

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/1521/2017

DAAJ/97/2017

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU VENDREDI 29 SEPTEMBRE 2017

Statuant sur le recours déposé par :

Monsieur A_____, domicilié _____ (Genève),

représenté par M^e Ronald ASMAR, avocat, rue Général-Dufour 15, case postale 5556,
1211 Genève 11,

contre la décision du 26 juin 2017 de la Vice-présidente du Tribunal civil.

Notification conforme, par pli recommandé du commis-greffier du 11 octobre 2017

EN FAIT

- A.**
- a.** A_____ (ci-après : le recourant) était l'ayant-droit économique et l'administrateur de la succursale genevoise de B_____ SA jusqu'au 1^{er} avril 2014.
 - b.** Au mois de novembre 2011, C_____ a mis à sa disposition une garantie bancaire, afin que B_____ SA puisse obtenir une ligne de crédit auprès de la BANQUE D_____.
 - c.** Le 14 décembre 2011, une convention de crédit-cadre a été signée entre la BANQUE D_____ et le recourant pour le compte de B_____ SA.
 - d.** L'hoirie de feu C_____ s'est substituée à celui-ci lors de son décès le 6 octobre 2012.
 - e.** Le 14 avril 2013, la mise à disposition de la garantie bancaire d'un montant USD 250'000 fr. en faveur de la BANQUE D_____ a été formalisée par la signature d'un protocole d'accord signé entre l'hoirie de feu C_____, B_____ SA (représentée par le recourant) et le recourant.
- Ce protocole prévoyait notamment qu'en cas d'appel à la garantie, l'hoirie deviendrait créancière de B_____ SA en compte courant, B_____ SA et le recourant garantissant, « conjointement et solidairement », le compte courant si la BANQUE D_____ devait appeler la garantie.
- f.** UBS a fait appel à la garantie de sorte que le montant de USD 231'285.- a été débité du compte de l'hoirie de feu C_____ en faveur de la BANQUE D_____ en date du 14 avril 2014, à titre de paiement de la garantie.
 - g.** La créance de l'hoirie de C_____ en paiement du montant précité a été cédée à E_____.
 - h.** Par courrier du 5 octobre 2015, E_____ a mis le recourant en demeure de s'acquitter de cette somme dans un délai de 30 jours.
 - i.** Ce dernier ne s'en étant pas acquitté dans le délai imparti, E_____ lui a fait notifier le 26 février 2016 un commandement de payer, poursuite n° 1_____, la somme de 232'855 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 5 novembre 2015 à titre de créance résultant du contrat de prêt, soit USD 231'285.- converti en francs suisses au taux du 24 février 2015 (soit 229'138 fr.), augmentée de 3'717 fr. à titre de frais d'avocat.

Le recourant a formé opposition à ce commandement de payer.

- B.**
- a.** Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 29 novembre 2016, E_____ a requis la mainlevée provisoire de cette opposition à concurrence de

230'755 fr., indiquant que le recourant s'était acquitté d'un montant de 2'100 fr. sur la créance poursuivie.

b. Dans son mémoire de réponse, le recourant a soutenu que l'engagement qu'il avait pris aux termes du protocole d'accord du 14 avril 2013 constituait un cautionnement au sens de l'art. 493 al. 2 CO et qu'il était nul à défaut de revêtir la forme authentique.

c. Par jugement du 24 avril 2017, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à concurrence de 230'755 fr. dès le 5 novembre 2015, a mis les frais judiciaires, arrêtés à 750 fr., à la charge de A_____ (ci-après : le recourant), a condamné le recourant à payer à E_____ la somme de 2'000 fr. à titre de dépens et a débouté les parties de toutes autres conclusions.

Le Tribunal a retenu qu'au moment de la signature du protocole d'accord du 12 avril 2013, le recourant était actionnaire et administrateur de B_____ SA et que la mise à disposition de la garantie bancaire était destinée à assurer les opérations de cette société de sorte qu'il avait un intérêt personnel à ce que la garantie soit octroyée. Dans ces circonstances, l'engagement « conjoint et solidaire » du recourant aux côtés de B_____ SA devait être qualifié d'engagement solidaire et non de cautionnement.

C. Le 12 mai 2017, le recourant a interjeté recours contre ce jugement, sollicitant préalablement la restitution de l'effet suspensif.

Il a fait valoir que son engagement ne pouvait être qualifié d'engagement solidaire dès lors qu'il n'en avait pas compris la portée, n'étant pas rompu à l'usage de notions juridiques techniques. En outre, il n'y avait aucun intérêt car B_____ SA bénéficiait déjà de la ligne de crédit et que la garantie bancaire avait déjà été émise.

D. Par décision du 15 mai 2017, la Cour de justice a imparti au recourant un délai au 26 mai 2017 pour s'acquitter d'une avance de frais de 1'125 fr.

E. Le 16 mai 2017, le recourant a sollicité l'assistance juridique afin d'être dispensé de l'avance de frais de 1'125 fr., exposant que si cette avance n'était pas versée il n'aurait d'autre choix que d'ouvrir une action en libération de dette, dont le délai arriverait à échéance le 22 mai 2017.

F. Le 22 mai 2017, le recourant formé une action en libération de dette auprès du Tribunal de première instance.

G. Le 13 juin 2017, le recourant a informé l'assistance juridique que la Cour de justice ne lui avait pas octroyé l'effet suspensif dans le cadre de son recours contre le jugement de mainlevée, de sorte qu'il n'avait eu d'autre choix que de former une action en libération de dette, pour laquelle il demandait d'être mis au bénéfice de l'assistance juridique.

- H.** Par décision du 26 juin 2017, reçue le 3 juillet 2017 par le recourant, la Vice-présidente du Tribunal civil a rejeté la requête d'assistance juridique précitée en tant qu'elle portait sur le recours à l'encontre jugement de mainlevée du 24 avril 2017, au motif que la cause était dénuée de chances de succès, et l'a admise s'agissant de l'action en libération de dette, limitant cet octroi à 15 heures d'activités, hors forfait courriers et téléphones et hors audiences.

Elle a considéré que l'argument du recourant selon lequel le protocole d'accord constituait un cautionnement et non un engagement solidaire ne pourrait être vérifié qu'après des enquêtes. Dès lors que dans la procédure de mainlevée l'affaire était jugée sur pièces, les chances du recourant d'obtenir gain de cause étaient extrêmement faibles, alors que les motifs qu'il soulevait pouvaient faire l'objet d'une action en libération de dette.

- J. a.** Recours est formé contre cette décision, par acte expédié le 13 juillet 2017 à la Présidence de la Cour de justice. Le recourant conclut à l'annulation de la décision en tant qu'elle lui refuse l'octroi de l'assistance juridique pour recourir contre le jugement de mainlevée provisoire et conclut à être mis au bénéfice de l'assistance juridique complète dans le cadre de cette procédure avec suite de dépens.

Le recourant produit des pièces nouvelles.

- b.** La Vice-présidente du Tribunal civil a renoncé à formuler des observations.

EN DROIT

- 1. 1.1.** La décision entreprise est sujette à recours auprès de la présidente de la Cour de justice en tant qu'elle refuse l'assistance juridique (art. 121 CPC et art. 21 al. 3 LaCC). 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).
- 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.
- 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^{ème} éd., n. 2513-2515).
- 2.** Aux termes de l'art. 326 al. 1 CPC, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre d'un recours.

Par conséquent, les allégués de faits dont le recourant n'a pas fait état en première instance et les pièces nouvelles ne seront pas pris en considération.

- 3. 3.1.1** 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 qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter ; en revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de toute chance de succès lorsque les perspectives de gain et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les seconds. Ce qui est déterminant est de savoir si une partie, qui disposerait des ressources financières nécessaires, se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. Une partie ne doit pas pouvoir mener un procès qu'elle ne conduirait pas à ses frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (ATF 142 III 138 consid. 5.1 ; ATF 128 I 225 consid. 2.5.3).

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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_572/2015 du 8 janvier 2015 consid. 4.1).

L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance sera refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés (arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.2).

3.1.2 Selon l'art. 82 LP, le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire (al. 1); le juge la prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (al. 2).

Par reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP, il faut entendre notamment l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi - ou son représentant (cf. ATF 130 III 87 consid. 3.1) -, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible (ATF 136 III 624 consid. 4.2.2; 627 consid. 2).

Le contentieux de la mainlevée de l'opposition est une procédure sur pièces (ATF 136 III 583 consid. 2.3 et les références), de sorte que le juge ne peut procéder qu'à l'interprétation objective du titre de mainlevée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_741/2013 du 3 avril 2014 consid. 3 et 3.1.1). L'interprétation objective consiste à rechercher la volonté objective des parties, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne

foi, chacune d'elle pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 133 III 675 consid. 3.3, 132 III 268 consid. 2.3.2, 129 III 702 consid. 2.4). Cette interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 135 III 295 consid. 5.2, 132 III 626 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_953/2014 du 13 août 2015 consid. 2.1).

Le poursuivi peut faire échec à la mainlevée en rendant immédiatement vraisemblable - en principe par pièces (art. 254 al. 1 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_630/2010 du 1er septembre 2011 consid. 2.2) - sa libération (ATF 96 I 4 consid. 2). Lorsque le juge statue sous l'angle de la simple vraisemblance, il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, acquérir l'impression que les faits allégués se sont produits, mais sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (ATF 132 III 140 consid. 4.1.2). Le poursuivi peut invoquer tous les moyens de droit civil - exceptions ou objections - qui infirment la reconnaissance de dette (ATF 125 III 501 consid. 3b), en particulier le vice de forme qui affecte son obligation (cf. par exemple: ATF 119 Ia 441 [en matière de cautionnement solidaire]) (arrêt du Tribunal fédéral 5A_849/2012 du 25 juin 2013, consid. 2.1).

3.1.3 Le Tribunal fédéral admet que le juge peut s'écarter d'un texte (en apparence) clair s'il résulte d'autres clauses du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances qu'il ne restitue pas le sens de l'accord conclu; ce principe vaut également pour distinguer le cautionnement (art. 492 ss CO) du porte-fort (art. 111 CO) ou de la reprise cumulative de dette (art. 143 CO). En effet, il serait trop facile d'éluder la protection dont bénéficie la caution (art. 493 CO) s'il suffisait d'employer les termes de « porte-fort », ou de « codébiteur solidaire », dont l'intéressé ne connaît pas la portée; aussi une interprétation littérale stricte n'est-elle justifiée qu'à l'égard de parties qui sont rompues à l'usage de ces termes ou possèdent une formation juridique (ATF 125 III 305 consid. 2b; 129 III 702 consid. 2.4.1, arrêt du Tribunal fédéral 5A_849/2012 du 25 juin 2013, consid. 2.2).

S'il s'écarte du texte de l'accord, le juge doit rechercher le sens et le but de l'engagement assumé par le débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 5A_849/2012 du 25 juin 2013, consid. 2.2).

3.1.4 Selon la jurisprudence, 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. 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).

En vertu de l'art. 493 al. 2 CO, une personne physique ne peut s'obliger par cautionnement qu'en émettant une déclaration revêtue de la forme authentique, alors que la promesse de porte-fort ou l'engagement solidaire sont des actes qui ne supposent aucune forme particulière (art. 11 al. 1 CO). En optant pour l'une ou l'autre de ces deux garanties-ci, les parties peuvent éviter les difficultés ou inconvénients de la forme authentique et l'obligation du garant n'en est pas moins valable. Si, à ce sujet, une volonté commune des parties ne peut pas être constatée, c'est le principe de la confiance qui détermine le type de garantie adopté par elles. Cependant, compte tenu que, dans le cautionnement, la forme authentique est requise pour la protection du garant contre des engagements auxquels celui-ci n'aurait pas mûrement réfléchi, le juge n'admet qu'avec retenue le choix des parties en faveur de la promesse de porte-fort ou de l'engagement solidaire; dans le doute, indépendamment des termes dans lesquels une personne physique a déclaré qu'elle garantirait l'obligation d'un tiers, cette personne est réputée avoir contracté un cautionnement (ATF 129 III 702 consid. 2.3 et 2.5).

Lorsqu'une personne physique promet explicitement un engagement solidaire, elle n'assume l'obligation correspondante que si une condition supplémentaire est réalisée. Il faut que, par suite de sa formation ou de ses activités, cette personne soit rompue aux contrats de sûreté et connaisse le vocabulaire juridique suisse usité dans ce domaine. Sinon, l'accord des parties doit attester que le garant connaissait réellement la portée de son engagement et l'accord doit aussi révéler les motifs qui ont détourné les parties de conclure un cautionnement (ATF 129 III 702 consid. 2.4.2 et 2.4.3). Outre ces hypothèses, l'engagement solidaire est encore admis, à l'exclusion du cautionnement, lorsque le garant a un intérêt direct et matériel dans l'affaire à conclure entre le débiteur et le créancier, et que ce dernier a connaissance de cet intérêt et qu'il peut donc apercevoir le motif pour lequel le garant se déclare prêt à assumer une obligation identique à celle du débiteur. Il en va ainsi, notamment, lorsque le débiteur est lié au garant par un contrat de société et que l'affaire concourt à la réalisation de leur but commun (ATF 129 III 702 consid. 2.6; arrêt du Tribunal fédéral 4C.24/2007 du 26 avril 2007 consid. 5).

3.2 En l'espèce, selon le texte du protocole, le recourant s'est engagé « conjointement et solidairement » avec B_____ SA, de sorte qu'il a, *a priori*, contracté un engagement solidaire.

Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, même en admettant l'hypothèse selon laquelle le recourant ne serait pas familier des termes utilisés par le protocole d'accord, il n'en reste pas moins que l'existence du lien économique entre le recourant et la succursale de B_____ SA, dont il était l'unique ayant-droit économique et administrateur, et le fait que la garantie conditionnait l'obtention d'un prêt destiné à assurer les opérations de cette société, permettraient, à première vue, au premier juge de retenir que le recourant avait un intérêt direct à l'affaire – ce qui était reconnaissable pour les autres parties au protocole – et que son engagement pouvait être qualifié d'engagement solidaire. On ne saurait suivre le recourant lorsqu'il prétend qu'il n'avait

aucun intérêt à la garantie car si le prêt n'avait pas été nécessaire à la société, il n'aurait tout simplement pas signé d'accord, que ce soit en qualité de simple caution ou de débiteur solidaire.

Au stade de la mainlevée de l'opposition, qui est une procédure sur pièces, c'est, *a priori*, à juste titre que le Tribunal a retenu que l'engagement signé par le recourant n'était pas soumis aux règles du cautionnement de sorte que l'art. 493 al. 2 CO ne faisait pas obstacle à sa validité.

Par conséquent, c'est à raison que la Vice-présidente du Tribunal civil a considéré que les chances de succès du recourant d'obtenir gain de cause devant la Cour s'agissant du prononcé de la mainlevée provisoire étaient extrêmement faibles et qu'elle l'a renvoyé à agir en libération de dettes, action pour laquelle l'assistance juridique lui a été accordée.

Le recours sera donc rejeté.

4. 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). Par ailleurs, il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens, vu l'issue du recours, étant relevé que selon la pratique constante de l'Autorité de céans, aucune indemnité de dépens n'est allouée en matière d'assistance judiciaire, notamment au vu du caractère simple et non formel de cette procédure. Un recourant peut ainsi agir seul sans l'aide d'un avocat (arrêts publiés DAAJ/112/2016 du 13 septembre 2016 ; DAAJ/34/2013 du 30 avril 2013 consid. 3).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA PRÉSIDENTE DE LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé le 13 juillet 2017 par A_____ contre la décision rendue le 26 juin 2017 par la Vice-présidente du Tribunal civil dans la cause AC/1521/2017.

Au fond :

Le rejette.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions de recours.

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_____ en l'Étude de M^e Ronald ASMAR (art. 137 CPC).

Siégeant :

Madame Sylvie DROIN, présidente ; Monsieur David VAZQUEZ, commis-greffier.

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.