

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/13044/2011

ACJC/1436/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 4 NOVEMBRE 2011

Pour

X. _____ SA, représentée par Z. _____, ayant son siège _____, recourante de l'ordonnance rendue par le Tribunal de première instance de ce canton le 31 mai 2011, comparant par Me Olivier Wehrli, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué à la recourante par pli recommandé ainsi qu'au Tribunal de première instance le 8.11.2011.

EN FAIT

Par ordonnance du 31 mai 2011, à laquelle a été attribué le no OTPI/625/2011, notifiée à la recourante le 1^{er} juin 2011, le Tribunal de première instance, dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire internationale en matière civile formée par les autorités américaines dans une procédure opposant Y. _____ à W. _____, a ordonné à X. _____ SA i) de produire au Tribunal de première instance, dans un délai fixé au 4 juillet 2011, tous les documents et informations énumérés aux annexes A et B - jointes à l'ordonnance - de la commission rogatoire reçue par le Tribunal de première instance le 6 mai 2011 (ch. 1 du dispositif) et ii) de s'engager, par écrit, à ne pas utiliser ou divulguer à des tiers une quelconque information liée à cette affaire et de communiquer les documents et informations sollicités par porteur au Tribunal, au nom du juge, avec la mention "confidentiel" (ch. 2).

Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 30 juin 2011, X. _____ SA a formé appel, subsidiairement recours, contre cette décision. Elle demande à la Cour, statuant sur appel, de l'annuler et, statuant subsidiairement sur recours, d'octroyer l'effet suspensif au recours et d'annuler la décision querellée. En tout état, elle conclut au déboutement de tout opposant de toutes autres conclusions, avec suite de frais et dépens.

Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

- A.** Le Tribunal fédéral de grande instance des Etats-Unis, District sud de la Californie, a saisi le Département fédéral de justice et police d'une demande d'entraide judiciaire en matière civile visant à obtenir certains documents et informations de la société X. _____ SA, dont le siège est situé à D. _____ (GE).

Le dossier relatif à cette procédure a été transmis par le Procureur général de Genève au Tribunal de première instance le 6 mai 2011.

- B.** Il ressort de la demande d'entraide du juge américain qu'un litige oppose Y. _____ (ci-après Y. _____) à plusieurs sociétés actives dans le domaine de la télécommunication et de l'informatique, notamment E. _____, F. _____, G. _____, H. _____, I. _____, J. _____, K. _____, etc. (soit environ 20 parties au total selon l'Annexe C de la commission rogatoire).

La première nommée soutient que les appareils de communication de ses parties adverses (tels que les téléphones portables, ordinateurs portables et cartes sans fil), violent des brevets relatifs à la conception et au fonctionnement d'appareils de communication sans fil.

Selon Y. _____, X. _____ SA, laquelle n'est pas partie à la procédure aux Etats-Unis, aurait été reconnue comme étant le fournisseur de certains circuits intégrés

(ci-après CI), dont la conception et les fonctions seraient directement liées aux présomptions de violation de brevets alléguée par Y._____. X._____ SA aurait en outre connaissance de la conception et des fonctions de ces CI et posséderait des documents présentant leur conception et leurs fonctions.

Y._____ réclame dès lors à X._____ SA de produire des documents et informations relatifs à certains CI, lesquels prouvent selon elle la violation des brevets qu'elle revendique.

Sont notamment requis, à teneur des annexes A et B de la demande d'entraide, certains codes source, des documents résumant ou décrivant le code source et la conformité aux normes de télécommunication, des fiches techniques et spécifications, des données commerciales, et des licences de brevets et autres droits de propriété intellectuelle.

Le juge américain a par ailleurs rendu une ordonnance conservatoire (Annexe D de la demande d'entraide) visant à protéger contre toute divulgation publique les informations commerciales confidentielles et exclusives que produirait X._____ SA.

Ladite ordonnance prévoit notamment de limiter l'accès aux informations fournies en fonction de différents degrés de confidentialité que la partie ou le tiers divulguant les informations devra apposer sur les documents produits. Ainsi, par exemple, les documents portant la mention "hautement confidentiel", notamment les codes sources, ne pourraient être divulgués qu'aux avocats et consultants externes des parties, à l'exclusion des avocats internes, salariés, ou dirigeants de ces dernières.

Le juge américain a demandé au juge suisse saisi de l'affaire d'émettre une ordonnance correspondante afin de protéger en Suisse la confidentialité des documents et informations produits.

- C. Par ordonnance du 31 mai 2011, le Tribunal a ordonné à X._____ SA de produire les documents énumérés dans les annexes A et B de la commission rogatoire et de s'engager par écrit à ne pas utiliser ou divulguer à des tiers une quelconque information liée à cette affaire.

Il a considéré que les tiers à une procédure étaient tenus de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 al. 1 CPC), sous réserve des exceptions visées aux art. 165 et 166 CPC, et que ceux-ci avaient en particulier l'obligation de produire les documents requis, à l'exception de la correspondance d'avocat. L'autorité requérante était dès lors légitimée à obtenir les renseignements sollicités, sur la base de l'art. 1 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur

l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, à laquelle étaient parties tant la Suisse que les Etats-Unis.

Cette décision n'indique pas les voie et délai de recours.

- D.** Par décision du 29 juillet 2011 de la Présidente ad intérim de la Cour de céans, la requête d'effet suspensif a été déclarée sans objet, dans la mesure où le délai fixé au 4 juillet 2011 pour produire les informations requises était échu.
- E.** L'argumentation des parties devant la Cour sera examinée dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

- 1. 1.1.** L'entraide demandée en l'espèce est régie par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH 70; RS.0.274.132), à laquelle la Suisse et les Etats-Unis ont adhéré. L'art. 9 al. 1 de cette convention dispose que l'autorité judiciaire qui procède à l'exécution d'une commission rogatoire applique les lois de son pays en ce qui concerne les formes à suivre. Selon l'art. 11a LDIP, la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile (CLaH 54; RS 0.274.12) s'applique aux demandes d'entraide concernant la notification ou l'obtention de preuves émanant de Suisse ou adressées à elle. L'art. 14 CLaH 54 prévoit également l'application des lois du pays dans lequel est exécutée la commission rogatoire en ce qui concerne les formes à suivre.

On relèvera qu'avant l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011, les actes d'entraide judiciaire étaient accomplis en Suisse selon le droit du canton dans lequel ils étaient exécutés (art. 11 al. 1 aLDIP; arrêts du Tribunal fédéral 4A_33 2007 consid. 2; 4A_399/2007 consid. 4.1.; 5P.423/2006 consid. 2).

Les règles du CPC sont donc applicables au présent recours.

1.2.1. A teneur de l'art. 308 al. 1 let. a CPC, l'appel est notamment recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur litigieuse qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC).

Le recours est notamment recevable contre les décisions finales de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel (art. 319 let. a CPC) et contre les

autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b CPC).

Une décision est finale au sens de l'art. 308 al. 1 let. a CPC lorsqu'elle met fin au procès, soit en déclarant la demande irrecevable (art. 59 et 60 CPC), soit en tranchant le fond du litige tel que porté devant le juge (art. 236 CPC; JEANDIN, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 7 ad art. 308 CPC; REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 14 ad art. 308 ZPO).

En revanche, les décisions visées à l'art. 319 let. b CPC ne sont ni finales, ni partielles, ni incidentes, ni provisionnelles. Il s'agit de décisions d'ordre procédural par lesquelles le tribunal détermine le déroulement formel et l'organisation matérielle de l'instance (JEANDIN, op. cit., n. 11 ad art. 319 CPC; FREIBURGHAUS/AFHELDT, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, n. 11 ad art. 319 ZPO). Ainsi, les décisions d'instruction se rapportent à la préparation et à la conduite des débats; elles statuent en particulier sur l'opportunité et les modalités de l'administration des preuves (par exemple l'ordonnance de preuve selon l'art. 154 CPC).

Par ailleurs, les art. 160 et ss CPC règlent l'obligation des parties et des tiers de collaborer à l'administration des preuves. Lorsqu'un tiers refuse de collaborer de manière injustifiée, le tribunal peut prendre diverses mesures, énumérées à l'art. 167 al. 1 CPC. Le tiers peut interjeter un recours contre la décision du tribunal (art. 167 al. 3 CPC).

Selon une partie de la doctrine, le droit de recourir du tiers n'existe pas seulement lorsqu'une sanction est prise à son égard, mais déjà contre la décision qui considère son refus de collaborer comme injustifié. Selon cette doctrine, le tiers a droit à une décision formelle sur son obligation de collaborer, qu'il peut contester par la voie du recours (HAFNER, Commentaire bâlois ZPO, n. 4 ad art. 167 CPC; HASENBÖHLER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2010, n. 18 ad art. 167 ZPO).

1.2.2. En l'espèce, la décision querellée constitue une ordonnance d'instruction au sens de l'art. 154 CPC, puisque, imposant à la recourante d'apporter des pièces au dossier, elle est relative au principe et aux modalités d'une mesure probatoire (SCHWEIZER, Code de procédure civile commenté, n. 3 ad art. 154 CPC; GUYAN, Commentaire bâlois, n. 1 ad art. 154 CPC; LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2011, n. 2.6 ad art. 154 CPC; HASENBÖHLER, op. cit., n. 5 ad art. 154 CPC).

Partant, elle est susceptible d'un recours immédiat aux conditions restrictives de l'art. 319 let. b CPC (JEANDIN, op. cit., n. 14 ad art. 319 CPC; GUYAN, op. cit.,

n. 2 ad art. 154 CPC; LEU, op. cit., n. 10.2.1 ad art. 154 CPC; HASENBÖHLER, op. cit., n. 25 ad art. 154 CPC).

1.2.3. Le délai de recours contre les ordonnances d'instruction est de 10 jours (art. 321 al. 2 CPC)

En l'espèce, la décision querellée a été notifiée à la recourante le 1^{er} juin 2011. Le recours, déposé auprès de la Cour de justice le 30 juin 2011, est dès lors tardif et en principe irrecevable, à moins que la recourante ne puisse se prévaloir de sa bonne foi en raison de l'absence d'indication des voies de recours dans le jugement entrepris, ce qu'il convient d'examiner.

1.2.4. Selon l'art. 238 let. f CPC, la décision du tribunal doit indiquer les voies de recours, si les parties n'ont pas renoncé à recourir.

L'art. 238 CPC s'applique à toutes les décisions formelles rendues par un tribunal selon le CPC, qu'elles soient finales, incidentes ou provisionnelles. Une ordonnance d'instruction doit s'accompagner des voies de droit mentionnant notamment la possibilité et les conditions d'un recours *stricto sensu* selon l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (TAPPY, Code de procédure civile commenté, n. 20 ad art. 238 CPC).

La règle, relative à l'art. 49 LTF et applicable par analogie, est qu'une notification irrégulière ne doit pas nuire aux parties. Elle découle du droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.), permettant au justiciable de se fier aux assurances données par l'autorité compétente (ATF 131 II 627 consid. 6.1; FRESARD; Commentaire de la LTF, Berne 2009, n. 6 ad art. 49 LTF).

Cependant, celui qui s'aperçoit du vice affectant l'indication de la voie de droit, ou qui devait s'en apercevoir en faisant usage de la prudence que l'on pouvait attendre de lui, ne peut se prévaloir d'une indication inexacte sur ce point. En particulier, ne mérite pas de protection la partie dont l'avocat aurait pu déceler l'omission ou l'erreur par la seule lecture du texte légal, sans recourir à la consultation de la jurisprudence ou de la doctrine (ATF 127 II 198 consid. 2c; arrêts du Tribunal fédéral 5A_33/2008 consid. 2.3; 5A_401/2007 = JdT 2007 I 628 consid. 4.2; 4C.82/2006 consid. 4.1; FRESARD, op. cit., n. 11 ad art. 49 LTF).

1.2.5. En l'espèce, la décision attaquée ne contient aucune indication des voie et délai de recours, alors que le délai de recours était de 10 jours au lieu du délai usuel de 30 jours. De plus, compte tenu de la procédure particulière, dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire en matière civile, la voie et le délai de recours n'étaient pas nécessairement évidents à la simple lecture du texte légal, sans autre recherche juridique. Il en résulte que la recourante mérite d'être protégée dans sa bonne foi, ce d'autant plus qu'elle n'a pas été invitée à se déterminer avant que la

décision querellée ne soit prise, de sorte qu'elle ne pouvait pas s'attendre à recevoir cette ordonnance et qu'elle n'était pas encore représentée par un avocat au moment de la notification de la décision entreprise.

1.2.6. Par ailleurs, les conditions de l'art. 319 let. b CPC sont réalisées en l'espèce, pour les motifs qui suivent :

Comme indiqué précédemment (consid. 1.2.1. *supra*), l'art. 167 al. 3 CPC prévoit la possibilité pour le tiers d'interjeter un recours contre la décision du tribunal lui infligeant une sanction pour son refus injustifié de collaborer (art. 167 al. 3 CPC).

Selon une partie de la doctrine, le droit de recourir du tiers n'existe pas seulement lorsqu'une sanction est prise à son égard, mais déjà contre la décision qui considère son refus de collaborer comme injustifié. Selon cette doctrine, le tiers a droit à une décision formelle sur son obligation de collaborer, qu'il peut contester par la voie du recours (HAFNER, Commentaire bâlois ZPO, n. 4 ad art. 167 CPC; HASENBÖHLER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2010, n. 18 ad art. 167 ZPO).

Il y a donc lieu de considérer que le recours interjeté en l'espèce est prévu par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC).

A titre superfétatoire, l'ordonnance querellée est susceptible de causer à la recourante un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

En effet, les informations demandées, notamment les codes source, constituent des données sensibles et confidentielles, dont la divulgation pourrait causer un préjudice difficilement réparable à la recourante, en particulier compte tenu du nombre de parties à la procédure sous-jacente et de leur qualité de concurrents, ce nonobstant l'ordonnance conservatoire rendue par le juge américain.

1.2.7. Par conséquent, au vu des éléments qui précèdent, le recours est recevable.

2. La recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendue.

2.1. Le recours peut être formé pour la violation du droit ou la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. confère à toute personne le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, d'offrir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de participer à l'administration des preuves et de se déterminer à leur propos (ATF 129 II 497 consid. 2.2 p. 504; 127 I 54 consid. 2b p. 56; 126 I 97 consid. 2b p. 102). Cette garantie inclut le droit à l'administration des preuves valablement offertes, à moins que le fait à prouver ne soit dépourvu de pertinence

ou que la preuve apparaisse manifestement inapte à la révélation de la vérité. Le juge est autorisé à effectuer une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles et, s'il peut admettre de façon exempte d'arbitraire qu'une preuve supplémentaire offerte par une partie serait impropre à ébranler sa conviction, refuser d'administrer cette preuve (ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 428; 125 I 417 consid. 7b p. 430).

Par ailleurs, la commission rogatoire n'est pas exécutée si la personne qu'elle vise invoque une dispense ou une interdiction de déposer, établie soit par la loi de l'Etat requis, soit par la loi de l'Etat requérant (art. 11 CLaH 70).

L'art. 160 CPC dispose que les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves, notamment de produire les documents requis, à l'exception de la correspondance d'avocat dans la mesure où elle concerne la représentation à titre professionnel.

Le Tribunal doit rendre attentifs les parties et les tiers à leur obligation de collaborer, à leur droit de refuser de collaborer et aux conséquences du défaut (art. 161 CPC). Il ne peut tenir compte des preuves administrées si les parties ou les tiers n'ont pas été informés de leur droit de refuser de collaborer, à moins que la personne concernée n'y consente ou que son refus de collaborer n'eût été injustifié (HASENBÖHLER, op. cit., n. 6 et 7 ad art. 161 ZPO; SCHMID, Commentaire bâlois, n. 10 ad art. 161 ZPO; JEANDIN, op. cit., n. 7 et ss ad art. 161 CPC).

Les art. 165 et 166 CPC énumèrent les cas dans lesquels un tiers peut refuser de collaborer; peuvent ainsi notamment refuser de collaborer aux termes de l'art. 166 al. 2 CPC, les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi, s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Parmi ces secrets figure notamment le secret d'affaires et de fabrication.

Le tribunal devra se faire une idée suffisamment précise de la situation de la personne appelée à collaborer pour pouvoir attirer son attention sur l'un ou l'autre aspect susceptible d'entrer en ligne de compte. A cette fin, en fonction de la profession du tiers et de ses relations avec les parties, le juge devra attirer l'attention du tiers sur le ou les cas de figure pouvant entrer en ligne de compte, tout en l'interpellant pour savoir s'il entend ou non se prévaloir d'un droit de refus (JEANDIN, op. cit., n. 3 et 4 ad art. 161 CPC; SCHMID, op. cit., n. 2 ad art. 161 CPC).

2.2. En l'espèce, la recourante est un tiers non partie à la procédure sous-jacente pendante aux Etats-Unis. Alors que la commission rogatoire vise la production par elle de données confidentielles, telles que des codes source, susceptibles d'être couvertes par le secret d'affaires, le Tribunal n'a pas jugé utile de l'inviter à se

déterminer sur cette requête et, par voie de conséquence, ne l'a pas rendue attentive à son droit de refuser de collaborer.

Il en résulte que la recourante a été privée de la possibilité de faire valoir sa position et que son droit d'être entendue a été violé.

2.3. Une violation du droit d'être entendu en instance inférieure est réparée, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, lorsque l'intéressé a eu la faculté de se faire entendre en instance supérieure par une autorité disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 130 II 530 consid. 7.3; 127 V 431 consid. 3d/aa; 126 V 130 consid. 2b et les arrêts cités). Une telle réparation doit cependant demeurer exceptionnelle; elle est exclue lorsque le vice constitue une violation particulièrement grave des droits d'une partie (ATF 126 I 68 consid. 2; 124 V 180 consid. 4b; ACJC/1566/2007 du 14 décembre 2007 consid. 2.1).

En l'espèce, la Cour de céans ne dispose que d'un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire en fait. De plus, la violation est particulièrement grave, puisque la recourante a été privée de toute possibilité de se déterminer.

Par conséquent, la violation du droit d'être entendu ne peut être réparée par la Cour de céans. La décision attaquée doit donc être annulée et le dossier renvoyé en première instance pour nouvelle décision. Le Tribunal devra en particulier rendre la recourante attentive à son droit de refuser de collaborer et lui permettre de faire valoir ses arguments avant de se déterminer sur l'exécution de la commission rogatoire. Il lui appartiendra également d'assortir sa décision de la mention de la voie de recours prévue par la loi.

3. Aucun frais ne sera prélevé concernant la présente décision (art. 14 CLaH 70).

La recourante gardera donc à sa charge ses dépens.

4. La présente décision, de nature incidente, est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. a LTF), dans les limites de l'art. 93 LTF. Dans la procédure américaine sous-jacente, Y._____ prétend avoir droit à des dommages intérêts rétroactifs sur une période maximale de 6 ans précédant le dépôt de la demande. Bien que les dommages intérêts réclamés ne soient pas chiffrés, il y a lieu de considérer que la demande d'entraide sert à la poursuite d'un but économique et que la présente cause a une valeur litigieuse (ATF 116 II 379 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_399/2007 consid. 1). Vu la nature et les enjeux de la procédure, ainsi que le nombre de parties à celle-ci, il y a lieu de considérer que la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par X._____ SA contre l'ordonnance OTPI/625/2011 rendue le 31 mai 2011 par le Tribunal de première instance dans la cause CR/23/2011.

Au fond :

Annule cette ordonnance.

Et, statuant à nouveau :

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

Dit qu'il n'est prélevé aucun frais concernant la présente décision.

Dit que X._____ SA garde à sa charge ses dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur Pierre CURTIN, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

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.