

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 10 juin 2013

Présidence de Mme CRITTIN DAYEN, juge déléguée
Greffier : Mme Logoz

* * * * *

Art. 13, 36, 158 al. 1 et 2, 237, 308 al. 1 et 2 CPC ; 61 al. 1 et 2 CO

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **T.**_____, à Genève, intimée, contre l'ordonnance rendue le 21 mars 2013 par le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois admettant la requête de preuve à futur **M.**_____, à Prilly, requérant, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par décision du 21 mars 2013, notifiée le même jour et reçue le lendemain par l'appelante, le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois a admis la requête d'expertise déposée le 28 janvier 2013 par M. _____ (I), désigné en qualité d'expert, l'un à défaut de l'autre, le Professeur V. _____, médecin-chef, [...], [...], [...]; le Docteur N. _____, spécialiste FMH en chirurgie orthopédie, [...], [...], [...] (II), chargé l'expert de répondre à un certain nombre de questions (III), dit que l'avance des frais d'expertise sera effectuée par la partie requérante (IV) et dit que la décision sur les frais interviendra à l'issue de la procédure (V).

En droit, le premier juge a estimé que si l'action au fond devait être introduite, celle-ci serait dirigée contre un établissement de droit public doté de la personnalité juridique (art. 5 al. 1 LPEM [loi genevoise du 10 septembre 1980 sur les établissements publics médicaux; RSG K 2 05]), de sorte que la loi genevoise du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (ci-après : LREC; RSG A 2 40) était applicable à la responsabilité de l'intimée. Il a considéré que l'art. 7 al. 1 LREC, qui prévoit la compétence du Tribunal de première instance pour statuer sur les actions en responsabilité intentées en application de cette loi, fondait la compétence *ratione materiae*, renvoyant à la juridiction ordinaire la compétence de trancher un tel litige, fondé sur le droit public. Le premier juge a en outre retenu que l'art. 7 al. 2 LREC effectuait un renvoi exprès aux dispositions du CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272) en ce qui concerne la procédure et donc en ce qui concerne la détermination du for, de sorte le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois était également compétent *ratione loci* (art. 36 CPC). Au surplus, il a estimé que le requérant avait rendu vraisemblable un intérêt digne de protection à l'établissement d'une expertise et qu'il y avait donc lieu d'ordonner l'expertise requise.

B. Par acte adressé le 2 avril 2013 à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, les T. _____ ont interjeté appel à l'encontre de cette décision, concluant à son annulation. Il est requis que le Tribunal cantonal, statuant à nouveau, à la forme, déclare irrecevable la requête de preuve à futur déposée le 28 janvier 2013 par M. _____, ordonne au Juge de paix de mettre fin immédiatement à l'expertise qu'il a confiée au Professeur V. _____, et condamne M. _____ en tous les dépens de première instance et d'appel, y compris une équitable indemnité valant participation aux honoraires de leur conseil. Au fond, les T. _____ concluent à ce que le Tribunal cantonal rejette la requête de preuve à futur déposée le 28 janvier 2013 par M. _____, ordonne au Juge de paix de mettre fin immédiatement à l'expertise qu'il a confiée au Professeur V. _____ et condamne M. _____ en tous les dépens de première instance et d'appel, y compris une équitable indemnité valant participation aux honoraires de leur conseil. Si par impossible le tribunal de céans ne devait pas donner droit à ses conclusions, les T. _____ concluent à ce que celui-ci transmette à l'expert, le Professeur V. _____, un tirage de sa réponse déposée le 11 mars 2013.

L'appelante a produit un bordereau de pièces.

Dans sa réponse du 6 mai 2013, M. _____ a conclu avec suite de frais et dépens au rejet de l'appel.

C. Les faits nécessaires à l'examen de la cause sont les suivants :

1. M. _____, né le 4 juillet 1966, a exercé jusqu'au milieu de l'année 2011 l'activité de danseur au sein du [...]. Depuis lors, en raison de fortes douleurs au niveau de sa hanche droite, il est devenu répétiteur au sein de cette même compagnie.

2. A la suite d'un diagnostic faisant état d'une coxarthrose à droite, l'intéressé a subi le 31 janvier 2012 une intervention chirurgicale consistant en la pose d'une prothèse totale de la hanche mini-invasive à

droite, non cimentée. Cette opération a été effectuée au sein des T._____, Département de Chirurgie, le Professeur [...] agissant en qualité d'opérateur et la Doctoresse [...] en tant qu'assistante.

3. Quelques mois après l'opération, M._____ a constaté une inégalité de longueur gênante des membres inférieurs qui, selon l'intéressé, compromettrait sa reprise professionnelle.

4. Examiné en consultation ambulatoire le 10 septembre 2012 par le Professeur [...], celui-ci a évalué l'inégalité de longueur des membres inférieurs de M._____ à 5 mm en défaveur de la gauche en position couchée et à un niveau légèrement supérieur, au niveau fémoral, en position genoux fléchis. Ce médecin précisait dans son rapport daté du même jour que sur la radiographie du bassin de face effectuée à Lausanne, à mi-août 2012, l'inégalité de longueur des membres inférieurs au niveau de la hanche ne dépassait en aucun cas 5 mm. Afin de supprimer complètement la sensation d'inégalité de longueur, il a prescrit à l'intéressé le port, à gauche, d'une talonnette de compensation de plus 6 mm et réservé pour le surplus la possibilité de changer le col de la prothèse pour un modèle plus court, intervention chirurgicale invasive qu'il ne choisirait toutefois qu'en dernier recours.

5. En date du 12 septembre 2012, M._____ s'est soumis à un scanogramme destiné à mesurer la longueur des deux membres inférieurs. Dans son rapport du 28 septembre 2012, la Doctoresse [...] a relevé la présence d'une très discrète bascule du bassin vers la gauche, la différence étant de 1.4 cm. Elle indiquait que la longueur du membre inférieur droit était de 87.4 cm et celle du membre inférieur gauche de 86.1 cm.

6. Le 28 janvier 2013, M._____ a adressé au Juge de paix du district de l'Ouest lausannois une requête de preuve à futur, assortie d'un questionnaire, tendant à la mise en œuvre d'une expertise hors procès, susceptible de déterminer, avant toute procédure au fond, la violation des règles de l'art lors de l'opération médicale qu'il a subie le 31 janvier 2012.

A l'appui de cette requête, il faisait valoir qu'il avait un intérêt évident à ce que les faits exposés ci-dessus soient constatés par expertise dans la mesure où il pourrait en déduire des droits contre les T._____.

En droit :

1.

1.1 L'appel est dirigé contre une décision du Juge de paix du district de l'Ouest lausannois admettant une requête de preuve à futur portant sur une intervention chirurgicale réalisée au sein des T._____, assujettis à la loi genevoise du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes. Parmi les griefs soulevés figure l'incompétence ratione loci du juge de la preuve à futur.

Aux termes de l'art. 158 al. 2 CPC, les dispositions relatives aux mesures provisionnelles sont applicables à la preuve à futur. Selon l'art. 308 al. 1 et 2 CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales, incidentes et sur mesures provisionnelles dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

Lorsque la requête de preuve à futur est déclarée irrecevable, faute de compétence, l'appel est ouvert (CACI 23 janvier 2012/46). Il doit en aller de même dans le cas inverse, la décision du juge de la preuve à futur admettant sa compétence ratione loci constituant une décision incidente au sens de l'art. 237 CPC, susceptible d'appel pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions atteigne 10'000 fr. au moins.

Selon l'art. 91 CPC, la valeur du litige est déterminée par les conclusions (al. 1). 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 qu'elles avancent est manifestement erronée (al. 2).

En l'espèce, il ressort de la requête d'expertise à futur que la différence de longueur des membres inférieurs de l'intimé M._____ a pour grave conséquence que l'intéressé se trouve dans l'impossibilité de reprendre son activité de danseur professionnel au sein du [...]. Il y a dès

lors lieu d'admettre que la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs. L'intimé ne prétend du reste pas que la condition de la valeur litigieuse ne serait pas réalisée.

Soumise aux dispositions relatives aux mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC), l'ordonnance querellée a été rendue en procédure sommaire, conformément à l'art. 248 let. d CPC. L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès du Juge délégué de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01), dans les dix jours à compter de la notification de la décision (art. 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), le présent appel est recevable dans la mesure où il concerne la question de la compétence du juge de la preuve à futur.

1.2 A supposer que la compétence du premier juge soit admise, ce qui sera examiné ci-après, l'appelante conteste encore que les conditions auxquelles l'administration de la preuve à futur peut être obtenue (art. 158 al. 1 let. b CPC) soient réalisées en l'espèce.

Les décisions de preuve à futur sont soumises au régime applicable aux autres décisions et ordonnances d'instruction et, partant, sont attaquables par un recours immédiat stricto sensu pour autant qu'elles puissent causer un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (CACI 13 octobre 2011/301 et les références citées). La décision de preuve à futur ne peut dès lors être attaquée qu'en cas de rejet de la requête, la décision d'admission n'entraînant aucun préjudice irréparable au sens de la disposition précitée (CREC 30 novembre 2011/229).

Dans la mesure où la décision querellée admet la preuve à futur, l'appel ne peut être qu'irrecevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement la constatation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135).

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., JT 2010 III 136-137).

2.2 En l'espèce, l'appelante a produit un bordereau de pièces déjà toutes versées au dossier de première instance. Ces pièces ne sont pas nouvelles de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer sur leur recevabilité.

3. L'appelante T. _____ soutient que le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois n'est pas compétent pour statuer sur la requête de preuve à futur déposée par l'intimé, dès lors qu'elle est dirigée contre un établissement de droit public genevois, doté de la personnalité juridique.

3.1 Les T. _____ sont des établissements publics médicaux au sens de l'art. 1^{er} let. b LEPM. Il s'agit d'une entité de droit public dotée de la personnalité morale; à ce titre, elle répond des actes commis par ses employés dans l'exercice de leur activité (art. 5 al. 1 et 2 LEPM).

Selon l'art. 61 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), la législation fédérale ou cantonale peut déroger aux art.

41 ss CO, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge ; elle ne peut toutefois y déroger s'il s'agit d'actes se rattachant à l'exercice d'une industrie (art. 61 al. 2 CO). Selon la jurisprudence, le traitement des malades dans les hôpitaux publics ne relève pas de l'exercice d'une industrie, mais bien de l'exécution d'une tâche publique. Les dommages qui peuvent y survenir sont causés dans l'exercice d'une activité de puissance publique; ils ne constituent pas la violation d'un contrat de droit privé, et ce même si la relation nouée entre le patient et l'hôpital est semblable à un rapport contractuel puisque le premier accepte la prise en charge du second et lui verse une rémunération. Par conséquent, c'est donc en premier lieu sur la base du droit public cantonal que l'on détermine contre qui et à quelles conditions le patient peut agir en réparation de son dommage et de son tort moral en cas de traitement inadéquat (cf. ATF 122 III 101 et les arrêts cités). S'agissant de l'application de la législation cantonale sur la responsabilité de l'Etat, les cantons sont libres de déterminer les autorités judiciaires compétentes et la nature de la procédure applicable (TF 2C_443/2012 du 27 novembre 2012).

Le canton de Genève a fait usage de la possibilité que lui laisse l'art. 61 al. 1 CO en édictant la loi du 24 février 1989 sur la responsabilité de l'Etat et des communes (LREC), applicable aux T._____ en vertu de l'art. 5 al. 2 LEPM. Cette loi prévoit que les corporations et établissements de droit public dotés de la personnalité juridique répondent exclusivement du dommage résultant pour les tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence par leurs fonctionnaires ou agents dans l'exercice de leur travail (art. 2 al. 1 et 9 LREC ; cf. TF 4A_329/2012 du 4 décembre 2012). En vertu de l'art. 7 LREC, ces litiges sont soumis à la juridiction et à la procédure civile.

3.2 Le premier juge a considéré que si le droit public genevois était effectivement applicable en ce qui concerne la responsabilité encourue par les employés des T._____ pour le dommage qu'ils causent dans l'exercice de leur charge, il n'en demeurerait pas moins que l'art. 7 al.

2 LREC effectuait un renvoi exprès aux dispositions du CPC s'agissant de la procédure, et donc également s'agissant de la détermination du for. Il a ainsi retenu que l'art 36 CPC fondait notamment la compétence du tribunal du domicile pour juger des causes fondées sur un acte illicite et que l'intimé étant domicilié à Prilly, il était également compétent *ratione loci* pour examiner la requête de preuve à futur (art. 13 let. a CPC), sa compétence *ratione materiae* étant donnée par l'art. 7 al. 1 LREC qui selon lui renvoyait à la juridiction ordinaire la compétence de trancher un tel litige.

3.3

3.3.1 Selon l'art. 7 al. 1 LREC, le « Tribunal de première instance » est compétent pour statuer sur les demandes fondées sur cette loi. Cette disposition désigne par là clairement l'autorité compétente pour trancher le litige, soit une autorité judiciaire civile propre au canton de Genève. Le premier juge erre en retenant que cette disposition fonderait uniquement la compétence *ratione materiae* du tribunal ; elle n'aurait donc d'autre finalité que de spécifier que les actions en responsabilité fondées sur le droit public genevois, en l'occurrence la LREC, échappent à la juridiction administrative et relèvent de la compétence des tribunaux civils ordinaires. Ce raisonnement n'est pas compatible avec le texte clair de l'art. 7 al. 1 LREC, qui spécifie expressément la compétence du « Tribunal de première instance ». Si le législateur genevois avait entendu renvoyer de manière générale à la juridiction ordinaire, il ne fait pas de doute qu'il aurait libellé différemment la disposition en cause. Au demeurant, il paraît douteux qu'en adoptant la disposition en cause, le législateur genevois ait entendu conférer aux autres cantons la faculté de contrôler l'application du droit public genevois sur la responsabilité de l'Etat et des communes. Le premier juge semble avoir perdu de vue que le droit civil fédéral est ici appliqué à titre de droit cantonal supplétif (cf. art. 6 LREC ; TF 4A_329/2012 du 4 décembre 2012, c. 2.1) et qu'il n'y a aucun lieu de se fonder sur l'art. 36 CPC pour déterminer la compétence à raison du lieu. L'art. 7 al. 2 LREC, qui déclare le Code de procédure civile suisse applicable, ne permet ainsi pas d'établir la compétence du juge de paix

ratione loci ; on ne peut que comprendre qu'il s'agit là d'un renvoi en ce qui concerne la procédure applicable.

3.3.2 L'art. 13 CPC, relatif au for des mesures provisionnelles, dispose que « sauf disposition contraire de la loi, est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles : a. le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale; b. le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée ». Le for prévu par cette disposition, qui correspond à l'art. 33 aLFors (loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000), est également valable en matière de preuve à futur selon l'art. 158 CPC (Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6841 ss, p. 6879; Haldy, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 4 ad art. 13 CPC; Berti, Basler Kommentar, Bâle 2010, n. 5 ad art. 13 CPC; Sutter-Somm/Klingler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 7 ad art. 13 CPC; Treis, in Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2010, n. 5 ad art. 13 CPC). L'art. 13 CPC institue ainsi deux fors alternatifs : l'un au for de l'action principale, l'autre au lieu d'exécution de la mesure requise ; celui-ci n'est pas réservé aux seuls cas d'urgence (ATF 138 III 555). Le lieu d'exécution correspond au lieu où les mesures doivent être prises (Haldy, op. cit., n. 6 ad art. 13 CPC).

En l'occurrence, il apparaît que la mesure à exécuter ne le sera pas dans le district de l'Ouest lausannois, l'expert désigné, le Professeur V._____, officiant au sein de la « [...]» à [...]. L'art. 13 let. b CPC ne saurait dès lors fonder la compétence du Juge de paix dudit district pour ordonner l'expertise requise.

3.4 En conclusion, le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois était incompétent pour connaître de la requête de preuve à futur de l'intimé.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être admis dans la mesure de sa recevabilité et la décision litigieuse annulée et réformée (art. 318 al. 1 let. b CPC) en ce sens que la requête de preuve à futur déposée le 28 janvier 2013 par M._____ est irrecevable, les frais judiciaires de première instance, par 500 fr. (art. 28 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5), étant mis à la charge du requérant M._____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Celui-ci versera une indemnité de 1'000 fr. à T._____ à titre de dépens de première instance (art. 3 et 6 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), sont mis à la charge de l'intimé M._____, qui perd en procédure d'appel (art. 106 al. 1 CPC). L'intimé versera à l'appelante T._____ une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 TDC) et de restitution de l'avance de frais, par 800 fr., fournie par l'appelante (art. 111 al. 2 CPC).

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est admis, dans la mesure de sa recevabilité.
- II.** La décision est annulée.
- III.** Il est statué à nouveau comme suit :
 - I. La requête d'expertise déposée le 28 janvier 2013 par M._____ est irrecevable.
 - II. Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr. (cinq cents francs), sont mis à la charge de M._____.

III. Une indemnité de 1'000 fr. (mille francs), à verser à T._____ à titre de dépens, est mise à la charge de M._____.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge de l'intimé.

V. Une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs), à verser à l'appelante T._____ à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance, est mise à la charge de l'intimé M._____.

VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du 11 juin 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Michel Bergmann (pour T. _____),
- Me Joël Crettaz (pour M. _____).

La juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme le Juge de paix du district de l'Ouest lausannois.

Le greffier :