



POUVOIR JUDICIAIRE

C/20067/2018

ACJC/756/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MERCREDI 22 MAI 2019**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, _____ (Etats-Unis), recourant contre un jugement rendu par la 13^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 février 2019, comparant par Me Bettina Aciman, avocate, rue Pierre-Fatio 15, case postale 3782, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

B_____ **SA**, sise _____, Genève, intimée, comparant par Me Alexandre de Weck, avocat, rue Jargonant 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 31.05.2019.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/1901/2019 du 4 février 2019, notifié aux parties le 7 février 2019, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a débouté A_____ des fins de sa requête en mainlevée provisoire de l'opposition formée par B_____ SA (ci-après : B_____) au commandement de payer, poursuite n° 1_____ (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 1'500 fr., mis à charge de A_____ et compensés avec l'avance fournie par celui-ci (ch. 2), condamné A_____ à payer à B_____ 10'960 fr. TTC à titre de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

B. a. Par acte expédié le 18 février 2019 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé recours contre ce jugement. Il a conclu à son annulation et à ce que la Cour renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision. Subsidiairement, il a conclu à ce que la Cour dise et constate qu'il détenait la légitimation active et prononce la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer, poursuite n° 1_____, pour les montants de 23'623 fr. et 2'772'819 fr. 50, plus intérêts à 5% dès le 17 avril 2018, et dise que la poursuite ira sa voie, sous suite de frais et dépens.

Il a produit une pièce nouvelle, soit une "*declaration*" du 12 février 2019 émise par C_____, son avocat tanzanien, selon lequel le "*Grant of Probate*" n'avait pas été remis en cause par une tierce partie et était donc final et exécutoire.

b. B_____ a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

c. Les parties ont répliqué, respectivement dupliqué, et persisté dans leurs conclusions.

d. La Cour les a informées par avis du 9 avril 2019 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier :

a. D_____, citoyen britannique, domicilié à _____, Tanzanie, est décédé le _____ 2015 à _____, _____, Canada.

Marié deux fois, il avait engendré trois enfants de la première union et trois enfants de la seconde, dont A_____.

D_____ était client de B_____, auprès de laquelle il disposait de certains avoirs.

b. Il avait rédigé un testament notarié en _____, USA, daté du _____ 2009.

Selon ce testament, les droits successoraux des enfants issus de son premier mariage étaient fortement limités, la fortune du défunt revenant essentiellement à ses trois autres enfants. En outre, le testament prévoyait la nomination de plusieurs coexécuteurs, à savoir E_____ (sa seconde épouse), F_____, G_____ et H_____. En cas de décès ou de démission de l'un des coexécuteurs testamentaires, le(s) coexécuteur(s) restant(s) devai(en)t nommer conjointement deux fils du *de cuius*, nés de son second mariage, comme exécuteurs remplaçants, soit I_____ et A_____. Il était prévu que deux exécuteurs au moins et quatre au plus seraient en fonction à tout moment.

c. Après la démission de F_____ et de G_____ les 19 et 24 avril 2016 de leurs fonctions d'exécuteurs testamentaires, les deux coexécuteurs restant, soit E_____ et H_____ ont nommé, le 20 juin 2016, A_____ en qualité de coexécuteur testamentaire de la succession de D_____.

d. Le 14 septembre 2016, C_____, avocat et notaire au barreau de _____ (Tanzanie), a déposé pour le compte des trois coexécuteurs agissant conjointement une demande d'homologation du testament ("*Petition for Probate*") par-devant la Haute Cour de Tanzanie à _____ ("*High Court of Tanzania at _____*").

e. A la suite d'une audience tenue le 20 mars 2017 devant la "*High Court*", celle-ci a rendu un "*Grant of Probate*" le 3 avril 2017, lequel a reconnu la qualité d'exécuteur testamentaire de A_____, résultant d'un testament qui n'est pas annexé à la décision, contrairement à ce qui y est mentionné et dont la date d'établissement n'est pas non plus mentionnée.

La signature figurant sur ce document a été légalisée par l'ambassade de Suisse en Tanzanie le 13 octobre 2017.

Selon une "*declaration*" en anglais, signée par C_____ le 17 mai 2018, le "*Grant of Probate*" ne pouvait plus être contesté par une partie tierce, excepté en cas de fraude : il était donc final et exécutoire.

f. Le 10 août 2018, A_____, après avoir échoué à obtenir le virement des sommes détenues au nom de son défunt père par B_____, a fait notifier un commandement de payer à l'encontre de celle-ci, poursuite n° 1_____, portant sur 23'228 fr. 10, soit la "*contre valeur de USD 23263.- au 18 juillet 2018*", et sur 2'772'819 fr. 50, soit la "*contre valeur du USD 2776985.-*" avec intérêts à 5% dès le 17 avril 2018.

B_____ a formé opposition le même jour.

g. Par requête déposée le 31 août 2018, A_____ a conclu au prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer, poursuite

n° 1_____, pour 23'263 fr. et 2'772'819 fr. 50 avec intérêt à 5 % dès le 17 avril 2018, sous suite de frais et dépens.

A_____ a consacré un chapitre de sa requête à sa légitimation active, fondée, selon lui, sur le "*Grant of Probate*" du 3 avril 2017.

h. B_____ a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens.

i. A_____ a spontanément répliqué et persisté dans ses conclusions. B_____ a dupliqué. Puis, la cause a été gardée à juger.

D. Le Tribunal a considéré devoir examiner d'office la légitimation active de A_____, qui reposait sur le "*Grant of Probate*" lui conférant la qualité d'exécuteur testamentaire. Cependant, bien que ce document ait été dûment légalisé en Tanzanie, aucune attestation de son caractère exécutoire - qui n'était pas allégué par A_____ - n'avait été produite, celui-ci n'ayant pas même tenté d'en obtenir une. Par ailleurs, le "*Grant of Probate*" ne se conformait pas aux dispositions pour cause de mort contenues dans le testament du 12 novembre 2009 (nomination de I_____ et A_____ conjointement, administration de la succession par deux à quatre exécuteurs testamentaires) et n'y faisait pas référence, étant précisé que ce testament réduisait les expectatives de plusieurs héritiers. La reconnaissance du "*Grant of Probate*" ne pouvait pas être admise. Le Tribunal n'a pas fait mention de la "*declaration*" du 17 mai 2018 établie par l'avocat tanzanien de A_____ ni examiné la portée de celle-ci.

EN DROIT

1. 1.1 S'agissant d'une procédure de mainlevée, seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a et 309 let. b ch. 3 CPC). La procédure sommaire s'applique (art. 251 let. a CPC).

Aux termes de l'art. 321 al. 1 et 2 CPC, le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée, pour les décisions prises en procédure sommaire.

En l'espèce le recours a été interjeté dans le délai et selon les formes prévus par la loi, de sorte qu'il est recevable.

1.2 Dans le cadre d'un 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). L'autorité de recours a un plein pouvoir d'examen en droit, mais un pouvoir limité à l'arbitraire en fait, n'examinant par ailleurs que les griefs

formulés et motivés par la partie recourante (HOHL, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd. 2010, n. 2307).

Les maximes des débats et de disposition s'appliquent (art. 55 al. 1, 255 lit. a a contrario et 58 al. 1 CPC).

1.3 Les conclusions, allégations de fait et preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC).

La pièce nouvelle produite par le recourant devrait par conséquent être déclarée irrecevable, ainsi que les faits qui s'y rapportent.

Cependant, dans la mesure où le recourant affirme que cette pièce contiendrait une démonstration du contenu du droit étranger - dont la constatation ("*Nachweis*") peut être apportée par une partie aussi au stade du recours (ATF 138 III 232 consid. 4.2.4) -, sa recevabilité sera admise dans cette mesure uniquement.

2. Le recourant fait grief au Tribunal d'avoir considéré qu'il était nécessaire de produire une attestation du caractère exécutoire du "*Grant of Probate*", alors qu'il n'avait pas sollicité la reconnaissance de cette décision. En tout état, il avait satisfait à cette exigence par la production de la "*declaration*" du 17 mai 2018, que le Tribunal avait ignorée, sans motivation. Le Tribunal aurait dû l'inviter à préciser ses écritures ou offres de preuves sur le caractère exécutoire du "*Grant of Probate* ", ce que la célérité de la procédure n'empêchait pas. Enfin, l'intimée n'avait jamais contesté le caractère exécutoire de cette décision. C'est ainsi à tort que le Tribunal avait considéré qu'il n'avait pas la légitimation active.

2.1

2.1.1 Le défaut de légitimation active (ou passive) est un moyen de fond et non une exception de procédure. Il doit être examiné d'office à la lumière des règles de droit matériel et non des règles de procédure (ATF 126 III 59 consid. 1a). Il s'agit d'un conflit sur la titularité du droit. En principe, seule est légitimée comme partie au procès celle qui est personnellement titulaire d'un droit ou contre laquelle personnellement un droit est exercé. Le défaut de légitimation active (ou passive) entraîne le rejet de l'action, alors que le défaut de capacité d'être partie et d'ester en justice, condition d'ordre procédural, entraîne l'irrecevabilité de celle-ci (HOHL, Procédure civile, tome I, 2^{ème} éd. 2016, p. 125).

2.1.2 Dans un procès qui l'oppose à des tiers au sujet des actifs de la succession, l'exécuteur testamentaire ne fait pas valoir son propre droit matériel (ATF 84 II 324, 81 II 22 consid. 7); il résulte cependant de sa situation légale (art. 518 CC en relation avec l'art. 596 al. 1 CC) qu'il doit sauvegarder les droits successoraux en son propre nom. Dans les litiges judiciaires, l'exécuteur testamentaire peut ainsi conduire un procès en son propre nom et en tant que partie à la place de celui qui est, quant au fond, le sujet actif ou passif du droit contesté

("Prozessführungsbefugnis", "Prozessstandschaft", *legitimatio ad causam*; ATF 116 II 131 consid. 3a et les références, arrêt du Tribunal fédéral 5C.116/2003 du 5 février 2004 consid. 2.2.2). L'exécuteur testamentaire doit alors se référer à son habilitation légale, fondée sur l'existence d'un patrimoine spécial qu'il doit administrer (ATF 116 II 131 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_1036/2017 du 23 mars 2018 consid. 1.2.1).

2.1.3 A teneur de l'art. 31 LDIP, les art. 25 à 29 LDIP s'appliquent par analogie à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision ou d'un acte de la juridiction gracieuse.

Selon l'art. 25 let. b LDIP, une décision étrangère est reconnue en Suisse si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive.

A teneur de l'art. 29 al. 1 let. b LDIP, la requête en reconnaissance ou en exécution sera accompagnée d'une attestation constatant que la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou qu'elle est définitive.

L'attestation visée à la let. b doit être établie par une autorité de l'Etat d'origine de la décision (DUTOIT, Commentaire droit international privé suisse, 5^{ème} éd., 2016, n. 5 ad art. 29 LDIP). D'après le Tribunal fédéral, une telle attestation n'est pas une fin en soi. Elle n'est pas nécessaire s'il ressort indubitablement des pièces produites que la décision à reconnaître n'est plus susceptible de recours ordinaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_840/2009 du 30 avril 2010 consid. 2.3; ATF 102 Ia 76 consid. 2e).

2.1.4 Selon le droit international privé applicable en matière successorale, l'autorité confrontée à un document issu d'un Etat étranger - par exemple une mesure de juridiction gracieuse telle que la désignation d'un exécuteur testamentaire - doit tout d'abord s'assurer que la reconnaissance de ce document est possible tant en vertu des dispositions générales (art. 25 ss LDIP) que des dispositions spéciales en matière successorale (art. 96 LDIP; ABBET, *Légitimation de l'héritier et exécuteur testamentaire : problèmes de droit international privé*, in *Le droit des successions en Europe*, 2003, p. 283).

Si l'héritier ou l'exécuteur testamentaire se légitime auprès des autorités suisses par un document étranger, l'autorité suisse concernée peut décider, à titre préalable, de la reconnaissance dudit document, sans qu'une procédure de reconnaissance n'ait à être mise en œuvre (art. 29 al. 3 *cum* art. 31 LDIP; cf. aussi DUTOIT, *op. cit.*, n. 2 ad art. 96 LDIP).

Cependant, l'application de l'art. 25 lit. b LDIP commande de tenir compte des particularités de la juridiction gracieuse : il ne saurait être exigé que la preuve du caractère définitif d'une décision rendue en juridiction gracieuse soit apportée, puisque ces décisions n'entrent pas en force de chose jugée formelle (voir art. 256

al. 2 CPC). Cependant, il faut démontrer que ces décisions sont valables et qu'elles ne peuvent plus être remises en cause sans autre condition (MÜLLER-CHEN, Zürcher Kommentar zum IPRG, 3^{ème} éd. 2018, n. 18 et 19 ad art. 31 LDIP). Ainsi, l'absence de recours ordinaire ou le caractère définitif de la décision doivent être appréciés selon le droit étranger de l'Etat d'origine de la décision (DUTOIT, op. cit., n. 12 ad art. 25 LDIP).

2.1.5 Aux termes de l'art. 16 LDIP, le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties (al. 1). Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi (al. 2). Même si, dans sa version française, l'art. 16 al. 1 LDIP parle de "*preuve*", le droit étranger qui doit être appliqué en Suisse ne relève pas du fait; il faut donc comprendre le terme de preuve comme une constatation ("*Nachweis*") du droit étranger (ATF 138 III 232 consid. 4.2.4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_65/2017 du 19 septembre 2017 consid. 2.2.1).

En procédure de mainlevée, dans laquelle il est statué en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), l'art. 16 al. 1 1^{ère} phr. LDIP ne s'applique pas, en raison de la célérité qui est exigée en la matière. Dès lors, le juge de la mainlevée n'a pas à constater d'office le contenu du droit étranger (ATF 140 III 456 consid. 2.3 et 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_648/2018 du 25 février 2019 destiné à la publication consid. 6.1.2).

Le Tribunal fédéral a jugé qu'il appartenait en revanche au poursuivant d'établir ce droit, dans la mesure où l'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui (art. 16 al. 1 3^{ème} phr. LDIP), même sans y avoir été invité par le juge. Il a ajouté que, s'il n'y procédait pas, il n'y avait pas lieu d'appliquer le droit suisse, mais de rejeter la requête de mainlevée (ATF 140 III 456 consid. 2.3 et 2.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_648/2018 précité consid. 6.1.2).

2.1.6 En procédure civile, une expertise privée ne constitue pas un moyen de preuve, mais est considérée comme un simple allégué d'une partie (ATF 141 II 433 consid. 2.6; arrêt du Tribunal fédéral 4A_565/2016 du 2 mai 2017 consid. 3.4.3). Il en va de même d'un avis de droit (arrêt 5A_261/2009 du 1^{er} septembre 2009 consid. 1.3 et la jurisprudence citée, non publié sur ce point aux ATF 135 III 608).

Ainsi, la reconnaissance d'un *probate* de droit anglo-saxon - soit la déclaration de validité des dispositions d'un testament - ne peut être admise, s'agissant de son caractère définitif, uniquement sur le fondement d'un avis de droit. Dans le cas d'espèce, soumis aux juridictions zurichoises, la partie avait apporté la preuve qu'aucune voie de droit ordinaire n'était ouverte selon le droit étranger

(Obergerichtlich Zivilkammer II. décision du 2 août 2001 publiée in ZR 101 2002 n. 28).

2.2 En l'espèce, peut demeurer indécise la question de savoir si seule une attestation du caractère exécutoire du "*Grant of Probate*" était nécessaire à la reconnaissance à titre préalable de ce document, sans qu'une procédure de reconnaissance ne soit mise en œuvre.

En effet, même à admettre que tel n'était pas le cas, le recourant n'a de toute façon pas démontré à la lumière du droit tanzanien le caractère exécutoire de la décision le désignant comme exécuteur testamentaire.

Tant la "déclaration" du 17 mai 2018, que celle produite en appel du 12 février 2019, dont la teneur est identique, émanent de l'avocat tanzanien du recourant et ne font référence à aucune disposition légale ou à une *case law*. Elles sont ainsi insuffisantes à établir le droit étranger et, partant, le caractère exécutoire du "*Grant of Probate*".

Le recourant soutient que son avocat était le mieux placé, "*outré les juridictions tanzaniennes*" pour attester du caractère exécutoire du "*Grant of Probate*". On comprend dès lors mal pour quelle raison il n'a pas sollicité et fourni une attestation en bonne et due forme respectant les conditions des art. 25 let. b et 29 al. 1 let. b LDIP. Le caractère probant des "*déclaration*" produites en est d'autant affaibli.

Il n'appartenait pas au Tribunal d'établir d'office le droit tanzanien, et il n'avait pas non plus à interpellé le recourant sur ce point, au vu de la célérité de la procédure sommaire, comme retenu par la jurisprudence susmentionnée. Le double échange d'écritures, provoqué par la réplique spontanée du recourant devant le premier juge, n'y change rien. Au contraire, on pouvait s'attendre à ce que celui-ci complète dans ce cadre ses allégués et son offre de preuve, sans attendre que le Tribunal ne l'interpelle, cas échéant.

A cet égard, il sera encore relevé que le recourant a consacré une partie de sa requête de mainlevée à la question de sa légitimation active et qu'il admet que le Tribunal devait examiner d'office cette question. Il lui appartenait ainsi de produire d'emblée les pièces utiles à établir son droit.

Le recours sera donc rejeté.

- 3. 3.1** Le recourant, qui succombe, supportera les frais de son recours (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires du recours, y compris pour la décision sur effet suspensif, seront arrêtés à 2'250 fr. (art. 48 et 61 OELP) et compensés avec l'avance de frais

du même montant versée par le recourant, acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

3.2 Le recourant sera en outre condamné à verser à l'intimée la somme de 4'000 fr. à titre de dépens de recours, débours et TVA compris (art. 1 let. c, art. 96 et 105 al. 2 CPC; art. 85, 89 et 90 RTFMC; art. 20 al. 4, 25 et 26 LaCC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/1901/2019 rendu le 4 février 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20067/2018-13 SML.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 2'250 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance fournie par celui-ci qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à verser 4'000 fr. à B_____ SA à titre de dépens du recours.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

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.