

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13371/2014

ACJC/407/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 18 MARS 2016

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, Genève, recourant contre une ordonnance rendue par la 11^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 octobre 2015, comparant par Me Christian van Gessel, avocat, 8, rue du Mont-de-Sion, 1206 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, (GE), intimé, comparant par Me Antoine Böhler, avocat, 7, rue des Battoirs, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Tribunal de première instance par pli simple du 23 mars 2016.

EN FAIT

A. a. Le 6 juin 2014, A_____ a sollicité l'assistance juridique pour une action en partage à l'encontre de D_____ et de son fils unique, B_____, d'une valeur litigieuse de 1'308'825 fr.

b. Par décision du 13 juin 2014, le Vice-président du Tribunal de première instance a rejeté la requête précitée, retenant qu'A_____ ne remplissait pas la condition d'indigence, puisque les revenus de son ménage, composé de lui-même et de son épouse, dépassaient de 2'279 fr. 30 le minimum vital élargi et de 2'619 fr. 30 le minimum vital strict en vigueur à Genève. Ce disponible mensuel était suffisant pour permettre à A_____ de couvrir ses frais d'avocat en une année.

Le recours formé par A_____ contre cette décision a été rejeté par arrêt du 13 août 2014.

c. Le 24 novembre 2014, A_____ a formé à l'encontre de C_____ et B_____ une action en nullité du partage et en nouveau partage de la succession de feu son père D_____, portant sur une valeur litigieuse de 1'302'823 fr.

d. Le 19 janvier 2015, il a requis l'assistance juridique afin d'être exonéré de la demande d'avance de frais en 54'000 fr. exigée par le Tribunal de première instance en vue de l'examen de cette action.

Selon les explications et pièces invoquées à l'appui de cette demande, les époux A_____ et E_____ perçoivent des revenus de 5'166 fr. 70, soit 2'530 fr. de rente AI de E_____, 1'850 fr. de rente AVS de l'intéressé, 521 fr. de prestations complémentaires et 265 fr. de prestations sociales de la Ville de Genève, et doivent faire face à des dépenses de 3'878 fr. 80, dont 1'700 fr. d'entretien de base, 1'650 fr. de loyer, 48 fr. de prime d'assurance maladie obligatoire pour le mari (après déduction d'un subside de 425 fr. 60) et 480 fr. 80 de primes d'assurance maladie complémentaire pour l'épouse. Leur solde mensuel disponible est donc de l'ordre de 1'288 fr.

A_____ a par ailleurs indiqué avoir contracté un prêt de 15'000 fr. auprès de "M. et Mme F_____", un prêt de 12'400 fr. auprès de la Caisse publique de prêts sur gages de Genève et devoir la somme de 5'476 fr. 55 à G_____, qu'il rembourse par mensualités de 1'000 fr. Il a versé à la procédure une reconnaissance de dette établie par lui-même et son épouse en janvier 2015, par laquelle ils s'engagent à rembourser aux époux F_____ la somme de 5'000 fr. selon disponibilités.

Il a enfin produit plusieurs pièces comptables – incomplètes et établies par lui-même - de l'entreprise inscrite au Registre du commerce du canton de Genève depuis le _____ 1993 sous la raison individuelle "H_____", active notamment

dans la restauration et la réparation de meubles et d'objets anciens, dont il est le fondateur.

Au 31 décembre 2013, le bilan indique des actifs mobilisés en 77'531 fr. 50, correspondant à un stock de marchandise de 162'119 fr., moins une provision pour dépréciation de 89'880 fr., et à des actifs transitoires de 5'292 fr. 50. Les actifs immobilisés sont de 90'382 fr. 49, incluant 85'000 fr. pour le fonds de commerce, 1'175 fr. pour l'agencement et les installations, 1 fr. pour le matériel et le mobilier de bureau, 1 fr. pour le matériel et l'outillage, 1 fr. pour le véhicule et 4'204 fr. 49 de garantie de loyer. Pour l'exercice 2013, les passifs comportent des passifs transitoires de 326 fr. 65 et des fonds propres de 167'674 fr. 04, dont un poste intitulé "capital" de 162'447 fr. 22, un "compte privé" de 26'381 fr. 25 et un résultat d'exercice négatif de 21'154 fr. 43.

Au 31 décembre 2014, les bilans présentent des actifs mobilisés de 65'569 fr. 30 (stock de marchandises de 153'920 fr. – provision pour dépréciation de 89'880 fr. + actifs transitoires de 1'529 fr. 30) et des actifs immobilisés de 90'085 fr. 64 (fonds de commerce de 85'000 fr. + agencement et installations de 875 fr. + matériel et mobilier de bureau de 1 fr. + matériel et outillage de 1 fr. + véhicule de 1 fr. + garantie de loyer de 4'207 fr. 64). Les passifs sont composés uniquement de fonds propres de 155'665 fr. 74 ("capital" de 167'674 fr. 04 + "compte privé" de 17'352 fr. 85 – résultat d'exercice négatif de 29'361 fr. 15).

Les pièces comptables déposées au Tribunal en juin 2014 comportent des divergences pour l'exercice 2013 par rapport à celles produites en janvier 2015. Elles présentent une perte de 25'012 fr. 45, et non pas de 21'154 fr. 43; le stock de marchandises est par ailleurs évalué dans ces documents à 155'910 fr., avant déduction d'une provision pour dépréciation de 87'529 fr.

e. Par décision du 9 février 2015, le Vice-Président du Tribunal de première instance a admis A_____ au bénéfice de l'assistance juridique avec effet au 19 janvier 2015, subordonné cet octroi au paiement d'une participation mensuelle de 500 fr. dès le 1er mars 2015 et limité cet octroi à l'avance de frais judiciaires en 54'000 fr., à l'exclusion de l'exonération de fournir d'éventuelles sûretés.

Cette décision ne comporte aucune motivation écrite. Elle indique que celle-ci pouvait être requise dans le délai de 10 jours.

f. Le 17 avril 2015, C_____ et B_____ ont formé une demande en fourniture de sûretés en garantie des dépens à l'encontre d'A_____, en raison de son indigence, voire du risque considérable qu'il ne soit pas en mesure de verser les dépens auxquels il pourrait être condamné.

A_____ a conclu au rejet de la requête, soutenant que certes son disponible n'était que de 1'671 fr. 80 par mois, qu'il n'était toutefois pas insolvable, ne faisait l'objet d'aucune poursuite, s'acquittait, au demeurant, de la participation mensuelle

demandée par l'assistance judiciaire et pouvait également, au besoin, régler, par paiements échelonnés, les dépens auxquels il serait condamné.

- B. a.** Par ordonnance du 26 octobre 2015, le Tribunal de première instance a condamné A_____ à fournir, soit en espèces, soit sous forme de garantie d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurance autorisée à exercer en Suisse, des sûretés en garantie des dépens d'un montant de 38'000 fr., fixé un délai de 60 jours, à compter de la notification de la décision, pour déposer lesdites sûretés, soit en espèces auprès des Services financiers du Pouvoir judiciaire, soit sous forme de garantie auprès du greffe du Tribunal, renvoyé la décision sur les frais à la décision finale et débouté les parties de toutes autres conclusions.

Selon le Tribunal, A_____ ne disposait manifestement pas de moyens suffisants pour s'acquitter le cas échéant des dépens auxquels il pouvait être condamné. Au vu des charges mensuelles qu'il disait lui-même devoir assumer, il n'avait pas un disponible lui permettant de constituer des économies suffisantes et régler des dépens sans porter atteinte à ses besoins fondamentaux.

b. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 6 novembre 2015, A_____ recourt contre cette décision, concluant à son annulation. Il invoque une violation de l'art. 99 al. 1 let. d CPC, faisant valoir qu'il est à même de régler des dépens de l'ordre de 38'000 fr. au moyen de son disponible en 30 mensualités et qu'il n'y a ainsi aucun risque pour les intimés de ne pas être payés. Par ailleurs, il allègue pour la première fois qu'il exploite un magasin d'antiquités disposant non seulement d'un stock de marchandises, mais également d'une valeur marchande dans le cadre d'une remise de commerce. La décision entreprise était contraire à l'art. 6 § 1 CEDH et à l'art. 29a Cst. féd. dans la mesure où elle contrevenait manifestement à son droit d'accès à la justice. La requête des intimés était enfin purement chicanière et constituait un abus de droit.

c. L'Hoirie de feu D_____ et B_____ ont demandé que la procédure soit suspendue, en raison du décès de D_____ le 16 octobre 2015, jusqu'à ce qu'un certificat d'héritier soit délivré à son fils. Sur le fond, ils ont conclu au rejet du recours. La valeur du stock de marchandises du magasin du recourant n'était ni démontrée, ni même alléguée. Quant à la valeur marchande de son fonds de commerce, elle devait être considérée comme nulle au vu des pertes réalisées. De plus, tous ses avoirs tomberaient dans la masse en faillite, de sorte que les créanciers poursuivants, qu'ils pourraient être, seraient remboursés au même rang que tous les autres, sans privilège aucun.

d. Dans ses écritures du 26 janvier 2016, A_____ a sollicité la production du certificat d'héritier de B_____ et la substitution des parties entre feu D_____ et son Hoirie. Il a demandé le rejet de la demande de suspension de la procédure et la restitution de l'effet suspensif à l'ordonnance du 26 octobre 2015.

e. Par ordonnance du même jour, le Tribunal a donné suite à la requête de l'Hoirie de feu D_____ et de B_____ tendant à l'octroi d'une prolongation de délai pour le dépôt des sûretés, fixant ce dernier au 10 février 2016.

f. Le 5 février 2016, l'Hoirie de feu D_____ et B_____ se sont opposés à la requête en restitution de l'effet suspensif, le délai de 60 jours prévu par l'ordonnance entreprise ayant expiré au plus tard le 11 janvier 2016.

g. Par courrier du 15 février 2016, A_____ a persisté dans ses conclusions.

h. Le 18 février 2016, l'Hoirie de feu D_____ et B_____ ont déposé le certificat d'héritier de B_____ daté du 10 février 2016. Ils ont déclaré retirer leur requête en suspension de la procédure et persister dans leurs conclusions pour le surplus.

i. Par ordonnance du 22 février 2016, le Tribunal a octroyé à A_____ un nouveau délai de 30 jours pour verser les sûretés, en raison de la procédure pendante devant la Cour.

j. Le 26 février 2016, A_____ a persisté dans ses conclusions sur sûretés et en restitution d'effet suspensif, soutenant que le Tribunal devait suspendre l'exécution de son ordonnance du 26 janvier 2016, prononcée prématurément, jusqu'à droit jugé dans la présente procédure de recours.

k. Par courrier du 1^{er} mars 2016, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger sur effet suspensif, sur suspension et sur le fond.

EN DROIT

1. 1.1 Selon l'art. 103 CPC, les décisions relatives aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours.

Interjeté dans le délai de dix jours requis et selon la forme prévue par la loi, le recours est recevable (art. 321 al. 1 CPC).

1.2 B_____, représentant l'Hoirie de feu D_____, s'est substitué à cette dernière ex lege, puisqu'il en est l'héritier unique (art. 560 al. 1 CC; art. 84 al. 3 in fine CPC), ce qu'il y a lieu de constater.

Il y a également lieu de constater qu'à la suite de la délivrance du certificat d'héritier, la requête en suspension formée en raison du décès de feu sa mère est devenue sans objet. Elle a d'ailleurs été retirée.

2. 2.1 La cognition de la Cour est limitée à la constatation manifestement inexacte des faits et à la violation du droit (art. 320 CPC).

2.2 Les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). Il ne sera ainsi pas tenu compte des allégués

nouveaux du recourant sur l'existence d'avoirs sous forme de stock de marchandises ou de valeur de fonds de commerce. En tout état de cause, même si ces derniers éléments étaient pris en considération, la solution du litige resterait inchangée, ainsi qu'il sera exposé ci-après.

3. **3.1** A teneur de l'art. 99 al. 1 CPC, le demandeur doit, sur requête du défendeur, fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens, notamment lorsqu'il paraît insolvable, notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défauts de biens (let. b) ou que d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés (let. d).

Est insolvable la personne qui ne dispose ni des liquidités nécessaires pour faire face à ses dettes exigibles ni du crédit lui permettant de se procurer les moyens nécessaires (ATF 111 II 206 consid. 1).

Des indices de difficultés financières insuffisants pour que le demandeur paraisse insolvable au sens de l'art. 99 al. 1 let. b CPC peuvent remplir les conditions de la let. d de cette disposition (TAPPY, in Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 39 ad art. 99 CPC; cf. également KUSTER, in Schweizerische Zivilprozessordnung, BAKER & MCKENZIE [éd.], 2010, n. 25 ad art. 99 CPC).

Selon le Message du Conseil fédéral, la disposition générale de l'al. 1 let. d requiert un grand risque de non recouvrement. On pense notamment à l'*asset stripping* à la veille de la faillite, consistant à se défaire de ses actifs (FF 2006 p. 6906).

Comme exemples de "risque considérable que les dépens ne soient pas versés", la doctrine cite également les situations de faillites répétées et de fréquentes poursuites (TAPPY, op. cit., n. 39 ad art. 99 CPC; KUSTER, op. cit., n. 25 ad art. 99 CPC), d'ajournement de faillite (URWYLER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [éd.], 2011, n. 13 ad art. 99 CPC), celles dont peut découler une faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 al. 1 LP ou une action révocatoire selon les art. 285 ss LP (SCHMID, in Schweizerische Zivilprozessordnung, Paul OBERHAMMER [éd.], 2014, n. 12 ad art. 99 CPC; SUTER/VON HOLZEN, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2013, n. 35 ad art. 99 CPC). Est aussi cité le fait que le demandeur a eu besoin d'un sursis ou d'une remise concernant les frais d'une autre procédure (TAPPY, loc. cit.).

L'existence de ce "risque considérable" est laissée à l'appréciation du juge (arrêt du Tribunal fédéral 5A_221/2014 du 10 septembre 2014 consid. 3).

3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que les dépens auxquels serait condamné le recourant en cas de perte du procès, pourront s'élever à un montant de l'ordre de 38'000 fr.

Le recourant ne fait l'objet d'aucune poursuite et son budget présente un solde positif, de sorte qu'il ne saurait être considéré comme insolvable, ce qui n'est du reste pas remis en cause.

Il n'en demeure pas moins que sa situation financière apparaît difficile, dès lors qu'après déduction des charges admissibles, le disponible du ménage n'est que de 1'288 fr. par mois. S'il est vrai que la loi ne garantit pas l'immédiateté du paiement des dépens, il faudrait néanmoins au recourant environ deux ans et demi pour pouvoir économiser la somme de 38'000 fr. A cela s'ajoute qu'il doit faire face à des mensualités de 500 fr. à titre de participation à l'assistance juridique, qu'il doit également assumer ses propres frais d'avocat et qu'il a, de son propre aveu, contracté des dettes d'une somme totale de plus de 30'000 fr. qu'il devra également rembourser. Au vu du disponible du recourant, ces engagements financiers ne sauraient être considérés comme un empêchement provisoire pour que l'intimé récupère, le cas échéant, son dû. Il est sur ce point relevé que le remboursement des prestations de l'assistance juridique est réputé exigible à concurrence du versement de 60 mensualités (art. 4 al. 2 RAJ), soit pendant 5 ans.

Le recourant ne fait au surplus état d'aucune fortune. A cet égard, même s'il était tenu compte de ses allégués – irrecevables – au sujet de son stock de marchandises et de la valeur de son fonds de commerce, il n'aurait pas rendu vraisemblable l'existence de biens dont la réalisation pourrait servir à désintéresser l'intimé. En effet, la valeur probante des pièces comptables présentes au dossier est très faible, dès lors que ces dernières ont été établies par le recourant lui-même, qu'elles comportent des contradictions (les chiffres pour l'exercice 2013 variant d'un document à l'autre) et qu'elles ne sont confirmées par aucune autre pièce, telles que des taxations fiscales, que le recourant aurait facilement pu produire.

Les difficultés financières du couple sont au demeurant attestées par le fait qu'il perçoit des prestations complémentaires en 521 fr. par mois et une aide sociale de la Ville de Genève de 265 fr. par mois. Le Service de l'assistance juridique a enfin considéré que le recourant n'était pas en mesure de se procurer l'avance de frais de 54'000 fr. qui lui était réclamée, ce qui plaide en faveur d'un budget serré ne lui permettant pas de faire des économies de plusieurs dizaines de milliers de francs.

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal n'a ni outrepassé son pouvoir d'appréciation, ni violé l'art. 99 CPC, en admettant qu'il existe en l'espèce un risque élevé de difficulté de recouvrement.

L'intimé a par ailleurs un intérêt personnel digne de protection à pouvoir recouvrer ses dépens en cas de gain du procès. Leur requête en sûretés n'apparaît pas chicanière. Elle n'est ainsi constitutive d'aucun abus de droit (art. 2 al. 2 CC).

4. Le recourant soutient que sa condamnation au paiement de sûretés de 38'000 fr. serait contraire aux art. 6 § 1 CEDH et 29a Cst. féd., dans la mesure où elle l'empêcherait d'avoir accès à la justice.

4.1 Tant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 6 par. 1 CEDH, que celle du Tribunal fédéral relative à la Constitution fédérale reconnaissent comme légitime de réclamer d'une partie demanderesse le versement d'une *cautio judicatum solvi* afin d'éviter que la partie défenderesse ne se trouve confrontée, en cas de rejet de la demande, à l'impossibilité de recouvrer ses frais de justice (cf. arrêt *Tolstoy contre Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, par. 61; voir aussi l'arrêt *Kreuz contre Pologne* du 19 juin 2001, par. 54; ATF 132 I 134 consid. 2.1).

L'art. 36 al. 1 Cst. féd. prévoit en outre que toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. En l'espèce, l'obligation du recourant de fournir des sûretés est fondée sur l'art. 99 al. 1 let. d CPC.

Afin d'éviter que le manque de ressources puisse empêcher un indigent de faire valoir ses droits en justice, le législateur a toutefois prévu que l'octroi de l'assistance judiciaire exonère son bénéficiaire des sûretés en garantie du paiement des dépens de sa partie adverse (cf. art. 118 al. 1 let. a CPC), privant ainsi cette dernière d'une garantie possible contre le risque d'insolvabilité (cf. TAPPY, op. cit., n. 28 ad art. 118 CPC). La partie adverse doit être entendue si l'assistance judiciaire porte sur la fourniture des sûretés en garantie du paiement des dépens (art. 119 al. 3 in fine).

4.2 En l'occurrence, la décision du 9 février 2014 du Vice-Président du Tribunal a mis le recourant au bénéfice d'une assistance judiciaire partielle, limitée à l'avance des frais judiciaires, et indiqué l'exclusion de l'exonération de fournir d'éventuelles sûretés. Toutefois, ce dernier point ne semble pas avoir fait l'objet d'un examen approfondi et concret, dès lors que la décision, qui ne comporte aucune motivation, a été prononcée avant même que la demande de sûretés ne soit formée et sans que les intimés ne soient interpellés à ce sujet, ce qui contrevient à l'art. 119 al. 3 in fine CPC.

Dans ces circonstances, il se justifie d'annuler l'ordonnance du 26 octobre 2015 et de renvoyer la cause au Tribunal afin qu'il examine si la situation financière du recourant justifie ou non une exonération de fournir les sûretés en 38'000 fr., après avoir également entendu l'intimé. Le cas échéant, un nouveau délai sera fixé au recourant pour qu'il s'en acquitte.

Au vu de l'issue du litige, la question de la restitution de l'effet suspensif est devenue sans objet.

-
- 5.** Les frais judiciaires du recours sont arrêtés à 1'200 fr. (art. 95 et 105 al. 1 CPC; art. 13 et 41 RTFMC) et entièrement compensés avec l'avance de frais du même montant opérée par le recourant, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Les dépens sont arrêtés à 1'400 fr., débours et TVA compris (art. 84, 85, 87, 88 et 90 RTFMC; art. 23, 25 et 26 LaCC).

L'issue du litige étant incertaine, la répartition des frais de la procédure de recours sera déléguée à la juridiction précédente conformément à l'art. 104 al. 4 CPC.

- 6.** La présente décision est susceptible d'un recours en matière civile, les moyens étant cependant limités (art. 93 LTF; ATF 137 III 324 consid. 1.1; 134 I 83 consid. 3.1).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/634/2015 rendue le 26 octobre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13371/2014-11.

Préalablement :

Constate la substitution de B_____ à D_____, décédée le _____ 2015, en sa qualité d'héritier unique de celle-ci.

Au fond :

Annule l'ordonnance rendue le 26 octobre 2015 par le Tribunal de première instance.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 1'200 fr., les compense avec l'avance fournie par A_____, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Fixe le montant des dépens du recours à 1'400 fr.

Délègue la répartition des frais du recours au Tribunal de première instance.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Sylvie DROIN et Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges; Madame Marie NIERMARÉCHAL, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Marie NIERMARÉCHAL

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), le présent arrêt peut être porté 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.