

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/534/2017 et AC/535/2017

DAAJ/54/2017

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU MERCREDI 21 JUIN 2017

Statuant sur les recours déposés par :

Monsieur A _____, domicilié route _____,

représenté par M^e Jean-Daniel BORGEAUD, avocat, quai des Bergues 25,
1201 Genève,

contre les décisions du 20 mars 2017 de la Vice-présidente du Tribunal civil.

Notification conforme, par pli recommandé du commis-greffier du 29 juin 2017

EN FAIT

A. a. B _____ SA, dont les sièges sont à C _____ et D _____, est une société anonyme de droit suisse dont le but est l'exploitation d'une banque.

B _____ SA avait une succursale à Genève, qui a été radiée le _____ 2002 du registre du commerce genevois.

b. E _____, établie à D _____, filiale de B _____ SA, est également une société anonyme de droit suisse, inscrite au registre du commerce depuis le _____ 2014, dont le but est l'exploitation d'une banque.

c. Par contrat n° 1 _____ signé le 7 février 2009, B _____ SA, 1227 Carouge, a octroyé un prêt hypothécaire de 2'400'000 fr. à A _____ et F _____, pris conjointement et solidairement, ledit prêt devant être garanti par un droit de gage immobilier d'au moins 2'400'000 fr., sans rang antérieur, grevant les parcelles n^{os} _____ et _____ de la commune de _____, sises route de _____, _____ (GE), dont ils sont copropriétaires. Le terme du contrat a été fixé au 6 avril 2016.

Par contrat n° 2 _____ signé le 15 octobre 2012 par les preneurs de crédit, B _____ SA, 1227 Carouge, a octroyé un prêt hypothécaire de durée indéterminée de 250'000 fr. à A _____ et F _____, pris conjointement et solidairement, devant être garanti par un droit de gage immobilier d'au moins 250'000 fr. grevant les parcelles susmentionnées.

d. Par convention de transfert de propriété à fin de garantie signée le 22 décembre 2008, A _____ et F _____ ont transféré à B _____ SA, 1227 Carouge, la propriété fiduciaire aux fins de garantie de deux cédules hypothécaires au porteur établies en 2008, l'une de 2'400'000 fr. en 1^{er} rang et l'autre de 250'000 fr. en 2^{ème} rang, grevant leurs parcelles susvisées.

e. Par courriers recommandés du 18 décembre 2015 adressés séparément à A _____ et F _____, E _____ les a informés qu'elle ne renouvellerait pas le prêt n° 1 _____ à son échéance du 6 avril 2016 et qu'elle résiliait, pour la même échéance, le prêt n° 2 _____. Elle les a mis en demeure de lui rembourser les sommes prêtées d'ici au 6 avril 2016 et a dénoncé au remboursement intégral les cédules hypothécaires de 2'400'000 fr. et de 250'000 fr. avec effet au 30 juin 2016.

f. Par réquisition du 1^{er} juillet 2016, E _____ a initié une poursuite en réalisation de gage immobilier à l'encontre d'A _____, pris conjointement et solidairement avec F _____, pour les montants de 2'400'000 fr. et de 250'000 fr., avec intérêts à 5% dès le 1^{er} juillet 2016, en se fondant, pour le titre des créances, sur les deux cédules hypothécaires au porteur.

g. Les 13 et 14 juillet 2016, deux commandements de payer, poursuites n° 3_____ et n° 4_____, ont été notifiés à A_____, le premier en sa qualité de débiteur, et le second en sa qualité de tiers propriétaire.

Ces deux actes ont été frappés d'opposition.

h. Par requêtes expédiées le 8 août 2016 au Tribunal de première instance, E_____ a sollicité la mainlevée provisoire des oppositions formées par A_____ aux commandements de payer susmentionnés et a, notamment, produit une copie des deux cédules hypothécaires (causes n° C/5_____ et C/6_____).

Dans ses requêtes, elle a, entre autres, exposé que les cédules hypothécaires litigieuses lui avaient été remises en garantie des prêts hypothécaires susvisés, selon la convention de transfert de propriété du 22 décembre 2008. La pièce produite à l'appui de cet allégué indiquait cependant que B_____SA, 1227 Carouge (soit la succursale radiée du registre du commerce genevois en _____ 2002), était devenue propriétaire fiduciaire aux fins de garantir l'exécution de toutes créances issues des cédules hypothécaires faisant l'objet des requêtes.

Les requêtes ne contenaient aucun autre allégué concernant l'acquisition de la propriété desdites cédules par la société poursuivante, qui n'existait pas en 2008.

i. Dans ses réponses, A_____ a conclu à l'irrecevabilité des requêtes, subsidiairement à leur rejet. Il a relevé que les prêts et la convention de transfert de propriété à fin de garantie avaient été conclus avec B_____SA et non avec E_____, de sorte que cette dernière n'était ni légitimée à dénoncer les prêts, ni à agir en justice. Il a également mis en doute que E_____ fût en possession des cédules hypothécaires originales.

j. Par répliques spontanées déposées le 10 novembre 2016, E_____ a exposé que B_____SA, et non sa succursale genevoise, était bien la cocontractante initiale des prêts hypothécaires. Le 14 juin 2015, B_____SA avait transféré à E_____ les activités de ses divisions _____ (comprenant le _____ ainsi que l'activité avec les clients entreprises et institutionnels) et _____ «gestion de fortune» enregistrées en Suisse, au moyen d'un transfert de patrimoine en vertu des art. 69ss LFus. Par ce transfert, tous les actifs, engagements et contrats des clients des divisions susmentionnées avaient été transmis à E_____, y compris les créances litigieuses envers A_____ et F_____ et les droits de préférence et droits accessoires y relatifs. E_____ a exposé que les clients de B_____SA avaient été avisés de ce transfert de patrimoine et de ses conséquences dans une circulaire de _____ 2015 qui leur avait été adressée avec leurs relevés de compte au 31 décembre 2014. Ledit transfert avait également été publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du _____ 2015. Ainsi, dès le _____ 2015, toutes les communications à A_____ lui avaient été adressées par E_____, sans que cela n'ait fait l'objet de contestations de la part du premier nommé.

La banque a par ailleurs produit les cédules hypothécaires originales dans le cadre de la procédure parallèle C/_____ concernant la mainlevée de l'opposition au commandement de payer à l'égard de F_____ en sa qualité de débiteur.

k. Par duplicques spontanées du 28 novembre 2016, A_____ a persisté dans ses conclusions, alléguant que E_____ aurait dû démontrer sa qualité de créancière cédulaire dans ses requêtes, le fait de le faire dans une réplique spontanée étant tardif. Il a allégué ne jamais avoir reçu de communication de B_____ SA relative au transfert de la relation d'affaires à E_____ et ne jamais avoir donné son accord à cela.

l. Le 5 décembre 2016, le Tribunal a informé les parties de ce qu'il gardait les causes à juger.

m. Par jugements JTPI/_____ et JTPI/_____ du 13 janvier 2017, le Tribunal a prononcé la mainlevée provisoire des oppositions formées par A_____ au commandement de payer, poursuite en réalisation d'un gage immobilier n° 3_____, qui lui a été notifié en sa qualité de débiteur, ainsi qu'au commandement de payer, poursuite en réalisation d'un gage immobilier n° 4_____, qui lui a été notifié en sa qualité de tiers propriétaire.

Dans la mesure où un courant doctrinal considérait qu'en procédure sommaire, les preuves pouvaient être apportées jusqu'à la dernière audience, ou aux délibérations, et les allégués complétés à ce stade, le Tribunal a retenu que la réplique spontanée de la banque et les pièces annexées à celle-ci étaient recevables. De toute manière, le fait que E_____ ait repris une partie du patrimoine de B_____ SA en 2015 était un fait notoire. La banque, qui avait repris le patrimoine de B_____ SA avec les droits et obligations résultant de la relation de prêt hypothécaire avec A_____ et F_____, avait reçu les cédules hypothécaires en propriété à titre fiduciaire à fin de garantie. En tant que possesseur légitime, elle bénéficiait par ailleurs de la présomption de la titularité de la créance, garantie par gage immobilier, qui y était incorporée.

n. Par actes du 30 janvier 2017, A_____ a interjeté recours à l'encontre de ces jugements, concluant à leur annulation. Il a, entre autres, fait valoir que les allégués de faits, ainsi que les pièces y relatives, nouvellement présentés dans les répliques spontanées de E_____ du 10 novembre 2016 n'étaient pas recevables, dès lors qu'en procédure sommaire, des moyens de preuve nouveaux ne pouvaient plus intervenir à ce stade avancé de la procédure. Par ailleurs, E_____ avait allégué être devenue propriétaire des cédules hypothécaires litigieuses le 22 décembre 2008, soit sept ans avant sa fondation. Le fait de retenir que la banque avait établi son titre d'acquisition des cédules hypothécaires en se référant au fait notoire que constituait la mention très générale au registre du commerce d'une reprise de patrimoine n'était pas compatible avec la rigueur documentaire exigée pour une poursuite en réalisation du gage. En particulier, les exigences posées par l'art. 71 al. 1 let.b LFus (soit que le contrat de transfert doit désigner clairement et individuellement les papiers-valeurs qui sont

transférés) n'étaient pas remplies. Ainsi, la seule possession par E_____ des cédules hypothécaires grevant les immeubles d'A_____ et F_____ ne suffisait pas à établir son droit de propriété. La présomption de propriété issue de la possession (art. 930 CC) tombait lorsque celle-ci était équivoque, à savoir lorsque les circonstances de l'acquisition ou de son exercice étaient peu claires ou pouvaient faire l'objet de plusieurs explications.

o. Par arrêts ACJC/_____ et ACJC/_____ du 15 février 2017, la Cour a admis les requêtes d'A_____ tendant à la suspension de l'effet exécutoire attaché aux jugements querellés.

B. Le 17 février 2017, A_____, représenté par son curateur, a sollicité l'assistance juridique limitée à la prise en charge de l'avance de frais requise pour les procédures de recours susmentionnées.

C. Par décisions du 20 mars 2017, notifiées les 27, respectivement 28 du même mois à A_____ en personne, la Vice-présidente du Tribunal civil a rejeté les requêtes d'assistance juridique précitées, au motif que les causes du précité étaient dénuées de chances de succès.

Une copie de ces décisions a été adressée au curateur de représentation d'A_____ par plis simples, étant précisé que la date de leur réception ne ressort pas du dossier.

D. a. A_____ a formé recours contre ces décisions, par actes expédiés le 7 avril 2017 à la Présidence de la Cour de justice. Il conclut préalablement à l'octroi de l'effet suspensif à ses recours. Principalement, il sollicite l'annulation des décisions entreprises et l'octroi de l'assistance juridique pour les procédures de recours contre les jugements JTPI/_____ et JTPI/_____ du 13 janvier 2017.

A_____ allègue des faits qui n'ont pas été portés à la connaissance du premier juge.

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

EN DROIT

1. 1.1. Les recours interjetés le 7 avril 2017 se rapportant au même complexe de faits, il y a lieu de les joindre (art. 125 let. c CPC).

1.2 Les décisions entreprises sont sujettes à recours auprès de la présidente de la Cour de justice en tant qu'elle refusent l'assistance juridique (art. 121 CPC et art. 21 al. 3 LaCC), compétence expressément déléguée au vice-président soussigné 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).

1.3. Lorsque la partie est représentée, les actes sont notifiés à son représentant (art. 137 CPC). Celui-ci est en principe le mieux à même de saisir la portée des communications judiciaires et de transmettre ensuite les informations nécessaires à son mandant (BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ad art. 137 CPC ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_411/2008 du 17 septembre 2008 consid. 3). La notification n'est accomplie que lorsqu'elle est faite au représentant et non pas déjà au représenté (ATF 113 Ib 296 consid. 2).

Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de la date à laquelle celle-ci a été effectuée incombe en principe à celui qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 122 I 97 consid. 3b p. 100 ; 114 III 51 consid. 3c et 4 p. 53 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_250/2008 du 18 juin 2008 consid. 3.2.1).

1.4. En l'espèce, dès lors que le recourant était représenté par son curateur dans le cadre de sa demande d'assistance juridique, la notification des décisions querellées n'a été accomplie que lorsque celles-ci ont été reçues par le représentant.

Dès lors que les copies des décisions querellées ont été envoyées au curateur du recourant par courriers simples et que la date de réception de ces envois ne résulte pas du dossier, la date de notification desdites décisions au représentant du recourant n'est pas établie.

Il convient, par conséquent, de considérer que les deux recours ont été formés en temps utile.

1.5. 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 ne seront pas pris en considération.

3. **3.1.** 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).

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).

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).

3.2. En procédure sommaire, les parties ne peuvent pas d'emblée compter sur un deuxième échange d'écritures et sont dès lors tenues de présenter leurs arguments dans le premier échange d'écritures (art. 229 CPC par analogie). Par exception, respectivement pour des motifs tenant au droit constitutionnel, le tribunal peut toutefois prendre en considération de vrais nova, ainsi que des pseudo nova qui de manière excusable, n'ont pas été présentés auparavant, articulés à l'audience des débats principaux, au sens de l'art. 229 al. 1 lit. a et b CPC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_82/2015 du 16 juin 2015 consid. 4.2.1; arrêt du Tribunal cantonal de C_____ - Campagne n° 410 14 104 du 1er juillet 2014 consid. 2.4).

Selon une opinion de l'Obergericht bernois, en procédure sommaire, la restriction à l'invocation de nova s'applique en principe après les premières écritures. Le droit de réplique n'a pas pour but de permettre aux parties de rectifier des mémoires dont le contenu originel est déficient (OGer/BE du 21 septembre 2012, ZK 12/ 217).

Selon une opinion de la Cour de justice, en procédure sommaire, lorsque le juge, conformément à l'art. 253 CPC, a ordonné la procédure écrite, il n'est pas possible d'invoquer des faits ou moyens de preuve nouveaux après le dépôt de la requête, respectivement de la réponse. La procédure de mainlevée est une procédure simple et rapide, qui doit se fonder sur des moyens de preuve immédiatement disponibles. Une telle limitation est admissible dès lors que les moyens de preuve qui n'ont pu être

produits devant le juge de la mainlevée pourront tous être administrés ultérieurement dans le procès ordinaire, qui tranchera définitivement la cause après un examen complet en fait et en droit (ACJC/318/2013 du 8 mars 2013 consid. 3.4 et les références citées, notamment arrêt du Tribunal fédéral 5A_365/2012 consid. 4.3.2, SJ 2013 p. 47)

3.3 Le poursuivant qui requiert la mainlevée provisoire sur la base de la cédule doit la produire. Lorsque la cédule est au porteur, on déduit en particulier des art. 869 al. 1 et 906 al. 1 CC que seul le créancier propriétaire de la cédule a qualité pour intenter une poursuite en réalisation de gage immobilier, car c'est lui seul qui est titulaire de la créance cédulaire. Pour que le poursuivant soit légitimé à poursuivre en réalisation de gage immobilier, il est donc nécessaire que la cédule lui ait été remise soit en pleine propriété soit en propriété à titre fiduciaire à fin de garantie (DENYS, Cédule hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II p. 7ss).

En vertu de l'art. 930 al. 1 CC, le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Cette règle s'applique notamment aux titres au porteur, à l'égard desquels les présomptions des art. 930 ss CC valent tant pour le droit sur le titre que pour le droit incorporé à celui-ci. A moins que sa possession ne soit suspecte ou équivoque, le détenteur d'une cédule hypothécaire au porteur qui s'en prétend propriétaire est dès lors présumé en avoir acquis la propriété et, partant, être titulaire de la créance, garantie par gage immobilier, incorporée dans le papier-valeur (arrêt du Tribunal fédéral 5C.11/2005 du 27 mai 2005 consid. 3.2.1.).

3.4 Aux termes de l'art. 69 al. 1 loi sur les fusions (LFus), les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé.

Le contrat de transfert contient notamment un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnés individuellement (art. 71 al. 1 let. b LFus).

Les objets du patrimoine actif ainsi que les créances et les droits immatériels qui ne peuvent être attribués sur la base de l'inventaire demeurent au sein du sujet transférant (art. 72 LFus).

3.5 En l'espèce, au vu des principes rappelés ci-dessus, les arguments développés dans les recours interjetés contre les jugements JTPI/_____ et JTPI/_____ du 13 janvier 2017 (cf. *supra* EN FAIT, let. A.n.) ne semblent pas dépourvus de pertinence de sorte que, *prima facie*, les causes du recourant ne paraissent pas dénuées de toute chance de succès.

En conséquence, les décisions de la Vice-présidente du Tribunal civil seront annulées et les causes lui seront renvoyées pour instruction complémentaire sur la question de l'indigence et nouvelles décisions.

Pour le surplus, les requêtes d'effet suspensif sont sans objet.

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 CES MOTIFS,
LE VICE-PRÉSIDENT DE LA COUR :**

Préalablement :

Ordonne l'apport des procédures C/5_____ et C/6_____, ainsi que la jonction des recours interjetés par A_____ contre les décisions rendues par la Vice-présidente du Tribunal civil le 20 mars 2017 dans les causes AC/534/2017 et AC/535/2017.

A la forme :

Déclare lesdits recours recevables.

Au fond :

Annule les décisions entreprises.

Cela fait et statuant à nouveau :

Renvoie les causes à la Vice-présidente du Tribunal civil pour instruction complémentaire et nouvelles décisions.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions.

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires pour les recours.

Notifie une copie de la présente décision à A_____ en l'Étude de M^e Jean-Daniel BORGEAUD (art. 137 CPC).

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, vice-président; 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.