

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/3626/2013

ACJC/1559/2015

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU JEUDI 17 DECEMBRE 2015**

Entre

**A** \_\_\_\_\_, sise \_\_\_\_\_, (République de l'Ile Maurice), recourante contre une ordonnance rendue par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 20 juillet 2015, comparant par Me J.-Potter Van Loon, avocat, rue de la Scie 4, 1207 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**B** \_\_\_\_\_, sise \_\_\_\_\_, Genève, intimée, comparant par Me Blaise Stucki, avocat, rue des Alpes 15 bis, case postale 2088, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21.12.2015.

---

### **EN FAIT**

**A. a.** Le 13 avril 2012, B\_\_\_\_\_ (ci-après : B\_\_\_\_\_ ) a été condamnée à verser à A\_\_\_\_\_ (ci-après : A\_\_\_\_\_ ) 3'235'441.12 USD et 38'623.07 USD avec intérêts moratoires à 5% dès le 19 avril 2002, ainsi que 15'000 fr. à titre de dépens par arrêt de la Cour de justice, confirmant un jugement du Tribunal de première instance du 3 février 2011 qui avait mis à charge de B\_\_\_\_\_ les frais, taxés à 39'538 fr. 25, et une indemnité de procédure de 100'000 fr.

Le recours interjeté au Tribunal fédéral par B\_\_\_\_\_ contre cet arrêt a été rejeté le 30 octobre 2012, les dépens ayant été arrêtés à 22'000 fr.

**b.** Le 30 novembre 2012, faisant droit à une requête de A\_\_\_\_\_, le Tribunal a ordonné le séquestre des avoirs de B\_\_\_\_\_ à concurrence de 5'022'745 fr. 78, avec suite de frais par 2'450 fr. et de dépens par 15'334 fr.

**c.** A\_\_\_\_\_ a ensuite fait notifier à B\_\_\_\_\_ un commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_. Les créances et titres invoqués étaient mentionnés ainsi : (1) 4'789'040 fr. 17 et (2) 57'167 fr. 36 plus intérêts moratoires à 5% dès le 19 avril 2002 représentant la contre-valeur, intérêts compris, des montants résultant du jugement du Tribunal du 3 février 2011, (3) 100'000 fr. plus intérêts moratoires à 5% dès le 3 février 2011 représentant les dépens dus selon le même jugement, (4) 39'538 fr. 25 avec intérêts à 5% dès le 3 février 2011 représentant l'état de frais taxé par le Tribunal, (5) 15'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 13 avril 2012 représentant les dépens dus selon l'arrêt de la Cour du 13 avril 2012, (6) 22'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 octobre 2012 représentant les dépens dus selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 octobre 2012, ainsi que (7) 2'450 fr. et (8) 15'334 fr. représentant les frais et dépens dus selon l'ordonnance de séquestre du 30 novembre 2012.

Le 14 février 2013, A\_\_\_\_\_ a reçu en retour ce commandement de payer, frappé d'opposition.

**B. a.** Par acte du 25 février 2013, A\_\_\_\_\_ a saisi le Tribunal d'une requête de mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1\_\_\_\_\_, avec suite de frais.

B\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de A\_\_\_\_\_, invoquant principalement l'absence de qualité pour agir à Genève de la précitée, en raison de sa mise en liquidation judiciaire à l'étranger, soit une mise en faillite nécessitant une reconnaissance en Suisse avant toute procédure de recouvrement de créance ou poursuite. B\_\_\_\_\_ a produit trois pièces, parmi lesquelles une requête de "winding up" soumise le 28 juin 2002 à la "Bankruptcy Division" de la Cour suprême de l'Ile Maurice.

A\_\_\_\_\_ a contesté que sa mise en liquidation vaille faillite, soutenu que B\_\_\_\_\_ ne faisait pas la démonstration de cette mise en faillite, de sorte que les arguments fondés par celle-ci sur les principes applicables aux faillites étrangères étaient irrelevants, et persisté dans ses conclusions.

**b.** Le Tribunal a gardé la cause à juger le 1<sup>er</sup> juillet 2013 en donnant aux parties un délai au 20 juillet suivant pour déposer une traduction de leurs pièces.

Le 3 juillet 2013, outre les traductions requises, B\_\_\_\_\_ a déposé deux pièces nouvelles, dont une ordonnance rendue par la "Bankruptcy Division" de la Cour suprême de l'Ile Maurice le 25 février 2007, nommant un liquidateur à A\_\_\_\_\_.

**c.** Par jugement JTPI/9935/2013 du 24 juillet 2013, le Tribunal a déclaré la requête de A\_\_\_\_\_ irrecevable au motif qu'elle se trouvait en procédure de liquidation judiciaire depuis février 2007 et qu'un liquidateur avait été nommé par la Cour suprême de l'Ile Maurice, ce qui était assimilable à une procédure de faillite suisse au sens de l'art. 166 LDIP. Il incombait en conséquence à la requérante de solliciter la reconnaissance de la décision de la juridiction mauricienne précitée, ce qui aurait provoqué en Suisse l'ouverture d'une faillite ancillaire. A défaut, A\_\_\_\_\_ n'avait pas qualité pour intenter une quelconque action par-devant les juridictions suisses.

**d.** Par arrêt ACJC/1339/2013 du 8 novembre 2013, la Cour a annulé ce jugement et prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, faisant droit, en grande partie, aux conclusions prises par A\_\_\_\_\_. La Cour a retenu que la décision rendue par la Cour suprême mauricienne en 2007, sur laquelle s'était fondée le Tribunal, n'aurait pas dû être prise en considération à défaut d'avoir été produite avant la fin des débats de première instance. B\_\_\_\_\_ n'avait valablement produit que la requête adressée en 2002 à la "Bankruptcy Division" mauricienne pour fonder sa fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir de A\_\_\_\_\_. Or, il ne résultait pas de cette pièce que la requérante avait fait l'objet d'une décision étrangère de faillite au sens de l'art. 166 LDIP.

**e.** Par arrêt 5A\_952/2013 du 25 juillet 2014, le Tribunal fédéral a annulé cet arrêt et renvoyé la cause à la Cour pour nouvelle décision.

Le Tribunal fédéral a considéré que le point de savoir si la mise en liquidation de A\_\_\_\_\_ était assimilable à une "décision de faillite" au sens des art. 166 ss LDIP ressortissait au droit. La question décisive était de déterminer si la "requête en liquidation" avait entraîné l'ouverture d'une "faillite" à l'étranger, dès lors que, de l'aveu de A\_\_\_\_\_, une telle démarche avait conduit à sa "mise en liquidation". Le Tribunal fédéral a mis en évidence, en se référant à sa jurisprudence concernant l'application de la Convention de Lugano à la procédure anglaise de "winding up", à la jurisprudence cantonale au sujet de l'art. 166 LDIP, à la législation bancaire et

---

aux causes de dissolution d'une personne morale prévues par le droit suisse, que semblaient devoir être distinguées la liquidation résultant de l'insolvabilité de la personne morale et celle résultant d'une autre cause. Les constatations de la Cour ne permettaient cependant pas de déterminer avec précision le motif ayant entraîné la mise en liquidation de A\_\_\_\_\_. Le fait que la mesure avait été ordonnée par une "Bankruptcy Division" n'était pas décisif à lui seul, cet élément pouvant ne concerner que l'organisation de l'Etat étranger. L'état de fait devait donc être complété par la Cour autant que la procédure applicable le permettait.

f. Par arrêt ACJC/1507/2014 du 12 décembre 2014, la Cour a considéré que la question décisive en l'espèce selon le Tribunal fédéral, soit celle de savoir si "la requête en liquidation" de 2002 avait entraîné l'ouverture d'une "faillite" à l'étranger, ne pouvait être résolue qu'à la lumière du droit mauricien. Les parties avaient produit des avis de droit - recevables même s'ils n'avaient pas été produits en première instance, dans la mesure où ils n'étaient pas soumis aux règles visant l'administration de preuves - dont les conclusions divergeaient radicalement. Le contenu du droit étranger ne pourrait dès lors être établi d'office que sur la base d'une expertise indépendante, émanant par exemple de l'Institut suisse de droit comparé, ce qui ne paraissait pas intolérable ou disproportionné au vu du cas d'espèce. La cause a dès lors été renvoyée au Tribunal afin qu'il établisse d'office le contenu du droit étranger, dans le respect du droit d'être entendu des parties, puis qu'il rende une nouvelle décision.

- C. a. Par ordonnance du 20 juillet 2015, notifiée aux parties les 4 et 5 août suivants, le Tribunal a ordonné une expertise judiciaire visant à déterminer le droit étranger (Ile Maurice) applicable aux questions litigieuses, en conformité avec l'injonction de la Cour figurant dans son arrêt ACJC/1507/2014 du 12 décembre 2014 (ch. 1 du dispositif), impartie à A\_\_\_\_\_ un délai au 7 septembre 2015 pour verser au titre d'avance de frais pour la couverture des frais relatifs à l'administration de l'expertise la somme de 55'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du pouvoir judiciaire (ch. 2), autorisé B\_\_\_\_\_ à faire elle-même ladite avance de frais dans les 20 jours suivant l'expiration du délai précité (ch. 3) et dit qu'à défaut de paiement de l'avance de frais dans le délai impartie, l'expertise ordonnée ne serait pas administrée et l'ordonnance de preuve serait caduque dans la même mesure, avec pour conséquence l'application exclusive du droit suisse à l'ensemble du litige (ch. 4).

Le Tribunal a également fixé aux parties un délai au 7 septembre 2015 pour se prononcer sur le projet de mission d'expertise (ch. 5), se présentant comme suit (ch. 6) :

*"a) Prendre connaissance de l'intégralité du dossier de la cause qui lui sera transmis en copie par le greffe du Tribunal de première instance, ou laissé à sa disposition au greffe avec la possibilité d'y prélever les copies nécessaires à l'accomplissement de sa mission.*

*b) Répondre aux questions suivantes :*

---

1°) *Quelles sont les différentes causes et effets respectifs en droit Mauricien de dissolution d'une personne morale telle que la partie en cause (une banque)?*

2°) *Quelles sont les compétences (juridictionnelles ou administratives) respectives des différentes juridictions ou organes susceptibles de prononcer la dissolution d'une banque à l'île Maurice (en 2007 et aujourd'hui si le droit a changé dans l'intervalle)?*

3°) *Quelles sont la nature et les effets en droit Mauricien de la procédure ayant abouti en l'espèce à la désignation en date du 25 février 2007 d'un liquidateur à la banque en cause (A\_\_\_\_\_)?*

4°) *Est-il possible de déterminer, sur la base du dossier, le motif exact de la mise en liquidation de la société en l'espèce? Si oui, quel est ce motif (insolvabilité, révocation de la licence bancaire, autre?)*

5°) *Finally, la décision judiciaire du 25 février 2007 est-elle ou non assimilable à une "faillite étrangère" au sens de l'article 166 LDIP?*

*c) Faire toutes autres observations, conclusions ou observations utiles.*

*d) Dresser un rapport écrit de l'ensemble de ses constatations, conclusions et propositions dans un délai de six mois à compter de la réception de la présente mission."*

Le Tribunal a enfin dit qu'il serait statué sur les frais au moment du jugement au fond, avec l'ensemble des frais judiciaires et des dépens (ch. 8).

**b.** Selon la décision, le Tribunal devait ordonner une expertise visant l'établissement du droit mauricien applicable "a priori" aux questions litigieuses. Il avait contacté l'Institut suisse de droit comparé (ISDC), lequel avait accepté sur le principe de se charger de l'expertise, en estimant sa durée à six mois et son coût à 55'000 fr. Il convenait d'exiger une avance de frais de ce montant à A\_\_\_\_\_ au motif qu'elle supportait le fardeau de la preuve en sa qualité de créancière poursuivante et de partie intéressée à l'admission de sa requête en mainlevée définitive. Le Tribunal a au surplus indiqué que, si les parties étaient invitées - afin de respecter leur droit d'être entendues - à participer à la mission d'expertise en posant le cas échéant des questions complémentaires visant à la compléter ou à la préciser, rien ne l'empêchait d'en fixer tout d'abord le cadre général. C'était en outre à lui qu'incombaient la formulation des questions, le choix de l'expert et le respect de l'objet du litige. Le Tribunal a enfin attiré l'attention des parties sur le fait que des questions supplémentaires à l'expert pourraient entraîner une avance de frais complémentaire à leur charge.

**D. a.** Par acte expédié au greffe de la Cour, selon le tampon de l'office postal, le 18 août 2015, A\_\_\_\_\_ recourt contre cette ordonnance et sollicite son annulation. Elle conclut, avec suite de frais de première et de seconde instances, à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision et qu'il soit ordonné au premier juge de s'adresser également à l'Institute of Advanced legal studies à Londres, au Tobias Asser Institute à la Haye et au British International Institute of Comparative [Law] à Londres pour l'établissement d'office du droit étranger, ainsi que de mettre l'avance de frais d'expertise à la charge de B\_\_\_\_\_. Subsidiairement, A\_\_\_\_\_ conclut au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

B\_\_\_\_\_ conclut, avec suite de frais, à l'irrecevabilité du recours, sauf en ce qu'il porte sur l'avance des frais de l'expertise et, sur le fond, à l'annulation des chiffres 2 à 4 de l'ordonnance querellée.

b. A\_\_\_\_\_ a également requis la suspension de l'effet exécutoire de l'ordonnance querellée, ce à quoi B\_\_\_\_\_ ne s'est pas opposée. Par arrêt ACJC/994/2015 du 4 septembre 2015, la Cour a admis sa requête, considérant que si A\_\_\_\_\_ devait se conformer à l'ordonnance querellée, le recours serait dans une large mesure vidé de sa substance.

c. Dans leurs réplique et duplique, les parties persistent dans leurs conclusions.

Par avis du 20 octobre 2015, les parties ont été avisées de ce que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. **1.1** La décision querellée ordonnant une expertise, elle constitue une ordonnance d'instruction de première instance, contre laquelle seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. b CPC).

Ayant pour objet une requête de mainlevée définitive de l'opposition, la cause est au surplus régie par la procédure sommaire (art. 251 let. a CPC).

#### **1.2**

**1.2.1** Le recours, écrit et motivé, est introduit, en procédure sommaire, respectivement contre les ordonnances d'instruction, dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision motivée, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

Le présent recours a été introduit dans le délai et la forme prescrits.

**1.3** Les ordonnances d'instruction de première instance peuvent faire l'objet d'un recours dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 1 et 2 CPC).

Les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours (art. 103 CPC).

Une décision visant la réalisation d'une expertise peut être attaquée par la voie du recours autant que les conditions prévues à l'art. 319 CPC sont remplies, mais si elle ordonne également une avance de frais, la voie du recours est sur ce point ouverte par principe (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_9/2012 du 30 avril 2012 consid. 2.3.1 et 2.3.2).

---

**1.3.1** En l'espèce, l'ordonnance querellée concerne tout d'abord l'expertise en tant que telle (ch. 1, 5, 6 et 7 du dispositif), contre laquelle la voie du recours n'est ouverte que si elle peut causer à la recourante un préjudice difficilement réparable.

**1.3.2** La notion de "préjudice difficilement réparable" est plus large que celle de "préjudice irréparable" au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 138 III 378 consid. 6.3 et 137 III 380 consid. 2; FREIBURGH/AUFHELDT, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2013, n. 13 ad art. 319 CPC). Elle vise un inconvénient de nature juridique ou des désavantages de fait. Est ainsi considérée comme "préjudice difficilement réparable" toute incidence dommageable (y compris financière ou temporelle), pourvu qu'elle soit difficilement réparable. L'instance supérieure devra se montrer exigeante, voire restrictive, avant d'admettre l'accomplissement de cette condition, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu (COLOMBINI, *Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise relative à l'appel et au recours en matière civile*, JdT 2013 III 131, p. 155; JEANDIN, *Code de procédure civile commenté*, 2011, n. 22 ad art. 319 CPC).

La notion de préjudice difficilement réparable, condition de recevabilité du recours contre une décision ou une ordonnance d'instruction (art. 319 let. b ch. 2 CPC), doit être distinguée des notions de préjudice difficilement réparable au sens des art. 261 al. 1 let. b et 315 al. 5 CPC. Dans ces derniers cas, le dommage est principalement de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès (ATF 138 III 378 consid. 6.3).

Au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC en revanche, une simple prolongation de la procédure ou un accroissement des frais ne constitue pas un préjudice difficilement réparable (ACJC/1244/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3.1, ACJC/122/2015 du 6 janvier 2015 consid. 5.1 et ACJC/1089/2014 du 12 septembre 2014 consid. 1.1.1; HALDY, *Procédure civile suisse*, 2014, p. 193; SPÜHLER, *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2013, n. 7 ad art. 319 CPC).

Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie: ATF 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1; HALDY, *Code de procédure civile commenté*, 2011, n. 9 ad art. 126 CPC).

Si la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, le recours est irrecevable et la partie devra attaquer la décision incidente avec la décision finale sur le fond (ACJC/1244/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3.1 et ACJC/462/2015 du 24 avril 2015 consid. 2.3.1; Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6984; BRUNNER,

---

Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2014, n. 13 ad art. 319 CPC; BLICKENSTORFER, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2011, n. 40 ad art. 319 CPC).

**1.3.3** En l'espèce, il n'apparaît pas que l'exécution de l'expertise litigieuse occasionnera à la recourante un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC pour une double raison. D'une part, la recourante ne s'opposant pas au principe d'une expertise concernant le contenu du droit applicable, mais contestant le choix de l'expert ainsi que les questions déjà définies par le Tribunal, il n'est pas certain qu'elle ne soit finalement pas d'accord avec le rapport d'expertise qui sera rendu, respectivement avec les questions qui en auront été l'objet, précisées et complétées le cas échéant sur la base des déterminations des parties à leur sujet. D'autre part, même dans l'hypothèse où la recourante ne serait pas satisfaite du rapport d'expertise et qu'elle doive dès lors contester le choix de l'expert ainsi que les questions qui lui auront été soumises avec la décision finale, elle subirait certes un prolongement de la procédure ainsi qu'un accroissement des frais, mais ce désavantage ne constitue pas un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC.

La recourante se méprend en particulier en fondant l'existence d'un tel préjudice sur un empêchement d'exercer son droit d'être entendue, de faire entendre ses arguments sur le choix et la mission de l'expert ainsi que sur la contrainte qu'elle subirait en devant se soumettre à l'exécution de l'ordonnance querellée. En effet, la recourante non seulement sera encore invitée à se déterminer sur les questions posées à l'expert, mais surtout, le cas échéant, elle pourra faire valoir les moyens précités dans un recours contre la décision finale. La recourante se prévaut également à tort d'un préjudice en relation avec le paiement de l'avance de frais, celle-ci n'étant pas pertinente dans la mesure où elle peut de toute manière faire l'objet d'un recours immédiat. La recourante se dit enfin vainement exposée à voir réduits à néant ses efforts déployés depuis 15 ans en vue de recouvrer une somme qui lui est due, dans la mesure où elle n'allègue pas en quoi l'impossibilité de recourir immédiatement contre les modalités de l'expertise la priverait de contester celles-ci ultérieurement, avec le jugement au fond.

Au vu de ce qui précède, à défaut de préjudice difficilement réparable, le recours sera déclaré irrecevable en tant qu'il vise le principe de l'expertise litigieuse et ses modalités.

**1.3.4** L'ordonnance querellée porte ensuite sur l'avance de frais d'expertise ainsi que sur les frais de procédure (ch. 2, 3, 4 et 8 du dispositif), points contre lesquels la voie du recours est ouverte indépendamment de l'existence d'un préjudice difficilement réparable.

Le recours est dès lors recevable en tant qu'il concerne les objets précités.



---

**1.4** Sont également recevables la réponse de l'intimée et les duplique et réplique des parties, déposées dans le délai prévu par la loi, respectivement ceux impartis à cet effet (art. 322 CPC).

**1.5** Sur recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). Les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). Partant, pour examiner si la loi a été violée, la Cour doit se placer dans la situation où se trouvait le premier juge lorsque celui-ci a rendu la décision attaquée.

- 2.** La recourante reproche au Tribunal de n'avoir pas mis à la charge de l'intimée l'avance de frais de l'expertise, dans la mesure où c'est elle qui a soulevé son absence de qualité pour agir résultant de sa prétendue faillite. Elle sollicite subsidiairement un partage des frais en application de l'art. 102 al. 2 CPC par analogie. L'intimée considère pour sa part que l'art. 102 CPC ne trouve pas application et que toute avance de frais est par conséquent dépourvue de base légale en l'espèce.

### **2.1**

**2.1.1** De manière générale, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC).

Dans le cadre de l'instruction de la cause, chaque partie avance les frais d'administration des preuves qu'elle requiert (art. 102 al. 1 CPC). Lorsque les parties requièrent les mêmes moyens de preuve, chacune avance la moitié des frais (art. 102 al. 2 CPC). Si l'avance n'est pas fournie par une partie, elle peut l'être par l'autre partie, faute de quoi les preuves ne sont pas administrées. L'administration des preuves dans les affaires dans lesquelles le tribunal doit établir les faits d'office est réservée (art. 102 al. 3 CPC).

Selon la disposition précitée, le paiement de l'avance de frais incombe à la ou aux partie(s) qui ont requis l'administration de la preuve en cause, de sorte que la question du fardeau de la preuve ou de l'intérêt à la preuve n'est pas déterminante (SUTER/VON HOLZEN, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2<sup>e</sup> éd., n. 12 ad art. 102 CPC; RUEGG, *Basler Kommentar ZPO*, 2<sup>e</sup> éd., n. 2 ad art. 102 CPC).

La réserve prévue à l'art. 102 al. 3 CPC ne s'applique que pour autant que la procédure soit régie par la maxime inquisitoire classique (ou illimitée), lorsque les intérêts des enfants sont en jeu par exemple (art. 296 CPC), par opposition à la maxime inquisitoire limitée, applicable dans certains cas en procédure simplifiée (art. 247 CPC) ou en procédure sommaire (art. 272 CPC). Il est également nécessaire que la mesure probatoire en cause vise à sauvegarder les intérêts de la partie en faveur de laquelle la maxime inquisitoire a été instituée. Ainsi, par

exemple, dans le cadre d'une action en contestation de paternité, il n'y a pas de raison d'exécuter l'expertise même si le père n'acquiesce pas l'avance de frais y relative, la maxime inquisitoire étant ordonnée dans l'intérêt de l'enfant et non dans celui des parents (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6907; SUTER/VON HOLZEN, op. cit., n. 26 ad art. 102 CPC; RUEGG, op. cit., n. 6 ad art. 102 CPC, TAPPY, CPC commenté, 2011, n. 14 ss ad art. 102 CPC).

### **2.1.2** Parmi les moyens de preuve figure l'expertise (art. 168 let. d CPC).

Le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, demander une expertise à un ou plusieurs experts (art. 183 al. 1 CPC).

L'expertise, qui a pour objet l'établissement ou l'appréciation d'éléments de fait requérant des connaissances spécifiques, ne peut pas porter sur une question juridique. Fait exception le cas de l'expertise ordonnée dans le but d'établir le contenu du droit étranger au sens de l'art. 16 al. 1 LDIP. Comme expert peut intervenir dans ce cas l'Institut suisse de droit comparé ou une institution étrangère spécialisée en droit (WEIBEL, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2<sup>e</sup> éd., n. 4 et 5 ad art. 183 CPC; DOLGE, Basler Kommentar ZPO, 2<sup>e</sup> éd., n. 5 ad art. 183 CPC).

Dans la mesure où l'expert doit être indemnisé, la réalisation d'une expertise engendre des coûts, importants selon les circonstances, dont la partie ayant requis une telle preuve doit faire l'avance (respectivement les deux parties si elles ont toutes deux formé une telle requête). Si le tribunal ordonne d'office une expertise, la question de l'avance de frais à exiger relève de son pouvoir d'appréciation. Dans le doute, il peut orienter sa décision sur la base du fardeau de la preuve. Même dans le cas où l'expertise est ordonnée d'office, le défaut de paiement de l'avance de frais y relative entraîne la renonciation à son exécution. L'art. 102 al. 3 CPC prévoit une exception applicable seulement aux procédures régies par la maxime inquisitoire illimitée (WEIBEL, op. cit., n. 16 et 17 ad art. 183 CPC).

**2.1.3** La Cour ne revoit sur recours qu'avec réserve une décision prise en équité. Elle intervient lorsque l'autorité précédente s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération. En outre, la Cour redresse les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (par analogie : arrêt du Tribunal fédéral 4A\_129/2015 du 10 juillet 2015 consid. 2.1; ATF 135 III 121 consid. 2).

**2.2** En l'espèce, par arrêt du 12 décembre 2014, la Cour a renvoyé la cause au Tribunal en vue de l'établissement d'office du droit étranger par le biais d'une

expertise indépendante, en rappelant que la question déterminante était la raison de la mise en liquidation de la recourante, soit en particulier savoir si la requête en liquidation de 2002 avait entraîné l'ouverture d'une faillite.

Par l'ordonnance querellée, le Tribunal a décidé de confier une telle expertise à l'Institut suisse de droit comparé et défini le cadre de la mission d'expertise.

Contrairement à l'avis de l'intimée, il s'agit d'une expertise au sens des art. 168 let. d et 183 CPC, quand bien même elle a pour objet des questions juridiques. Une expertise vise certes l'établissement ou l'appréciation des faits, l'application du droit ressortissant aux tribunaux, mais l'établissement du contenu du droit étranger constitue une exception à cette règle reconnue par la doctrine.

L'art. 102 CPC est en conséquence applicable en l'espèce et l'avance de frais litigieuse n'est pas dépourvue de base légale.

**2.3** Sur le principe, l'exécution d'une expertise en vue d'établir le droit étranger a été décidée d'office par la Cour dans son arrêt du 12 décembre 2014, sans requête de l'une des parties dans ce sens, après qu'elle avait constaté le caractère non concluant car contradictoire des avis de droit produits par ces dernières.

L'exigence d'une avance de frais dépendait dès lors de l'appréciation du Tribunal. Le premier juge a considéré que celle-ci devait être mise à la charge de la recourante au vu de sa qualité de créancière poursuivante ayant requis la mainlevée définitive de l'opposition.

Le Tribunal n'a pas pris en considération le fait que la nécessité d'établir le droit étranger résulte de la contestation par l'intimée de la qualité pour agir de la recourante. Concrètement, il s'agit, comme rappelé par la Cour dans son arrêt du 12 décembre 2014, de déterminer si la requête en liquidation introduite en 2002 auprès des autorités mauriciennes a entraîné l'ouverture de la faillite de cette dernière. La Cour a retenu dans son arrêt du 8 novembre 2013 qu'à défaut de l'existence d'une telle faillite, la recourante ne pouvait pas être considérée comme se trouvant dans une situation assimilée à une faillite étrangère. Dans son arrêt du 25 juillet 2014, le Tribunal fédéral n'a pas désavoué la Cour sur ce point, mais considéré que l'état de fait devait, autant que le permettaient les règles de procédure applicables, être complété pour statuer sur la question juridique rappelée ci-avant. L'intimée a dès lors pour le moins un intérêt de même importance que la recourante à ce que cette question puisse être tranchée.

L'ordonnance querellée omet également la circonstance que la Cour a certes ordonné d'office une expertise, mais qu'elle a pris une telle décision après avoir constaté l'échec des deux parties à faire la preuve du droit étranger, les avis de droit produits étant contradictoires.

La décision du premier juge, revenant à faire provisoirement supporter l'entier de la charge financière d'une expertise dont la nécessité résulte avant tout d'une fin de non-recevoir soulevée par l'intimée, apparaît ainsi injustifiée. Les règles de l'équité commandent que l'avance de frais d'expertise, dont la quotité n'est en tant que telle pas contestée, soit mise à la charge des parties pour moitié chacune.

Les chiffres 2 et 3 de l'ordonnance querellée seront en conséquence annulés et il appartiendra au Tribunal de mettre à la charge de chacune des parties la moitié de l'avance des frais d'expertise. Le premier juge fixera en outre à ces dernières de nouveaux délais pour acquitter leur part, respectivement pour en verser l'intégralité en cas de défaut de l'autre partie.

#### **2.4** Comme vu ci-avant, l'art. 102 CPC est applicable.

Le Tribunal a dès lors à juste titre considéré qu'à défaut de paiement de l'avance de frais d'expertise, celle-ci ne serait pas exécutée conformément à l'art. 102 al. 3 CPC, excluant ainsi implicitement la réserve prévue par la 2<sup>ème</sup> phrase de la disposition précitée. La non-application de cette réserve, concernant les causes où la maxime inquisitoire illimitée est applicable et où ladite maxime vise à protéger les intérêts de la partie à qui incombe l'avance de frais, n'est pas contestée en tant que telle. Elle n'est en tout état de cause pas critiquable. Quand bien même, selon l'arrêt de la Cour du 12 décembre 2014, le contenu du droit étranger doit être établi d'office, la présente cause n'est pas régie par une maxime inquisitoire illimitée instaurée dans le but d'accorder une protection particulière à l'une des parties. En d'autres termes, c'est à elles d'assumer le risque économique lié au paiement des frais d'expertise, respectivement les conséquences d'une renonciation à cette dernière.

Le recours sera donc rejeté en tant qu'il vise le chiffre 4 du dispositif de l'ordonnance querellée.

Le Tribunal devra par ailleurs fixer un nouveau délai aux parties pour se déterminer sur le projet de mission d'expertise, le délai initial étant échu pendant la procédure de recours.

#### **2.5** L'intimée reproche également au premier juge d'avoir violé l'art. 16 LDIP en énonçant que l'absence de versement d'avance de frais aurait pour conséquence l'application du droit suisse.

Son grief n'est pas recevable au triple motif suivant. Tout d'abord, le droit applicable au fond du litige ne concerne pas la question de l'avance de frais d'expertise ou des frais de procédure qui seule peut faire l'objet du recours. La recourante n'a en outre pas soulevé le moindre grief sur cette question, de sorte que l'intimée n'est plus recevable à le faire au stade de la réponse, le législateur ayant exclu le recours joint (art. 323 CPC). L'intimée ne peut enfin pas justifier

d'un intérêt juridique à contester ce point du dispositif de l'ordonnance querellée (art. 59 al. 1 et 59 al. 2 let. a CPC), dans la mesure où, concernant le droit applicable au fond et figurant dans une ordonnance d'instruction qui ne lie pas le juge (art. 153 CPC), il pourra être plaidé en temps utile, respectivement contesté lorsqu'une décision aura été rendue sur le fond.

La Cour a par ailleurs déjà exposé, dans son arrêt du 12 décembre 2014, que la question litigieuse ne pouvait être résolue qu'à la lumière du droit mauricien et elle a ordonné une expertise après avoir examiné l'application de l'art. 16 LDIP. La question pertinente étant celle de savoir si la requête adressée en 2002 à la "Bankruptcy Division" de la Cour suprême de l'Île Maurice avait entraîné la faillite de la recourante, on ne voit guère comment le droit suisse pourrait apporter une réponse utile. En d'autres termes, soit le droit étranger peut être établi sur ce point, soit le Tribunal devra statuer sur la qualité pour agir de la recourante sur la base des éléments présents au dossier.

3. Les frais judiciaires du présent recours seront fixés à 2'000 fr. (art. 48 et 61 OELP), compensés avec l'avance de frais effectuée par la recourante (art. 111 al. 1 CPC). Au vu du sort de la cause, ils seront répartis par moitié entre les parties (art. 106 al. 2 CPC), en conséquence de quoi l'intimée sera condamnée à rembourser à la recourante le montant de 1'000 fr.

Les parties supporteront pour la même raison leurs propres dépens.

En ce qui concerne les frais de première instance, le renvoi de la décision à ce sujet au jugement au fond étant conforme au droit (art. 104 al. 1 CC), le recours en tant qu'il vise le chiffre 8 du dispositif de l'ordonnance querellée sera rejeté (art. 318 al. 3 CPC par analogie).

4. Le présent arrêt, qui ne constitue pas une décision finale, peut être porté au Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière civile (art. 51 al. 1 let. c et 72 ss LTF), aux conditions de l'art. 93 LTF.

\* \* \* \* \*

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

**A la forme :**

Déclare recevable le recours interjeté le 18 août 2015 par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance rendue le 20 juillet 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/3626/2013 en tant qu'il vise les chiffres 2 à 4 et 8 du dispositif de ladite ordonnance.

Le déclare irrecevable pour le surplus.

**Au fond :**

Annule les chiffres 2 et 3 de l'ordonnance querellée.

Rejette le recours pour le surplus.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires du recours à 2'000 fr., les compense avec l'avance de frais versée par la recourante et les met à la charge des parties pour moitié chacune.

Condamne B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ 1'000 fr. au titre du remboursement des frais judiciaires du recours.

Dit que les parties supporteront leurs propres dépens de recours.

**Siégeant :**

Madame Sylvie DROIN, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Sylvie DROIN

La greffière :

Céline FERREIRA

**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.*

---