

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 12 avril 2017

Composition : Mme COURBAT, présidente
M. Sauterel et Mme Giroud Walther, juges
Greffière : Mme Boryszewski

Art. 158 CPC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **C.**_____ **SA**, à Vernier, intimée, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 31 octobre 2016 par la Juge de paix du district de Morges dans la cause divisant le recourant d'avec **O.**_____, à Vaduz, **Q.**_____, à Zurich, **V.**_____, à La Conversion, **S.**_____, à Lutry, et **F.**_____, à Riex, requérants, agissant en tant que cessionnaires de la masse en faillite de [...] SA (anc. [...] SA), la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance du 31 octobre 2016, la Juge de paix du district de Morges a admis la requête d'expertise (I), a désigné [...], expert-comptable diplômé, c/o Fiduciaire [...] SA, route [...], [...], en qualité d'expert (II), a chargé celui-ci de répondre aux questions des allégués 139 à 182 de la requête (III), a dit que l'avance des frais d'expertise serait effectuée par les requérants, à parts égales (IV) et a dit que la décision sur les frais interviendrait à l'issue de la procédure (V).

En droit, le premier juge a relevé que les requérants avaient exposé que, le 28 juillet 2015, l'administration de la faillite de [...] SA leur avait cédé les droits de la masse en faillite découlant de l'action en responsabilité au sens de l'art. 752 ss CO (Code des obligations ; RS 220) et qu'ils avaient tous prêté et/ou investi de l'argent dans [...] SA, devenue [...] SA, argent qu'ils n'avaient pas pu récupérer en totalité dans le cadre de la faillite de la société. Le premier juge a ensuite retenu que, dès lors que les requérants avaient rendu vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle contre les intimés et que les allégués 139 à 182 portaient sur des éléments techniques, en particulier des règles et des principes comptables et d'audit applicables à la société anonyme, il convenait d'admettre la requête d'expertise sur ces allégués.

B. Par acte du 11 novembre 2016, C._____ SA a interjeté recours contre l'ordonnance précitée, concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au rejet des conclusions des requérants de la preuve à futur, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause en première instance. Elle a également requis l'effet suspensif, lequel lui a été refusé par décision du Juge délégué de la chambre de céans le 22 novembre 2016.

[...] SA et [...] ont également interjeté recours contre l'ordonnance entreprise les 11 novembre et 7 décembre 2016.

Les intimés O._____, Q._____, V._____, S._____ et F._____ n'ont pas été invités à se déterminer.

C. La Chambre des recours civile fait sien dans son entier l'état de fait de l'ordonnance, complété par les pièces du dossier, dont il ressort notamment ce qui suit :

1. Par décision du 10 mai 2012, la faillite sans poursuite préalable de [...] SA a été prononcée.

2. Le 13 juin 2016, O._____, Caisse de pension [...], [...], [...] et [...], agissant en tant que cessionnaires de la masse en faillite de [...] SA (anc. [...] SA), ont déposé une requête de preuve à futur contre [...], [...], [...], [...], [...] SA et [...] SA, auprès de la Juge de paix du district de Morges (ci-après : juge de paix), en concluant, sous suite de frais et dépens, à ce que [...], expert-comptable diplômé, c/o Fiduciaire [...] SA, Route [...] soit désigné (II), à ce que l'expert réponde aux questions figurant aux allégués 148 et 154 à 197 [sic] de la requête et fasse toute proposition en vue de trouver un arrangement entre parties (III), s'il l'estime nécessaire, l'expert étant autorisé à s'adjoindre les services des spécialistes de son choix et à requérir toutes pièces qu'il jugera utiles (IV).

Par réponse du 13 septembre 2016, [...] SA a conclu à ce que la requête soit rejetée et, subsidiairement, à ce que les allégués 139, 143, 144, 145, 146, 151, 152, 154, 155, 157, 159, 160, 161, 163, 164 et 178 à 182 soumis à la preuve par expertise constatent un état de fait.

3. Le 15 septembre suivant, l'audience de la juge de paix a eu lieu en présence des parties, à l'exception de l'intimé [...].

En droit :

1.

1.1 Dirigés contre la même décision et fondés sur des arguments en partie similaires, il convient de déterminer, en premier lieu, si la jonction des procédures de recours de C._____ SA, [...] SA et [...] simplifierait la présente procédure (art. 125 let. b CPC).

1.2 Pour simplifier le procès, le juge peut en effet ordonner une jonction de causes (art. 125 let. c CPC). La jonction de causes, comme la division de causes, n'est pas conditionnée par des critères précis, tels que la connexité pour la jonction ou l'absence de connexité pour la division. Le seul critère est celui de la simplification du procès, selon l'appréciation du tribunal (Halvy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 125 CPC).

1.3 En l'espèce, dans la mesure où les recours interjetés par C._____ SA SA, d'une part, et [...] SA, d'autre part, soulèvent principalement la question de leur recevabilité, alors que celui interjeté par [...] se concentre sur les notions de droit d'être entendu et de régularité de la notification, la jonction de ces procédures ne paraît pas opportune. Il n'y a donc pas lieu de les joindre.

2.

2.1 Le recours est dirigé contre une ordonnance du juge de paix, qui nonobstant son intitulé, ne traite pas *stricto sensu* de mesures provisionnelles, mais ordonne une preuve à futur (art. 158 CPC).

La preuve à futur a pour but, soit d'assurer la conservation de la preuve, lorsque le moyen de preuve risque de disparaître ou que son administration ultérieure se heurterait à de grandes difficultés, soit de permettre au requérant de clarifier les chances de succès d'un procès futur, de façon à lui éviter de devoir introduire un procès dénué de chances. Il s'agit là d'une nouvelle institution, qui n'était connue que de certains droits de procédure cantonaux, tels ceux des cantons de Vaud,

Berne et Bâle. Le requérant doit établir qu'il a un intérêt digne de protection à l'administration de la preuve. Il ne lui suffit pas d'alléguer avoir besoin d'éclaircir des circonstances de fait ; il doit rendre vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle concrète contre sa partie adverse, laquelle nécessite l'administration de la preuve à futur. Cette procédure n'a pas pour objet d'obtenir qu'il soit statué matériellement sur les droits ou obligations des parties, mais seulement de faire constater ou apprécier un certain état de fait ; le tribunal ne statue pas sur le fond, ni même ne procède à un examen des chances de succès du requérant (ATF 140 III 16 consid. 2.2.2 ; 138 III 76 consid. 2.4.2).

La preuve à futur est une mesure provisionnelle au sens large (Schweizer, CPC commenté, op. cit., n. 8 ad art. 374 CPC), à laquelle s'applique la procédure sur les mesures provisionnelles selon l'art. 158 al. 2 CPC. La preuve à futur vise à sauvegarder des preuves ou à évaluer les chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve dans le cadre d'un éventuel futur procès (sur ce dernier point : ATF 138 III 76 consid. 2.4.2 ; TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 consid. 7.1). Elle est ordonnée sur requête (Schweizer, op. cit., n. 9 ad art. 374 CPC). La requête de preuve à futur n'est pas introductive d'instance ; elle n'interrompt pas les délais de prescription (ATF 93 II 498 ; Braconi/Carron/Scyboz, CC & CO annotés, 9^e éd., 2013, commentaire ad art. 135 CO). Selon Fellmann (in Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger (édit.), ZPO Kommentar, n. 19 ad art. 158 CPC), la requête de preuve à futur n'entraîne pas la litispendance (CACI du 25 avril 2013/215).

La décision admettant ou rejetant une requête de preuve à futur « hors procès » est une décision de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF, puisque la question de l'administration de la preuve requise n'est tranchée que provisoirement dans cette procédure et qu'il sera statué définitivement sur elle dans le procès au fond qui sera introduit ultérieurement (ATF 138 III 46 consid. 1.1 p. 46, consid. 1.2, p. 76 ; 133 III 638 consid. 2).

Les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel sont susceptibles de recours (art. 319 let. a CPC). Selon l'art. 319 let. b CPC, le recours est ouvert contre les ordonnances d'instruction et les décisions autres que finales, incidentes ou provisionnelles de première instance, dans les cas prévus par la loi (ch. 1) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (ch. 2) (Jeandin, CPC commenté, op. cit., n. 11 ad. 319 CPC).

Une décision de refus - même partiel (CACI 1^{er} octobre 2012/452) - d'expertise hors procès peut faire l'objet d'un appel, respectivement d'un recours lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 10'000 fr. (CREC 12 mai 2011/58), car elle a un caractère final. Il en va de même de la décision d'irrecevabilité de la requête faute de compétence (Juge délégué CACI 23 janvier 2012/46). La décision rendue dans une procédure autonome, par laquelle une requête de preuve à futur selon l'art. 158 CPC a été rejetée, constitue d'ailleurs une décision finale au sens de l'art. 90 LTF (ATF 138 III 76 consid. 1.2).

En revanche, selon la jurisprudence vaudoise, la décision admettant la requête de preuve à futur ne peut pas faire l'objet d'un appel. Suivant l'avis de Tappy (Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 121), elle considère en effet qu'il n'y a pas de motif de traiter différemment les décisions sur preuves à futur des autres décisions en matière de preuves, qui sont attaquables immédiatement seulement par un recours stricto sensu et pour autant qu'elles puissent causer un préjudice irréparable, ce qui ne sera en principe pas le cas d'une décision admettant la requête de preuve à futur (CACI 5 septembre 2011/232 ; CACI 26 septembre 2011/271 ; CREC 18 novembre 2011/215). Il en va de même pour la décision rejetant une requête de preuve à futur en cours de procédure au fond (JdT 2014 III 84) ou ordonnant un complément d'expertise sur un nombre de points plus limité que ceux requis par la partie (CACI 22 janvier 2014/37 ; sur le tout : Colombini, Note sur les voies de droit en matière de preuve à futur in JdT

2014 III 85) ou encore refusant d'ordonner une contre-expertise à la suite de l'expertise hors procès déposée (CREC 18 février 2014/67 ; TF 4A_248/2014 du 27 juin 2014 consid. 3.1 ; RSPC 2014 p. 461).

On peut donc tirer de la jurisprudence la règle générale qu'à l'exception du rejet initial de la requête de preuve à futur dans une procédure autonome, soit avant procédure au fond, qui, constituant une décision finale, est susceptible d'appel, toutes les autres décisions de preuve à futur sont soumises au régime de décisions en matière de preuve et ne peuvent faire l'objet que d'un recours, pour autant qu'elles soient susceptibles de provoquer un dommage difficilement réparable.

Le préjudice difficilement réparable doit être nié si le recourant conserve la possibilité de contester la valeur probante de l'expertise dans le cadre de la procédure au fond, l'éventuel préjudice pouvant ainsi être réparé par une décision finale favorable (CREC 24 novembre 2014/414).

La notion de préjudice difficilement réparable est plus large que celle de dommage irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), puisqu'elle vise également les désavantages de fait (JdT 2011 III 86 consid. 3 et les réf. cit. ; CREC du 20 avril 2012/148). La question de savoir s'il existe un préjudice difficilement réparable s'apprécie par rapport aux effets de la décision incidente sur la cause principale, respectivement la procédure principale (ATF 137 III 380 consid. 1.2.2 ; voir aussi arrêt TF 4A_560/2011 du 11 janvier 2012 consid. 2.2). Ainsi, l'art. 319 let. b ch. 2 CPC ne vise pas seulement un inconvénient de nature juridique, imminent, mais toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, pourvu qu'elle soit difficilement réparable. Il y a toutefois lieu de se montrer exigeant, voire restrictif, avant d'admettre la réalisation de cette condition, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu (Jeandin, CPC commenté, op. cit. n. 22 ad art. 319 CPC et les réf. cit. ; CREC 22 mars 2012/117). En outre, un préjudice irréparable de nature juridique ne doit pas pouvoir être

ultérieurement réparé ou entièrement réparé par une décision finale favorable au recourant (ATF 134 III 188 consid. 2.1 et 2.2).

Selon la doctrine et la jurisprudence de la chambre de céans, les ordonnances de preuves et le refus d'ordonner une preuve doivent en règle générale être contestés dans le cadre du recours ou de l'appel contre la décision finale (CREC 17 octobre 2016/419 consid. 4.1 et les réf. cit. ; CREC 26 avril 2016/138 ; Reich, in Baker & McKenzie (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, n. 8 ad art. 319 CPC ; Brunner, in Oberhammer (édit.), Kurzkomentar ZPO, 2^e éd., 2014, nn. 12 et 13 ad art. 319 CPC).

La condition du préjudice difficilement réparable n'est ainsi réalisée que dans des circonstances particulières, par exemple dans le cas où l'ordonnance porterait sur l'audition de vingt-cinq témoins, dont une dizaine par voie de commission rogatoire en vue d'instruire sur un fait mineur et, de surcroît dans un pays connu pour sa lenteur en matière d'entraide, ou encore dans le cas de la mise en oeuvre d'une expertise qui pourrait causer une augmentation importante des frais de la procédure (CREC 17 octobre 2016/419 consid. 4.1 et les réf. cit. ; Blickenstorfer, in Brunner/Gasser/Schwander (éds.), Schweizerische Zivilprozess-ordnung, 2^e éd., 2016, nn. 40 ss ad art. 319 CPC).

Il ne suffit en revanche pas que la partie requise de produire une pièce affirme que celle-ci contient un secret d'affaires pour que le risque d'un dommage irréparable en cas de production de ladite pièce doive être automatiquement admis (TF 4A_712/2011 du 13 février 2012 consid. 2.2.2.). Il n'y a pas non plus de risque de préjudice irréparable dans la preuve à futur ordonnant la production de documents par le recourant en mains du tribunal dès lors que le juge pourra prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde des secrets d'affaires (comme le caviardage de certains passages) à réception de ces documents (CREC 29 juillet 2014/254).

Selon la jurisprudence fédérale (TF 5A_832/2012 du 25 janvier 2013 consid. 7.1.1), pour rapporter la preuve de la vraisemblance d'un intérêt digne de protection à l'administration d'une preuve hors procès, de simples allégations sur le besoin d'évaluer ou de clarifier les chances de succès d'une procédure ou d'une preuve à administrer ne sont pas suffisantes. L'administration d'une preuve avant procès peut être requise uniquement lorsqu'elle se rapporte à une prétention concrète de droit matériel, l'intérêt à faire administrer une preuve dépendant de l'intérêt à faire reconnaître le bien-fondé d'une prétention (ATF 138 III 76 consid. 2.4.2). Le requérant qui motive sa demande d'administration anticipée d'une preuve selon l'art. 158 al. 1 let. b CPC doit ainsi rendre vraisemblable l'existence d'un état de fait sur la base duquel il fonde une prétention de droit matériel contre la partie adverse et dont la preuve peut être rapportée par le moyen de preuve à administrer (ATF 138 III 76 consid. 2.4.2 p. 81 avec les réf. cit.). S'agissant des faits à établir par les moyens de preuve à administrer, on ne saurait toutefois exiger qu'ils soient en soi rendus vraisemblables, sauf à méconnaître le but de l'art. 158 al. 1 let. b CPC, lequel tend précisément clarifier les perspectives de preuve. Si la preuve requise constitue l'unique moyen pour le requérant de prouver sa prétention, on peut se limiter à exiger de sa part qu'il allègue de manière circonstanciée l'existence des faits fondant sa prétention (ATF 138 III 76 consid. 2.4.2 in fine). Le degré de vraisemblance exigé ne doit toutefois pas être trop élevé, s'agissant d'une requête hors procès et non de l'examen au fond du bien-fondé de la prétention.

Hormis à l'égard de la vraisemblance de la prétention principale ou de l'allégation circonstanciée des faits fondant dite prétention, la démonstration de l'existence d'un « intérêt digne de protection » n'est pas soumise à des exigences trop sévères (Fellmann, ZPO Kommentar, op. cit., n. 19 ad art. 158 CPC). Cet intérêt doit en principe uniquement être nié lorsqu'il fait manifestement défaut, ce qui peut notamment être le cas lorsque le moyen de preuve n'est clairement pas approprié.

Il faut finalement tenir compte du fait que, dans le cadre de la procédure de l'art. 158 al. 1 CPC, les preuves sont administrées avant la litispendance, de sorte que l'objet du litige au fond n'est pas encore déterminé avec précision. Par conséquent, il incombe en premier lieu au requérant de fournir au juge les indications nécessaires à l'égard de l'état de fait et de préciser la mesure dans laquelle la preuve requise doit être administrée (Fellmann, ZPO Kommentar, op. cit., n. 20 ad art. 158 CPC).

2.2 La recourante soutient que le premier juge aurait violé l'art. 158 CPC en ordonnant une expertise hors procès alors que les requérants à la preuve à futur n'auraient pas rendu vraisemblable l'existence d'une prétention matérielle concrète contre elle. Ils se seraient en effet limités à alléguer qu'elle aurait été l'organe de révision de [...] SA durant une certaine période et qu'elle pourrait être actionnée en responsabilité, ce qui serait, selon elle, insuffisant. Par ailleurs, le premier juge n'aurait pas examiné les questions une à une pour déterminer s'il s'agissait de questions techniques susceptibles d'être soumises à la preuve par expertise. Enfin, le principe de l'égalité des armes n'aurait pas non plus été respecté, du fait que l'expertise ne serait pas faite sur la base d'un état de fait complet et de toutes les pièces nécessaires. Elle serait ainsi partielle et orientée, l'expert n'ayant pas la version des faits de la recourante par écrit.

2.3 En l'espèce, les intimés ont, comme le premier juge l'a retenu dans sa décision, suffisamment rendu vraisemblable leurs prétentions à l'égard de la recourante. Pour le surplus, on ne discerne pas en quoi la recourante, appelée à participer à la procédure hors procès, serait lésée de manière difficilement réparable parce qu'elle n'aurait pas déposé d'écriture alors qu'elle aura évidemment le droit d'alléguer et d'offrir des preuves dans les écritures qu'elle déposerait dans un éventuel futur procès au fond.

Dans l'arrêt TF 4A_352/2015 du 4 janvier 2016 *in fine* traitant d'une intervention, le Tribunal fédéral a énoncé le considérant suivant : « L'administration de la preuve à futur "hors procès" ne prive pas les parties

du droit de requérir du tribunal saisi de la cause au fond qu'il ordonne que la preuve soit administrée à nouveau. Toutefois, si le tribunal s'estime suffisamment renseigné par l'expertise effectuée à titre de preuve à futur, il peut renoncer à ordonner une nouvelle expertise. L'expertise ordonnée en procédure de preuve à futur a en effet la valeur d'une expertise judiciaire. La recourante s'en prévaut en soutenant que la réparation offerte par l'administration d'une nouvelle expertise au fond ne lui est pas assurée. L'affirmation précitée du Tribunal fédéral ne paraît cependant pas transposable aux cas dans lesquels l'expertise hors procès a pour but, non pas de sauvegarder des preuves établissant par exemple l'existence d'une malfaçon, mais d'évaluer les chances de succès d'une prétention. En effet, par définition l'objet d'une telle expertise évaluative avant-procès diffère d'une expertise administrée dans le procès au fond et donc ne peut exclure une expertise au fond qui n'évalue pas des chances, mais qui tend à prouver des faits fondant des droits.

En définitive, le recours s'avère irrecevable faute de préjudice difficilement réparable.

3. Au vu de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable selon le mode procédural de l'art. 322 al. 1 CPC.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 400 fr. (art. 69 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens aux intimés, ceux-ci n'ayant pas été invités à se déterminer.

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
en application de l'art. 322 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est irrecevable.

- II. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à la charge de la recourante C. _____ SA.

- III. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Carlo Lombardini pour C. _____ SA.
- Mes Jean-Michel Duc et Tania Francfort pour O. _____ et consorts.

La Chambre des recours civile considère que la valeur litigieuse est supérieure 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 la Juge de paix du district de Morges,
- Me Alain Amstutz pour [...], SA,
- Me Yero Diagne pour [...],
- Me Laurent Damond pour [...],
- Me Jacques Michod pour [...],
- Me Jérôme Bénédict pour [...].

La greffière :