



POUVOIR JUDICIAIRE

C/24414/2020

ACJC/1208/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 17 SEPTEMBRE 2021

Entre

A_____ **LTD**, sise _____, Canada, appelante d'une ordonnance rendue par la 20^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 février 2021, comparant par Me Yves KLEIN, avocat, MONFRINI BITTON KLEIN, place du Molard 3, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ **JSC**, sise _____, République du Kazakhstan, intimée, comparant par Me Nicolas PIERARD, avocat, rue Jargonnant 2, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 24 septembre 2021

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/195/2021 du 25 février 2021, reçue le 1^{er} mars 2021 par les parties, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant sur mesures provisionnelles, a ordonné la suspension provisoire de la poursuite n° 1_____ initiée par A_____ LTD contre B_____ JSC (chiffre 1 du dispositif), renvoyé la décision sur les frais à la décision finale (ch. 2) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).
- B.**
- a.** Par acte expédié le 11 mars 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ LTD appelle de cette ordonnance, dont elle sollicite l'annulation. Cela fait, elle conclut au rejet de la requête formée par B_____ JSC tendant à la suspension provisoire de la poursuite n° 1_____, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- b.** B_____ JSC conclut au déboutement de A_____ LTD de toutes ses conclusions, sous suite de frais judiciaires et dépens.
- c.** Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.
- d.** Par avis du 18 mai 2021, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :
- a.** A_____ LTD (ci-après : A_____ KAZAKHSTAN) est une société canadienne entièrement détenue par la société américaine L_____ CORP (ci-après : L_____ USA).
- b.** B_____ JSC est une société de droit kazakh active dans la production et la commercialisation de _____. Elle détient des _____ au Kazakhstan.
- c.** En 2003, L_____ USA, par l'intermédiaire de sa filiale A_____ KAZAKHSTAN, a investi des fonds dans la société B_____ JSC en vue de développer le potentiel des _____ détenus par celle-ci. Entre octobre 2004 et février 2017, plusieurs accords ont été conclus dans ce cadre, qui concernaient également une société tierce, C_____ LTD, active dans les travaux de _____ au Kazakhstan.
- L_____ USA est devenue actionnaire de B_____ JSC, à travers sa filiale A_____ KAZAKHSTAN.
- d.** Par contrat de crédit du 14 juillet 2004, A_____ KAZAKHSTAN s'est engagée à prêter à B_____ JSC la somme de 1'000'000 USD, augmentée par la

suite à 50'000'000 USD. Ce contrat prévoyait l'application du droit kazakh et contenait une clause arbitrale.

e. Les relations entre les parties sont devenues conflictuelles et ont donné lieu à un important litige, dans le cadre duquel plusieurs décisions ont été rendues.

f. Par jugement du 15 septembre 2008, le Tribunal de district de D_____ de la ville de E_____ (Kazakhstan) a condamné L_____ USA à payer à C_____ LTD 27'150'000 USD et à B_____ JSC 2'476'053 USD.

Après une cession de créance par C_____ LTD en faveur de B_____ JSC, celle-ci est devenue créancière de L_____ USA à hauteur de 29'626'053 USD (27'150'000 USD + 2'476'053 USD).

g. Par sentence arbitrale du 7 novembre 2008, la Cour arbitrale Internationale IUS au Kazakhstan a condamné B_____ JSC à payer à A_____ KAZAKHSTAN 30'073'723 USD en relation avec le remboursement du prêt octroyé en juillet 2004.

Le 4 décembre 2008, la Cour arbitrale Internationale IUS a prononcé une sentence complémentaire condamnant B_____ JSC à payer à A_____ KAZAKHSTAN 10'512'400 KZT (soit environ 96'713 fr. au cours en vigueur en décembre 2008) à titre de frais d'arbitrage.

Ces sentences sont devenues définitives et exécutoires.

h. Dès novembre 2011, les parties ont initié des procédures d'exécution forcée fondées sur les décisions susmentionnées par-devant les juridictions kazakhes.

h.a. Par jugement du 13 mars 2012, confirmé par arrêt de la Cour d'appel de E_____ du 18 avril 2012, le Tribunal interdistricts économique spécialisé de la ville de E_____ a reconnu et déclaré exécutoire la sentence arbitrale du 7 novembre 2008 en faveur de A_____ KAZAKHSTAN.

h.b. Par jugement du 10 avril 2012, le Tribunal de district de D_____ de la ville de E_____ a rendu une décision d'exécution concernant le jugement du 15 septembre 2008 rendu en faveur de B_____ JSC. Il a également ordonné la compensation de la créance de A_____ KAZAKHSTAN envers B_____ JSC en 30'073'723 USD avec la créance de B_____ JSC envers L_____ USA en 29'626'053 USD, le voile corporatif entre celle-ci et A_____ KAZAKHSTAN devant être levé.

Ce jugement, rendu par défaut, a été confirmé par arrêt de la Cour d'appel de E_____ du 2 août 2012.

i. Par ordonnances du Tribunal de première instance des 23 juin et 30 juin 2017, A_____ KAZAKHSTAN a obtenu, sur la base des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008, le séquestre des biens de B_____ JSC détenus en Suisse auprès d'une société et de plusieurs établissements bancaires genevois.

Statuant sur oppositions formées par B_____ JSC contre les ordonnances précitées, le Tribunal a finalement arrêté les séquestres à hauteur de 29'277'811 fr. (séquestre n° 2_____), respectivement 28'836'930 fr. (séquestre n° 3_____) par jugement OSQ/3/2018 du 2 février 2018.

Par arrêt ACJC/620/2018 du 15 mai 2018, la Cour a rejeté les recours interjetés par les parties contre ce jugement.

j. Le 13 octobre 2017, A_____ KAZAKHSTAN a fait notifier à B_____ JSC un commandement de payer, poursuite n° 1_____, afin de valider les séquestres susmentionnés, auquel celle-ci a formé opposition.

k.a Par acte du 8 juin 2018, A_____ KAZAKHSTAN a sollicité la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008, ainsi que le prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition précitée.

B_____ JSC s'est opposée à cette requête au motif notamment que la créance de A_____ KAZAKHSTAN était prescrite en vertu du droit kazakh, qui prévoyait un délai de trois ans pour demander l'exécution d'une sentence arbitrale. A l'appui de sa thèse, elle a produit un avis de droit du Professeur F_____ du 12 décembre 2017, selon lequel la prescription des créances constatées par les sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008 devait être examinée au regard du droit kazakh, que ce soit en vertu de l'application de la loi de la créance (*lex causae*) ou de la loi du siège de l'arbitrage. En effet, l'application de la loi du lieu d'exécution (*lex fori*) n'était pas fondée, l'art. III de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (CNY - RS 0.277.12) ne réglant pas les objections de droit matériel.

B_____ JSC a également produit des avis de droit du Professeur G_____ des 22 août et 11 décembre 2017, ainsi que du Professeur H_____ du 14 septembre 2018, à teneur desquels la créance litigieuse était prescrite au jour du dépôt de la requête de séquestre en Suisse, le délai de prescription prévu par le droit kazakh étant de trois ans et ce délai étant applicable tant au droit de fond qu'à l'exécution des décisions judiciaires (art. 177, 178 et 180 du Code civil de la République du Kazakhstan et art. 11 de la Loi kazakhe sur la procédure d'exécution).

A_____ KAZAKHSTAN a, quant à elle, produit un avis de droit du Professeur I_____ du 7 novembre 2017, selon lequel il convenait d'appliquer le droit suisse (*lex fori*) à la question de la prescription de la créance litigieuse constatée par

sentences arbitrales étrangères, lequel prévoyait un délai de prescription de dix ans (art. 137 al. 2 CO). En effet, il s'agissait d'une question de procédure et non de droit de fond, de sorte que la *lex fori* était applicable (art. III CNY). Ainsi, ladite créance n'était pas prescrite.

Si toutefois le droit kazakh était applicable, A_____ KAZAKHSTAN a également produit des avis de droit du Professeur J_____ des 20 octobre 2017 et 8 novembre 2018, dont il ressort que le délai de prescription de trois ans prévu par les lois kazakhes citées par les Professeurs G_____ et H_____ ne s'appliquait pas pour l'exécution des sentences arbitrales, les créances prévues par de telles sentences étant imprescriptibles. Cela étant, même à supposer que la créance de A_____ KAZAKHSTAN était prescrite au Kazakhstan pour des raisons procédurales, les sentences pouvaient être exécutées dans un autre pays. A_____ KAZAKHSTAN a, en outre, produit un bref avis de droit du Professeur K_____ du 9 novembre 2018 approuvant celui du Professeur J_____.

k.b Par jugement du 14 janvier 2019, confirmé par arrêt de la Cour du 14 mai 2019, le Tribunal a reconnu et déclaré exécutoires en Suisse les sentences arbitrales rendues les 7 novembre et 4 décembre 2008 et prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par B_____ JSC au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à hauteur de 28'836'930 fr.

S'agissant de l'exception de prescription, le Tribunal a relevé qu'il n'appartenait pas au juge de la mainlevée, statuant en procédure sommaire, de rechercher le droit étranger et que le contenu de celui-ci n'avait pas été prouvé dans la mesure où les parties avaient produit des avis de droit contradictoires. Or, B_____ JSC devait apporter la preuve stricte de sa libération, raison pour laquelle son moyen libératoire était rejeté et la mainlevée définitive accordée. Le Tribunal a appliqué le droit suisse à titre supplétif et le délai de prescription de dix ans qui en découlait, de sorte que la créance de A_____ KAZAKHSTAN n'était pas prescrite.

l. Par acte du 30 novembre 2020 dirigé contre A_____ KAZAKHSTAN, B_____ JSC a conclu à la constatation de l'inexistence de la dette faisant l'objet de la poursuite n° 1_____ et a, préalablement, sollicité la suspension provisoire de celle-ci.

En se fondant sur l'avis de droit du Professeur F_____ du 12 décembre 2017, B_____ JSC a, à nouveau, soutenu que la créance de A_____ KAZAKHSTAN était prescrite. En outre, elle a fait valoir que le Tribunal fédéral était d'avis d'appliquer le droit de l'Etat dans lequel la sentence arbitrale étrangère avait été rendue à la question de la prescription de la créance incorporée dans celle-ci (ATF 144 III 360).

En plus des avis de droit produits dans le cadre la procédure de mainlevée, B_____ JSC a produit un avis de droit supplémentaire du Professeur G_____ du 25 octobre 2019, selon lequel une fois le délai de trois ans écoulé, peu importe s'il s'agissait d'un délai de prescription ou de procédure, la sentence arbitrale soumise au droit kazakh ne pouvait plus être exécutée ni au Kazakhstan ni à l'étranger.

Subsidiairement, B_____ JSC a soutenu détenir une créance d'un montant équivalent à l'encontre de A_____ KAZAKHSTAN, dont elle excipait compensation, en sollicitant la reconnaissance du jugement kazakh du 15 septembre 2008.

m. Par ordonnance du 11 janvier 2021, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a ordonné la suspension provisoire de la poursuite n° 1_____ compte tenu de l'urgence, le procès-verbal de saisie étant entré en force.

n. Le 18 janvier 2021, A_____ KAZAKHSTAN a produit les mêmes avis de droit que dans le cadre de la procédure de mainlevée. Sur la base des avis de droit du Professeur J_____, elle a fait valoir que le délai de trois ans prévu dans le droit kazakh pour l'exécution d'une sentence arbitrale était un délai procédural dont l'écoulement entraînait uniquement, sous réserve de sa restitution par un tribunal pour de justes motifs, l'impossibilité d'exécuter la sentence au Kazakhstan. La sentence pouvait, en revanche, être exécutée dans un autre pays, lequel statuerait selon son droit de procédure.

o. Lors de l'audience du 2 février 2021, les parties ont plaidé. B_____ JSC a persisté dans ses conclusions sur mesures provisionnelles et A_____ KAZAKHSTAN a conclu au rejet de celles-ci.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

D. Dans l'ordonnance entreprise, le Tribunal a considéré, en se fondant sur l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 144 III 360 postérieur aux avis de droit produits par les parties, qu'il était très vraisemblable que les créances issues des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008 étaient prescrites et ne pouvaient plus faire l'objet d'une procédure d'exécution en Suisse. En effet, selon cette jurisprudence, même après la reconnaissance d'un jugement étranger, la question de savoir si la prescription était intervenue devait être déterminée en fonction du droit applicable en vertu de l'art. 148 LDIP, soit le droit de l'Etat dans lequel le jugement avait été rendu, et donc en l'espèce le droit kazakh et non le droit suisse.

Il ressortait des avis de droit produits que le droit kazakh prévoyait un délai de trois ans pour agir en exécution d'une sentence arbitrale. Dès lors, les sentences

arbitrales litigieuses ne pourraient plus être exécutées au Kazakhstan vu l'écoulement de ce délai. De plus, dans son arrêt ATF 144 III 360, le Tribunal fédéral avait jugé que le droit de l'Etat dans lequel le jugement avait été rendu régissait la prescription des effets du jugement, infirmant ainsi la thèse soutenue par A_____ KAZAKHSTAN, fondée sur l'avis du Professeur J_____.

Par conséquent, le Tribunal a estimé que les chances pour B_____ JSC d'obtenir gain de cause au fond étaient supérieures à celles de A_____ KAZAKHSTAN.

EN DROIT

1. **1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles si la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

En l'espèce, compte tenu du montant faisant l'objet de la poursuite n° 1_____, la valeur litigieuse de 10'000 fr. est largement atteinte.

Par ailleurs, l'exception prévue par l'art. 309 lit. b ch. 4 CPC concernant l'art. 85 LP est précise et ne s'étend volontairement pas à l'action prévue par l'art. 85a LP, seul applicable en l'espèce (BODMER/BANGERT, Basler Kommentar I, 2017, n° 6a ad art. 85a LP; JEANDIN, Commentaire romand CPC, 2019, n° 12 ad art. 309 CPC).

Il s'ensuit que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 Interjeté dans le délai utile de 10 jours et selon la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) et la procédure sommaire prévalant en première instance s'applique également en appel (art. 248 let. d CPC).

2. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir arbitrairement retenu que la créance litigieuse était très vraisemblablement prescrite, l'ATF 144 III 360 n'étant pas pertinent. Elle soutient que le droit du lieu d'exécution (*lex fori*), soit en l'espèce le droit suisse, était applicable à la question de la prescription de l'exécution des sentences arbitrales litigieuses, en vertu de l'art. III CNY. Le premier juge avait, en outre, violé le principe de l'autorité de chose jugée, lesdites sentences ayant déjà été reconnues et déclarées exécutoires en Suisse par le juge de la mainlevée.

2.1.1 Aux termes de l'art. 85a al. 1 LP, le débiteur poursuivi peut agir en tout temps au for de la poursuite pour faire constater que la dette n'existe pas ou plus, ou qu'un sursis lui a été accordé. S'il admet la demande, le tribunal ordonne l'annulation ou la suspension de la poursuite (art. 85a al. 3 LP).

Pour que la suspension provisoire puisse être ordonnée, il faut que le fondement de la demande apparaisse comme très vraisemblable (arrêts du Tribunal fédéral 4A_580/2019 du 16 avril 2020 consid. 3.1 et 5A_473/2012 du 17 août 2012 consid.1.1). Littéralement, cela signifie que le degré de preuve requis dépasse la simple vraisemblance, sans pour autant que la certitude ni la preuve stricte soit exigée (SCHMIDT, Commentaire romand de la LP, 2005, n° 9 ad art. 85a LP, GILLIERON, Commentaire de la LP, 1999, n° 71 ad art. 85a LP). Il convient d'être exigeant dans l'interprétation de la haute vraisemblance afin de prévenir des actions abusives et des requêtes dilatoires. Il faut que les chances du requérant apparaissent nettement meilleures que celles de sa partie adverse ou, du moins, très bonnes et que le juge, après un examen *prima facie*, incline à partager le point de vue du requérant (arrêts du Tribunal fédéral 4A_286/2020 du 25 août 2020 consid. 3.1 et 4A_580/2019 du 16 avril 2020 consid. 3.1).

Lorsque la mainlevée définitive a été accordée sur la base d'un jugement (art. 80 al. 1 LP), le poursuivi qui agit sur la base de l'art. 85a LP ne peut, compte tenu de la force de chose jugée du jugement, se prévaloir - en dehors d'exceptions très limitées découlant du jugement lui-même (p. ex. condamnation à une exécution trait pour trait, conditionnelle, ou préalable du créancier poursuivant) - que des faits survenus après l'entrée en force de celui-ci, à savoir des *nova* proprement dits. Le poursuivi ne peut remettre en cause l'existence de la créance établie par un jugement que par les voies de droit ordinaires ou extraordinaires prévues par la loi. Le magistrat saisi de l'action de l'art. 85a LP ne peut que tenir compte, cas échéant, d'un fait nouveau, à savoir l'existence d'une nouvelle décision rendue au terme d'une telle procédure de recours ordinaire ou extraordinaire, et examiner s'il en résulte que la créance déduite en poursuite n'existe pas. Dans l'affirmative, il peut ensuite annuler la poursuite litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 5A_135/2019 du 24 avril 2019 consid. 3.1.2). La Cour de céans a toutefois considéré que cette conception semblait trop restrictive dans la mesure où le poursuivi devait pouvoir aussi se prévaloir de l'extinction de la dette ou de l'octroi d'un sursis, qui n'étaient pas forcément constatés dans une décision exécutoire postérieure (ACJC/1059/2020 du 24 juillet 2020 consid. 2.2).

Par ailleurs, le jugement de mainlevée n'étant pas revêtu de l'autorité de la chose jugée (ATF 136 III 583 consid. 2.3; 100 III 48 consid. 3), le poursuivi dont l'opposition a été définitivement levée peut renouveler dans l'action en annulation de la poursuite prévue par l'art. 85a LP les moyens libératoires que le juge de la mainlevée a écartés (arrêts du Tribunal fédéral 5A_877/2018 du 25 octobre 2019 consid. 2.3 et 5P.283/2002 du 16 octobre 2002 consid. 2.1.2).

2.1.2 La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la Convention de New York du 10 juin 1958 (CNY) (art. 194 LDIP).

En vertu de l'art. III CNY, chacun des États contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies aux art. IV et V. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

2.1.3 A teneur de l'art. 148 al. 1 LDIP, le droit applicable à la créance en régit la prescription et l'extinction.

Cet article repose sur une qualification matérielle des cause d'extinction des obligations. Ces dernières sont considérées comme des institutions relevant du droit des obligations, et non comme des institutions de droit procédural, conformément à une jurisprudence constante du Tribunal fédéral (DUTOIT, Commentaire de la LDIP, 2016, n° 3 ad art. 148 LDIP; BONOMI, Commentaire romand de la LDIP, 2011, n° 4 ad art. 148 LDIP).

Dans l'arrêt 5P.344/2006 du 4 décembre 2006, le Tribunal fédéral a considéré que l'autorité cantonale supérieure n'avait pas appliqué arbitrairement le droit, soit l'art. 148 LDIP, en retenant, sur la base de la dernière édition d'un ouvrage de doctrine, que le droit de l'Etat qui avait rendu le jugement faisait autorité s'agissant de la question de la prescription de l'exécution (consid. 2.4).

Dans l'arrêt ACJC/304/2008 du 13 mars 2008, rendu dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive de l'opposition fondée sur un jugement exécutoire étranger, en l'espèce italien, la Cour a appliqué le droit italien à la question de la prescription de l'exécution du jugement concerné, ce que le Tribunal fédéral, statuant sur recours, n'a pas remis en cause dans son arrêt 5A_250/2008 du 8 août 2008 (consid. 3.2).

Plus récemment, dans l'ATF 144 III 360 (Jdt 2020 II p. 173), rendu dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive de l'opposition fondée sur des sentences arbitrales étrangères et un acte de défaut de biens, le Tribunal fédéral a relevé que l'autorité cantonale supérieure avait, à juste titre, exposé que dans la mesure où il s'agissait d'appliquer du droit matériel dans le cadre d'une poursuite, la LDIP déterminait quel était le droit applicable, étant précisé que la distinction entre le droit des poursuites et le droit privé s'effectuait en application du droit suisse. Le Tribunal fédéral a ensuite relevé que l'instance cantonale en avait alors déduit que, même après reconnaissance d'un jugement étranger, la question de savoir si la prescription était intervenue devait être déterminée en fonction du droit applicable en vertu de la LDIP, en particulier de l'art. 148 LDIP, de sorte que le droit de l'Etat dans lequel le jugement avait été rendu régissait la prescription des effets du

jugement (consid. 3.4.1). Le Tribunal fédéral a toutefois considéré, *in casu*, que le délai de prescription d'une créance accordée par une sentence arbitrale étrangère, pour laquelle un acte de défaut de biens avait été délivré, devait être régi par le droit suisse et en particulier l'art. 149a LP, même si la créance initiale était soumise à un droit étranger, compte tenu de la nature particulière de l'acte de défaut de biens (consid. 3.5).

En se fondant sur les deux premiers arrêts du Tribunal fédéral susmentionnés, les auteurs de doctrine DUTOIT et BONOMI considèrent que la prescription des prétentions fondées sur une décision judiciaire est régie par le droit de l'Etat d'origine de la décision (DUTOIT, commentaire LDIP, 2016, n° 1 ad art. 148 LDIP; BONOMI, Commentaire romand LDIP, 2011, n° 2 ad art. 148 LDIP).

GIRSBERGER et GASSMANN, qui relèvent que la plupart des systèmes juridiques prévoient une limitation des effets d'un jugement, à l'expiration de laquelle l'exécution du jugement ne peut plus être réalisée (cf. par exemple l'art. 137 al. 2 CO), considèrent également que cette limitation de l'exécution du jugement doit être appréciée selon la loi de l'Etat du jugement afin de rendre justice à la cohérence internationale des décisions et d'éviter des décisions contradictoires de reconnaissance et d'exécution (GIRSBERGER/GASSMANN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2018, n° 18 ad art. 148 LDIP).

En se référant à la jurisprudence et à la doctrine susmentionnées, DASSER estime, quant à lui, que la prescription des effets d'un jugement est régie par le droit applicable au jugement. En revanche, conformément à l'ATF 144 III 360, l'art. 148 al. 1 LDIP ne s'applique pas à la prescription d'un acte de défaut de biens, l'art. 149a LP primant sur la LDIP en raison du but particulier de l'acte de défaut de biens (DASSER, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2021, n° 11 ad art. 148 LDIP).

Du même avis, ASCHAUER relève que dans les pays de *Civil Law*, la prescription est principalement considérée comme effet corollaire de la créance constatée dans le cadre d'un jugement ou d'une sentence. Par conséquent, la prescription de la créance résultant du jugement ou de la sentence arbitrale est soumise à la *lex causae*, c'est-à-dire au droit qui détermine la créance. L'application du droit du pays où a lieu l'exécution serait contraire au principe directeur du droit international privé, soit le principe de l'application du droit des liens les plus étroits. De plus, il serait peu pratique de devoir appliquer les normes extrêmement diverses en matière de prescription pour une sentence arbitrale si elle devrait être exécutée simultanément dans plusieurs pays. Dans les pays de *Common Law*, la prescription est considérée comme relevant du droit procédural ce qui se reflète également dans le terme *limitation of action*. Si l'on considère la question de la prescription comme relevant du droit procédural, il en résulte, soit dans le cadre de la procédure de jugement, soit dans le cadre de la procédure d'exécution forcée,

que l'on doit appliquer la règle de prescription de la *lex fori* (ASCHAUER, La prescription des sentences arbitrales, in ASA Bulletin, Volume n° 23 Issue 4, 2005, p. 601 ss).

2.1.4 A teneur de l'art. 137 al. 2 CO, si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans.

En se référant aux commentaires de l'art. 148 LDIP des auteurs DUTOIT, GIRSBERGER et DASSER, PICHONNAZ considère que lorsque les tribunaux suisses ont statué sur l'existence d'une créance en vertu du droit étranger, c'est le délai de prescription prévu par ce droit (droit applicable à la créance qui a fait l'objet du jugement) qui s'applique, parce que la prescription est une conséquence accessoire de la créance et non du jugement en tant que tel. En revanche, un jugement étranger fait partir un nouveau délai de dix ans pour autant que le juge étranger soit compétent et que les exigences de forme aient été respectées (PICHONNAZ, Commentaire romand CO I, 2012, n° 6 et 7 ad art. 137 CO).

2.2.1 En l'espèce, l'intimée se prévaut de la prescription de l'exécution des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008 l'ayant condamnée à verser une somme d'argent à l'appelante, objet de la poursuite litigieuse, dont la mainlevée de l'opposition définitive a été prononcée.

Comme relevé sous consid. 2.1.3, la Cour a admis, dans le cadre d'une action fondée sur l'art. 85a LP, qu'il était envisageable qu'un poursuivi se prévale de faits postérieurs au prononcé d'une sentence arbitrale, mais antérieurs au jugement de mainlevée, sans que ces faits ne soient nécessairement l'existence d'une décision judiciaire, ce qui n'est pas remis en cause par l'appelante.

Par ailleurs, l'intimée peut répéter dans l'action en suspension de la poursuite prévue par l'art. 85a LP les moyens libératoires - en l'espèce la prescription des titres exécutoires - que le juge de la mainlevée a écartés. D'autant plus que le juge de la mainlevée a, dans le jugement du 14 janvier 2019, relevé qu'il appartenait au juge du fond de résoudre la question délicate du droit applicable à la prescription litigieuse. En outre, le juge de la mainlevée s'est prononcé, à titre incident, sur l'exequatur des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008 à la suite d'un examen sommaire du droit fondé sur la simple vraisemblance, au terme duquel il a rendu une décision provisoire, qui, par définition, n'acquiert pas force de chose jugée.

Compte tenu de ce qui précède, le grief de violation de l'autorité de chose jugée soulevé par l'appelante n'est pas fondé.

2.2.2 L'appelante reproche au premier juge de s'être fondé sur l'ATF 144 III 360 pour rendre l'ordonnance querellée, alors que le Tribunal fédéral ne s'était pas

prononcé sur la question du droit applicable à la prescription d'une sentence arbitrale étrangère.

Or, il ressort expressément de cet arrêt que le Tribunal fédéral a validé l'argumentation de l'instance cantonale selon laquelle la LDIP déterminait le droit applicable lorsqu'il s'agissait d'appliquer du droit matériel dans le cadre d'une poursuite. L'instance cantonale en avait ainsi déduit qu'en vertu de l'art. 148 LDIP, le droit de l'Etat dans lequel le jugement avait été rendu régissait la prescription des effets du jugement, ce que le Tribunal fédéral n'a pas remis en cause. En effet, il n'a formulé aucune critique à l'encontre de ce raisonnement, qu'il avait d'ailleurs déjà jugé non arbitraire (arrêt 5P.344/2006) et qu'il n'avait pas non plus contesté dans une précédente affaire (arrêt 5A_250/2008). Le fait que le Tribunal fédéral a toutefois retenu l'application du droit de l'Etat d'exécution compte tenu de l'existence d'un acte de défaut de biens n'est pas pertinent, un tel acte n'ayant pas été délivré en l'espèce.

En se fondant sur la jurisprudence fédérale susmentionnée, plusieurs auteurs de doctrine considèrent que la prescription des prétentions fondées sur une décision judiciaire ou une sentence arbitrale étrangère est régie par le droit de l'Etat d'origine de la décision ou par le droit applicable à celle-ci (*lex causae*), mais pas, en tous les cas, par le droit de l'Etat dans lequel l'exécution est requise (*lex fori*), comme soutenu par l'appelante. D'ailleurs, à part l'avis de droit du Professeur I_____, cette dernière ne cite aucune jurisprudence ou auteur de doctrine accréditant sa thèse. A cet égard, contrairement à ce que soutient l'appelante, l'auteur PICHONNAZ semble uniquement commenter la prescription des effets d'un jugement étranger ayant appliqué le droit suisse à la créance objet du litige, d'autant plus qu'il se réfère à des auteurs de doctrine appuyant la thèse de l'intimée.

Partant, le grief de l'appelante est infondé.

2.2.3 L'appelante soutient que l'ordonnance entreprise est contraire au but de la CNY, au motif que la prescription de l'exécution d'une sentence arbitrale fait partie intégrante des "*règles de procédure*" au sens de l'art. III CNY, de sorte qu'elle est régie par le droit de l'Etat d'exécution de la sentence arbitrale.

Cela étant, comme relevé sous consid. 2.1.3, la prescription d'une créance, qu'elle soit ou non consacrée dans une décision étrangère, est considérée en Suisse et dans les pays de droit civil, comme une objection de droit matériel, de sorte que la LDIP - et non la CNY - détermine le droit applicable à cette prescription, même après reconnaissance de l'éventuelle décision étrangère consacrant la créance, comme jugé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt ATF 144 III 360.

La prescription ne fait d'ailleurs pas partie des motifs de refus de l'exequatur énoncés exhaustivement à l'art. V CNY.

Ainsi, l'avis du Professeur F_____ selon lequel la CNY n'a pas pour vocation de régler toutes les questions relatives à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, en particulier celles relevant du droit matériel comme la prescription, peut être suivi à ce stade de la procédure.

Le grief de violation de l'art. III CNY soulevé par l'appelante est ainsi infondé.

2.2.4 Au regard de l'état actuel de la jurisprudence fédérale et cantonale, ainsi que de la doctrine, la thèse de l'intimée, selon laquelle le droit kazakh est applicable à la question de la prescription des créances résultant des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008 (*lex causae* ou droit de l'Etat qui a rendu lesdites sentences), apparaît, en l'état, plus crédible que celle soutenue par l'appelante, soit l'application du droit suisse (*lex fori*).

2.2.5 Reste encore à déterminer le contenu du droit kazakh et les conséquences de son application.

A teneur des avis de droit produits par les parties et des thèses soutenues par celles-ci, il apparaît que la loi kazakhe prévoit un délai procédural de trois ans pour exécuter une sentence arbitrale au Kazakhstan. Cela est renforcé par le fait que l'appelante a introduit une action en exécution dans ce pays juste avant l'échéance de ce délai en novembre 2011, la sentence arbitrale condamnant l'intimée à la créance litigieuse principale ayant été rendue le 7 novembre 2008.

L'appelante soutient toutefois, en s'appuyant sur l'avis de droit du Professeur J_____, étant précisé que l'avis droit du Professeur K_____ ne fait que confirmer succinctement celui-ci, que l'écoulement du délai de trois ans entraîne uniquement l'impossibilité d'exécuter la sentence arbitrale au Kazakhstan et que celle-ci pourrait être exécutée dans un autre pays selon le droit de procédure de celui-ci. Or, à nouveau, le Tribunal fédéral a considéré, dans son arrêt ATF 144 III 360, que le droit de l'Etat dans lequel le jugement avait été rendu régit la prescription des effets de celui-ci, infirmant ainsi la thèse de l'appelante.

Cette dernière ayant initié à l'encontre de l'intimée la poursuite litigieuse en 2017, il apparaît très vraisemblable que les créances issues des sentences arbitrales des 7 novembre et 4 décembre 2008 soient prescrites, étant précisé que la procédure d'exécution au Kazakhstan s'était achevée en 2012. Il s'ensuit que le premier juge a, à juste titre, considéré que les chances de l'intimée d'obtenir gain de cause au fond apparaissent nettement meilleures que celles de l'appelante.

Partant, il se justifie de prononcer la suspension provisoire de la poursuite n° 1_____, de sorte que l'ordonnance querellée sera confirmée.

- 3.** Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 3'000 fr. (art. 26 et 37 RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 95 al. 2 et 106 al. 1 CPC). Ils seront

partiellement compensés avec l'avance de frais qu'elle a fournie, en 2'000 fr., qui demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelante sera dès lors condamnée à verser à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de 1'000 fr. à titre de solde de frais judiciaires.

L'appelante sera en outre condamnée à payer à l'intimée 3'000 fr. à titre de dépens d'appel (art. 105 al. 2 CPC; art. 84, 85, 89 et 90 RTFMC), débours et TVA inclus (art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 11 mars 2021 par A_____ LTD contre l'ordonnance OTPI/195/2021 rendue le 25 février 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24414/2020.

Au fond :

Confirme l'ordonnance attaquée.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 3'000 fr., les met à la charge de A_____ LTD et les compense partiellement avec l'avance de frais fournie, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne en conséquence A_____ LTD à verser à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de 1'000 fr. à titre de solde de frais judiciaires.

Condamne A_____ LTD à verser à B_____ JSC 3'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Monsieur Laurent RIEBEN, Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sophie MARTINEZ, 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), 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.