\_\_\_\_\_ du 11 mars 2014 et du rapport médical du Dr J\_\_\_\_\_. A suivre les affirmations de la recourante, le rapport médical du Dr J\_\_\_\_\_ du 8 septembre 2024, dressé à partir d'un bilan neuropsychologique du Prof. K\_\_\_\_\_ du 11 mars 2014, conclut à une capacité de discernement de l'époux fortement diminuée, voire nulle en février 2015. Or, ces constatations médicales sont contredites par la signature de l'acte de cession du 3 février 2015, au terme duquel l'époux a cédé la moitié du capital-actions de la société immobilière à la recourante, laquelle n'a jamais invoqué la nullité de cette cession, a fortiori pour cause d'incapacité de discernement de son conjoint. De plus, le 26 février 2015, l'époux a signé devant un notaire un mandat pour cause d'inaptitude, lequel ne devait déployer ses effets qu'à partir de " la perte de capacité " du signataire. Ces actes ne permettent dès lors pas de retenir une incapacité de discernement de l'époux en février 2015 déjà, soit avant la survenance de son accident en novembre 2015. Il s'ensuit que la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 3\_\_\_\_\_ dirigée contre l'époux de la recourante n'est, a priori, pas susceptible d'être déclarée nulle pour cause d'incapacité de discernement du débiteur. Les perspectives de la recourante d'obtenir gain de cause en appel sur ce point paraissent, dès lors, particulièrement faibles.

### **E. 9**

La recourante soutient être privée de son droit d'accéder à la justice, à la suite de la décision de refus de l'Autorité de première instance, prise à son sens en violation des violations des art. 29 Cst et 6 CEDH. Cette décision, fondée " sur la base de perspectives de succès limitées " risque de la priver injustement de son droit à un procès équitable. L'avance de frais, qu'elle est dans l'impossibilité de payer, représente à son sens un obstacle injustifié pour qu'elle puisse accéder à la justice.

#### **E. 9.1**

Il a été exposé ci-dessus (consid. 4.1.1) qu'à teneur de l'art. 117 CPC, le justiciable a droit à l'assistance judiciaire s'il ne dispose pas des ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b). Ces conditions correspondent à celles qui découlent du droit à l'assistance judiciaire garanti par l'art. 29 al. 3 Cst. (ATF 142 III 131 consid. 4.1 et la jurisprudence citée), l'art. 6 § 1 CEDH n'accordant pas de prérogatives plus étendues que ces dispositions (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_101/2022 du 12 avril 2022 consid. 5.2.2; 5A\_8/2021 du 15 avril 2021 consid. 4.2.1 et 6, et les références

citées). L'art. 3 al. 2 RAJ précise que l'assistance juridique ne couvre que les démarches ou les actes de procédure utiles à la défense de la personne bénéficiaire.

### **E. 9.2**

En l'espèce, la recourante ne peut pas sérieusement soutenir que l'assistance juridique devrait lui être accordée indépendamment des chances de succès de son appel, cela afin de ne pas la priver d'un procès équitable. En effet, la loi (art. 117 CPC) interdit d'accorder l'assistance judiciaire à un justiciable démuné s'il apparaît que ses perspectives de le gagner sont notamment plus faibles que les risques de le perdre, car l'assistance juridique n'a pas vocation à financer aux frais de la collectivité publique des procédures vouées à l'échec. De plus, selon les considérants sus évoqués, les chances de succès de l'appel formé par la recourante ne peuvent pas être considérées comme sérieuses, son argumentation paraissant juridiquement infondée. Or, un plaideur raisonnable et aisé ne verserait pas une avance de frais de 45'200 fr. s'il ne disposait pas à tout le moins d'une perspective de pouvoir convaincre l'instance d'appel d'annuler, ne serait-ce que sur un point, le dispositif du jugement du 6 janvier 2025.

### **E. 10**

Partant, le recours, infondé, sera rejeté.

### **E. 11**

Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, il n'est pas perçu de frais judiciaires pour la procédure d'assistance juridique (art. 119 al. 6 CPC). Il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens. \*  
\* \* \* \* PAR CES MOTIFS, LA VICE-PRÉSIDENTE DE LA COUR : A la forme : Déclare recevable le recours formé le 20 mars 2025 par A\_\_\_\_\_ contre la décision rendue le 4 mars 2025 par la vice-présidence du Tribunal civil dans la cause AC/688/2022.  
Préalablement : Ordonne l'apport de la cause C/6\_\_\_\_\_/2022. Au fond : Le rejette.  
Déboute A\_\_\_\_\_ de toutes autres conclusions. Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires pour le recours, ni alloué de dépens. Notifie une copie de la présente décision à A\_\_\_\_\_ (art. 327 al. 5 CPC et 8 al. 3 RAJ). Siégeant : Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, vice-présidente; Madame Maïté VALENTE, greffière. Indication des voies de recours : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110 ), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.

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