

5A_196/2023

Arrêt du 6 avril 2023

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,
Schöbi et Bovey.

Greffière : Mme Achtari.

Participants à la procédure

A._____,
représenté par Me Nicolas Pozzi, avocat,
recourant,

contre

B._____ Ltd,
représentée par Mes Claude Ramoni et Monia Karmass,
avocats,
intimée.

Objet

annulation de la poursuite (mesures superprovisionnelles et provisionnelles),

recours contre le jugement de la Cour de justice du
canton de Genève, Chambre civile, du 6 mars 2023
(C/3653/2023, ACJC/320/2023).

Faits :

A.

A.a. Par jugement du 12 octobre 2021, le Tribunal de première instance de Genève (ci-après: tribunal) a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer qui avait été notifié à A._____ sur requête de B._____ Ltd dans la poursuite n° xxx en validation d'un séquestre obtenu le 18 novembre 2020. Par arrêt du 19 septembre 2022, la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: cour de justice) a rejeté le recours de A._____ contre cette décision et le Tribunal fédéral a réservé le même sort au recours dirigé contre l'arrêt cantonal (cf. arrêt 5A_767/2022 du 26 janvier 2023).

Le 16 mars 2022, l'Office cantonal des poursuites de Genève a notifié une commination de faillite à A._____. B._____ Ltd a requis la faillite du poursuivi le 6 avril 2022. Par jugement du 2 juin 2022, le tribunal a suspendu la procédure dans l'attente de l'issue de la procédure en mainlevée définitive précitée et d'une requête de A._____ de mesures superprovisionnelles et provisionnelles en suspension de la poursuite n° xxx, " formée en anticipation du dépôt futur d'une action en annulation ou suspension de la poursuite n° xxx ", requête qui a été déclarée irrecevable par décision de première instance du 12 avril 2022. Ce

résultat a été confirmé en instance cantonale le 20 septembre 2022 puis fédérale le 26 janvier 2023 (arrêt 5A_766/2022 du 26 janvier 2023).

A.b. Le 28 février 2023, A._____ a formé devant le tribunal une demande en annulation de la poursuite, assortie d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles en suspension provisoire de la poursuite n° xxx.

Par ordonnance du même jour, le tribunal a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles et réservé la suite de la procédure ainsi que le sort des frais. Il a relevé que la suspension de la poursuite était requise au motif que le poursuivi serait titulaire d'une créance à l'encontre de B._____ Ltd de 4'471'616 fr. en réparation d'un dommage qu'il alléguait avoir subi et invoquait en compensation. Toutefois, les éléments figurant à la procédure ne suffisaient pas pour démontrer de manière hautement vraisemblable la réalisation des conditions fondant la responsabilité civile de B._____ Ltd.

A.c. Par arrêt du 6 mars 2023, la cour de justice a rejeté le recours du poursuivi interjeté contre cette décision et a débouté celui-ci de toutes autres conclusions.

B.

Par acte du 10 mars 2023, A._____ interjette un recours en matière civile contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral. Il conclut principalement à sa réforme en ce sens que sa requête de mesures superprovisionnelles en suspension provisoire de la poursuite n° xxx formée le 28 février 2023 est admise. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause au premier juge. En substance, il invoque la violation de son droit d'être entendu sous l'aspect du droit à une décision motivée (art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH), la violation de la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst. et 6 CEDH) et l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application de l'art. 85a LP et l'établissement des faits. Le recourant requiert également d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Des observations au fond n'ont pas été requises.

C.

Par ordonnance du 28 mars 2023, après admission à titre superprovisoire le 13 mars 2023, la requête de mesures provisionnelles tendant à la suspension de la poursuite formée par le recourant a été admise et celle en dépôt de sûretés de l'intimée rejetée.

Considérant en droit :

1.

1.1. Bien que de nature superprovisionnelle (cf. [ATF 136 III 587](#) consid. 2), la décision attaquée, rendue sur recours par un tribunal supérieur, qui refuse la suspension de la poursuite (art. 85a al. 2 LP) alors que, comme en l'espèce (cf. *supra* A.a), la faillite risque d'être prononcée, doit être considérée de dernière instance cantonale au sens de l'art. 75 al. 1 LTF (cf. entre autres: arrêt 5A_123/2018 du 1er mars 2018 consid. 1.3.2). En effet, aucune décision de mesures provisionnelles ne pourra s'y substituer, le prononcé de la faillite rendant sans objet l'action en annulation de l'art. 85a al. 1 LP (arrêts 5A_508/2012 du 28 août 2012 consid. 3.1, publié *in* SJ 2013 I p. 33 et *in* Pra 2013 (56) p. 438; 5A_473/2012 du 17 août 2012 consid. 1.2.1; 5A_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 1.2). Etant l'accessoire de la procédure de mesures provisionnelles, la décision superprovisionnelle est incidente au sens de l'art. 93 al. 1 LTF (arrêts 4A_276/2022 du 2 août 2022 consid. 1.1; 5A_966/2016 du 16 mars 2018 consid.

2.1; 5A_712/2008 précité consid. 1.1; cf. aussi [ATF 134 I 83](#) consid. 3.1), de sorte que la voie de droit ouverte à son encontre dépend de la cause au fond ([ATF 137 III 380](#) consid. 1.1). Il s'agit en l'occurrence d'une cause en matière de poursuite pour dettes (art. 72 al. 2 let. a LTF), l'action (au fond) entreprise par le recourant étant celle prévue par l'art. 85a al. 1 LP, accordant au débiteur poursuivi le droit d'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 consenti. L'affaire est de nature pécuniaire et la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF). Le recours a par ailleurs été déposé en temps utile (art. 48 al. 2 et 100 al. 1 LTF), par une partie qui a la qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

1.2. La recevabilité du recours en matière civile suppose encore que cette décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, ce qui est admis vu que le recourant est menacé de faillite (arrêt 5A_632/2021 du 22 octobre 2021 consid. 1.2 et les références).

2.

2.1. Contre une décision portant sur des mesures (super) provisionnelles comme en l'espèce (cf. en autres: arrêt 5A_14/2022 du 22 septembre 2022 consid. 2), le recours n'est recevable que pour violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF). Le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de ces droits que si un tel moyen est invoqué et motivé par le recourant (principe d'allégation; art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée ([ATF 146 IV 114](#) consid. 2.1; [144 II 313](#) consid. 5.1 et les références). Le recourant qui se plaint d'arbitraire ne saurait, dès lors, se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente, mais doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision est manifestement insoutenable ([ATF 134 II 349](#) consid. 3). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ([ATF 142 III 364](#) consid. 2.4 les références).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l'art. 98 LTF, le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. *supra* consid. 2.1). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. ([ATF 133 II 249](#) consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (art. 106 al. 2 LTF; [ATF 145 IV 154](#) consid. 1.1; [141 IV 249](#) consid. 1.3.1; [140 III 264](#) consid. 2.3 et les références).

3.

3.1. La raison d'être de la décision superprovisionnelle est l'urgence particulière, tandis que les autres éléments que le requérant doit rendre vraisemblables restent les mêmes que ceux susceptibles de fonder la décision provisionnelle qui suit (HUBER, *in* Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^{ème} éd., 2016, n° 14 ad art. 265 CPC; SPRECHER, *in* Basler Kommentar, ZPO, 3^{ème} éd., 2017, n° 15 ad art. 265 CPC). La décision

superprovisionnelle se distingue de la provisionnelle uniquement par le fait qu'elle est rendue sans que la partie adverse soit entendue préalablement (art. 265 al. 1 CPC; arrêt 5A_1023/2018 du 8 juillet 2019 consid. 6.2.3.1). Sa fonction est d'éviter qu'un préjudice ne soit causé aux droits litigieux entre le moment où le juge est requis d'ordonner des mesures provisionnelles et celui où il statue contradictoirement sur la requête (STUCKI/PAHUD, Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du Code de procédure civile, *in* SJ 2015 II p. 1 ss [2, 6]). Dans la procédure contradictoire qui doit nécessairement et rapidement suivre (cf. entre autres: arrêt 4A_242/2011 du 13 mai 2011 consid. 1.4), le juge qui doit statuer à titre provisionnel n'examine pas la décision superprovisionnelle. Sa décision provisionnelle remplace et rend caduque la précédente ordonnance superprovisionnelle ([ATF 139 III 86](#) consid. 1.1.1; arrêt 5A_84/2018 du 8 novembre 2018 consid. 4.2).

3.2. En vertu de l'art. 85a al. 2 ch. 2 LP, en cas de poursuite par voie de faillite, le juge ordonne la suspension provisoire de la poursuite après la commination de faillite si, après avoir entendu les parties et examiné les pièces produites, il estime que la demande est très vraisemblablement fondée. L'action en annulation ou en suspension de la poursuite n'étant plus recevable une fois la faillite déclarée, l'octroi de la suspension provisoire constitue donc le seul moyen dont dispose le poursuivi pour sauvegarder son droit à l'examen au fond de la demande. Le problème se pose dans les mêmes termes pour la suspension à titre préprovisoire, lorsque le juge n'est pas en mesure de statuer en contradictoire avant l'audience de faillite. En toute hypothèse, ce droit n'est pas inconditionnel (art. 85a al. 2 LP; arrêt 5A_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 2.1). Le juge n'ordonne la suspension provisoire de la poursuite que si la demande " est très vraisemblablement fondée " (art. 85a al. 2 LP); il en va de même pour la suspension à titre préprovisoire. Cette condition n'est réalisée que lorsque les chances de gagner le procès sont nettement plus élevées pour le poursuivi que pour le poursuivant (arrêt 4A_286/2020 du 25 août 2020 consid. 3.1). Lorsque la demande apparaît manifestement mal fondée ou dilatoire, le poursuivi ne saurait donc bénéficier d'une suspension, ni provisoire ni préprovisoire (arrêt 5A_712/2008 précité consid. 2.2).

4.

4.1. L'autorité cantonale a rappelé que le recourant ne disposait d'aucun droit inconditionnel à ce que sa prétention au fond fût examinée par un tribunal puisque la suspension provisoire de la poursuite, qui permettait d'éviter le prononcé, le cas échéant, de la faillite, ne pouvait être ordonnée qu'aux conditions strictes prévues en la matière. Elle a ensuite considéré qu'au vu du caractère superprovisionnel et passablement complexe de la cause, la motivation du premier juge était suffisante. Au surplus, l'autorité cantonale a jugé que le recourant ne contestait pas de manière motivée la décision attaquée en tant qu'elle avait considéré que la créance qu'il invoquait en compensation n'était pas démontrée de manière hautement vraisemblable. Elle a relevé à cet égard que le recourant n'expliquait même pas succinctement pourquoi le premier juge se serait trompé et quels éléments auraient dû l'amener à retenir l'existence de la créance invoquée, étant relevé que le caractère hautement vraisemblable de la créance impliquait, à ce stade à tout le moins, une certaine évidence qui paraissait difficilement conciliable avec sa nature, à savoir l'existence d'un dommage résultant d'une gestion fautive de la poursuivante en sa qualité d'organe de fait dans la gestion d'un groupe de sociétés.

4.2.

4.2.1. Le requérant se plaint de la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH) en tant que la décision attaquée serait insuffisamment motivée. Il affirme que celle-ci ne permet pas de reconnaître comment et sur quelles bases les juges ont constaté les faits et les circonstances ainsi qu'appliqué le droit. Il relève que, dans la partie en fait de l'arrêt attaqué, les juges se sont limités à exposer la situation procédurale, notamment sans citer les actes illicites causant le dommage dont il réclame la réparation, et que, dans la partie en droit, ils ont seulement rappelé que la décision sur mesures superprovisionnelles comportait nécessairement une motivation succincte, puis s'étaient limités à décréter que la motivation était conforme aux exigences en la matière, tout en lui reprochant de n'avoir pas contesté de manière motivée la décision attaquée. Il oppose à l'autorité cantonale de n'avoir même pas pris la peine de mentionner les faits et les pièces sur lesquels elle avait assis son raisonnement. Le requérant compare ensuite cette manière de procéder à celle, différente, que cette même autorité a suivie dans une autre affaire pourtant similaire à la sienne.

4.2.2. La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) l'obligation pour le juge de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient ([ATF 143 IV 40](#) consid. 3.4.3). Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision ([ATF 142 II 154](#) consid. 3.1). En revanche, l'autorité viole l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre ([ATF 143 III 65](#) consid. 5.2; [142 II 154](#) consid. 4.2; [141 V 557](#) consid. 3.2.1). Le juge n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ([ATF 146 II 335](#) consid. 5.1 et les références).

Bien que cette norme n'ait pas la même portée que dans la procédure au fond, l'art. 29 al. 2 Cst. trouve application dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisionnelles ([ATF 139 I 189](#) consid. 3.1 et 3.3). Le fait que les mesures provisionnelles soient régulièrement prises sur la base d'une appréciation sommaire de la prétention, qu'elles doivent être rendues rapidement en raison de leur objectif et qu'elles ne statuent pas définitivement sur les droits des parties n'y change rien ([ATF 134 I 83](#) consid. 4.1; arrêt 4P.98/1999 du 29 juin 1999 consid. 2a). Ainsi, le juge qui considère que la mesure provisionnelle sollicitée ne peut être ordonnée immédiatement et qui se contente de communiquer la requête à la partie visée pour qu'elle puisse faire valoir ses objections avant de rendre une décision provisionnelle, sans rendre une décision au moins brièvement motivée sur son refus de statuer par décision superprovisionnelle ou sur le rejet de celle-ci, viole l'art. 29 al. 2 Cst. (arrêts 5A_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 2.3; 5P.144/2003 du 5 mai 2003 consid. 2.2; STUCKI/PAHUD, *op. cit.*, p. 9 s.).

4.2.3. En l'espèce, l'autorité cantonale a exposé le grief de violation du droit d'être entendu en raison d'une motivation insuffisante que le requérant soulevait ainsi que le but, la nature et les conditions de la mesure de l'art. 85a al. 2 LP pour conclure que, afin de répondre rapidement à la situation d'urgence particulière, la motivation succincte du premier juge, dont il ressortait que le caractère hautement vraisemblable des conditions de la responsabilité civile de l'intimée n'était pas démontré, était conforme aux exigences en la matière.

On ne décèle aucune violation du droit d'être entendu dans cette motivation. On ne voit en particulier pas pourquoi l'autorité cantonale aurait dû exposer le fond du litige pour statuer sur le grief d'ordre formel que le requérant soulevait devant elle. La comparaison à laquelle le requérant se livre avec une autre affaire cantonale genevoise ne lui est d'aucune aide pour démontrer la violation de l'art. 29 al. 2 Cst. par l'autorité cantonale. En effet, cette affaire traitait de la violation du droit d'être entendu par le *juge de première instance* en raison de l'insuffisance

de sa motivation sur un grief concernant le fond de la cause. En réalité, cette comparaison est symptomatique de la confusion dans laquelle se trouve le recourant: il tente, par sa critique, de démontrer la violation de son droit d'être entendu par le premier juge. Or, la décision attaquable devant le Tribunal fédéral est celle de dernière instance rendue par de l'autorité cantonale (art. 75 al. 1 LTF) et le recourant ne soulève pas le grief d'arbitraire (art. 9 Cst.) de l'arrêt attaqué; il ne dit notamment rien sur une éventuelle distinction erronée entre la décision superprovisionnelle et provisionnelle (cf. *supra* consid. 3). Le recourant ne se prévaut pas non plus du fait que l'autorité cantonale n'aurait, le cas échéant, pas pu réparer la violation du droit d'être entendu que le premier juge aurait commise.

Il suit de là que le grief de violation du droit d'être entendu doit être rejeté.

4.3.

4.3.1. Le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH) et de la garantie d'accès au juge (art. 29a Cst. et 6 CEDH) en tant que la décision attaquée entraîne le risque que sa faillite soit prononcée et qu'il soit privé du droit à l'examen de sa demande en annulation de la poursuite.

4.3.2. Le droit à la suspension de la poursuite n'est pas inconditionnel (art. 85a al. 2 LP; cf. *supra* consid. 3.2). Pour qu'elle soit prononcée par décision superprovisionnelle, les conditions ordinaires de la protection provisionnelle qu'accorde la suspension, ainsi que les conditions supplémentaires de l'art. 265 al. 1 CPC, doivent être réalisées (cf. *supra* consid. 3.1; cf. entre autres: BRÖNNIMANN, *in* Kurzkommentar SchKG, 2^{ème} éd., 2014, n° 13 ad art. 85a LP; SPRECHER, *op. cit.*, n° 7 ad art. 265 CPC).

Contrairement à ce qu'affirme le recourant, le refus de suspendre provisoirement la poursuite dirigée contre lui n'a pas pour conséquence directe l'extinction du procès en annulation de ladite poursuite. En effet, seule l'éventuelle ouverture de la faillite, laquelle n'a pas encore été prononcée à ce stade, pourrait influencer sur le sort de l'action fondée sur l'art. 85a al. 1 LP. Aussi n'est-il pas possible de suivre le recourant lorsqu'il prétend que le risque que la faillite soit déclarée avant qu'une décision ne soit prise sur le fond de l'action en annulation de la poursuite entraîne *ipso facto* une violation de son droit d'être entendu et de la garantie d'accès au juge. Il ressort en effet de la formulation claire de l'art. 173 al. 1 LP que le législateur n'a pas voulu permettre au juge de la faillite de surseoir au prononcé de celle-ci du seul fait qu'une action fondée sur l'art. 85a al. 1 LP est pendante. Seul le sort de la requête de suspension provisoire de la poursuite justifie de différer le prononcé de la faillite jusqu'à droit connu sur ladite requête. Que le recourant voie dans la solution adoptée par le législateur une violation de diverses garanties constitutionnelles dont celles du droit d'être entendu (29 al. 2 Cst.) et de l'accès au juge (art. 29a Cst.) n'y change rien (cf. arrêt 4A_286/2020 du 25 août 2020 consid. 3.2).

4.4. Le recourant se plaint de la violation de l'art. 9 Cst. dans l'application de l'art. 85a al. 2 LP et dans l'établissement des faits. Ces griefs doivent être déclarés irrecevables, faute d'épuisement des instances (art. 75 al. 1 LTF; cf. entre autres: arrêt 5A_668/2022 du 16 mars 2023 consid. 5.5.1 et les références). En effet, l'autorité cantonale a considéré que le recourant ne s'attaquait pas au fond de la décision entreprise, soit que la créance invoquée en compensation n'était pas démontrée de manière hautement vraisemblable. Elle n'a donc pas examiné si les conditions de l'art. 85a al. 2 LP étaient remplies. Force est de constater que, dans son recours cantonal, le recourant s'est effectivement limité à soulever, à plusieurs égards, le grief purement formel de la violation de son droit d'être entendu.

5.

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. La requête d'assistance judiciaire est rejetée, faute de chance de succès du recours (art. 64 al. 1 LTF). Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant (art. 66 al. 1 LTF). Aucuns dépens ne sont dus, l'intimée n'ayant été ni invitée à se déterminer sur le fond du litige, ni suivie dans ses conclusions sur la question de l'effet suspensif et les sûretés (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 6 avril 2023

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Achtari