

Tribunal fédéral – 4A_132/2020

I^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 8 septembre 2020

Résumé et analyse

Proposition de citation :

BOHNET FRANÇOIS, Compétence matérielle et intérêt digne de protection en matière de preuve à futur. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_132/2020, Newsletter rcassurances.ch novembre 2020

**Newsletter novembre
2020**

Responsabilité
aquilienne, procédure,
preuve à futur,
compétence matérielle
intérêt digne de
protection

Art. 158 al. 2 let. b CPC



COMPÉTENCE MATÉRIELLE ET INTÉRÊT DIGNE DE PROTECTION EN MATIÈRE DE PREUVE À FUTUR

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_132/2020

FRANÇOIS BOHNET

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_132/2020 examine la question de la compétence matérielle et de l'intérêt digne de protection en matière de preuve à futur hors procès lorsqu'une procédure au fond est introduite peu après le dépôt de la requête, avant qu'elle ne soit tranchée.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

L'enfant mineur C. né en 2009 souffre de plusieurs atteintes à sa santé qu'il impute à un antiépileptique commercialisé en Suisse par A. SA et que sa mère avait pris durant sa grossesse sur prescription de son médecin B. L'enfant C. reproche à ceux-ci de ne pas avoir informé sa mère des risques liés à la prise de ce médicament durant la grossesse malgré leur connaissance desdits risques.

C. a déposé le 14 décembre 2018 une demande en paiement à l'encontre de A. SA et dénoncé le litige au médecin B. Il y a sollicité une expertise médicale par un collège d'experts français, afin d'établir le lien de causalité entre les atteintes à sa santé et son exposition in utero, à l'antiépileptique prescrit à sa mère.

De son côté, la Confédération suisse a conclu, dans une procédure distincte introduite le 12 juillet 2019 et dirigée contre A. SA et le médecin B, à ce que le Tribunal de première instance du canton de Genève ordonne, à titre de preuve à futur, une expertise médicale. La Confédération suisse a allégué être subrogée aux droits de l'enfant C. pour les prestations qu'elle lui verse. La Confédération suisse a précisé dans sa requête qu'elle déposerait une requête de conciliation afin de « sauvegarder ses droits [...] en raison de l'acquisition prochaine de la péremption ».

Le 24 août 2019, la Confédération suisse a agi au fond et déposé une requête de conciliation

Le Tribunal de première instance a rejeté la requête de preuve à futur le 11 octobre 2020, faute d'intérêt digne de protection, prononcé confirmé par la Cour de justice le 27 janvier 2020.

C'est contre ce prononcé que la Confédération suisse a interjeté un recours en matière civile le 6 mars 2020.

B. Le droit

La requête de preuve à futur de la Confédération suisse se fonde sur l'art. 158 let. b, 2^e hypothèse, CPC. Elle a pour objet le prononcé d'une expertise visant à **clarifier les chances de succès** d'un procès.

Le Tribunal fédéral retient ce qui suit à son considérant 3 :

3.1. Selon la jurisprudence, la preuve à futur « hors procès » au sens de cette disposition est destinée à 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 toute chance. 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 et de Berne. 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, telle une expertise (ATF 140 III 16 consid. 2.2.2 p. 19 ; 138 III 76 consid. 2.4.2 p. 81 ; arrêts 4A_143/2014 du 23 juin 2014 consid. 3.1 ; 4A_342/2014 du 17 octobre 2014 consid. 3). Il ne faut toutefois pas poser des exigences trop élevées pour la preuve de l'intérêt digne de protection (ATF 140 III 16 consid. 2.2.2 p. 20 ; 138 III 76 consid. 2.4.2 p. 81 s.).

Cette procédure probatoire spéciale de procédure civile (art. 1 CPC ; arrêt 4A_143/2014 précité consid. 3.2) est régie par les dispositions sur les mesures provisionnelles des art. 261 ss CPC (art. 158 al. 2 CPC). La procédure sommaire des art. 248 ss CPC est donc applicable (art. 248 let. d CPC).

3.2. Lorsque la preuve à futur est requise en cours d'instance, c'est le tribunal saisi du procès au fond qui est compétent pour toute preuve à futur. En revanche, lorsque la preuve à futur est requise avant l'introduction d'un procès au fond, le juge saisi de la requête de preuve à futur est compétent.

Si une requête de preuve à futur « hors procès » est déposée alors qu'un procès au fond est déjà pendant, ce qu'il est dès le dépôt de la requête de conciliation (art. 62 al. 1 CPC), le tribunal nouvellement saisi doit se déclarer incompétent. Si une requête de preuve à futur « hors procès » est déposée et que, postérieurement, un procès au fond est introduit, ce qui est le cas dès que la requête de conciliation est introduite, le premier tribunal doit se déclarer incompétent, conformément au principe général selon lequel les conditions de la compétence doivent encore être remplies au moment de la décision (ATF 133 III 539 consid. 4.3 p. 542). Il appartiendra au juge saisi de l'action au fond de procéder à l'administration des preuves, si

nécessaire en preuve à futur, c'est-à-dire antérieurement au stade habituel de l'administration des preuves en procédure ordinaire.

Cette stricte délimitation de compétences s'impose notamment en raison des principes fondamentaux que sont le principe d'économie de procédure (cf. ATF 134 III 188 consid. 2.2 p. 191) et le principe selon lequel le prononcé de décisions contradictoires doit être évité (cf. ATF 124 III 463 consid. 4b/dd p. 466). En effet, il ne serait pas compatible avec ces deux principes d'admettre que le juge saisi d'une requête de preuve à futur reste compétent quand bien même un autre juge a été saisi au fond : cette situation conduirait à ce que deux juges soient saisis, pour des aspects certes potentiellement différents, de la même requête et pourrait mener à des décisions contradictoires.

La compétence du tribunal est une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. b CPC). Le Tribunal saisi doit examiner d'office si les conditions de sa compétence sont remplies (art. 60 CPC), ce qui ne prive par les parties du droit de soulever une exception d'irrecevabilité. Tel est le cas de la compétence matérielle de l'autorité inférieure que l'autorité de recours doit également examiner d'office (arrêt 4A_100/2016 du 13 juillet 2016 consid. 2.1 non publié in ATF 142 III 515).

3.3. En l'espèce, il résulte des constatations de fait que la requérante a déposé une requête de preuve à futur « hors procès » contre la société commercialisant le médicament et contre le médecin qui a prescrit celui-ci le 12 juillet 2019 et que, quelques semaines plus tard, le 24 août 2019, elle a introduit, par requête de conciliation, une action en paiement de 1'533'760 fr. contre les mêmes parties.

Force est dès lors d'admettre qu'à cette date du 24 août 2019, les conditions de la compétence matérielle du tribunal saisi de la requête de preuve à futur « hors procès » ont disparu, de sorte que cette requête devait être déclarée irrecevable.

Bien qu'elle ait confirmé l'ordonnance de première instance qui rejetait la requête, la cour cantonale a en réalité admis l'irrecevabilité de celle-ci. En effet, lorsqu'elle expose que les conditions de recevabilité d'une action doivent être réunies au moment du jugement, que la preuve par expertise sera administrée dans le procès au fond, que la possibilité de faire administrer une preuve de manière anticipée devant un juge différent de celui chargé de trancher le fond du litige est une exception, que l'institution de la preuve à futur ne saurait devenir un moyen de déroger à la procédure ordinaire alors qu'il n'y a pas d'urgence, la cour cantonale statue implicitement sur la délimitation des compétences entre juge du fond et juge de la requête de preuve à futur « hors procès », autrement dit sur l'irrecevabilité de cette dernière requête au vu de l'introduction du procès au fond.

La recourante ne s'en prend nullement à cette répartition des compétences et au moment déterminant pour examiner la compétence, se limitant à affirmer que le but de la disposition est de permettre une telle procédure pour clarifier les chances de succès en tout temps, et donc même lorsqu'un procès au fond est pendant.

Dès lors que le tribunal saisi est devenu incompetent du fait de l'introduction du procès au fond, il n'y a pas lieu d'examiner les conditions de fond de la requête, soit l'intérêt digne de

protection à l'administration d'une expertise « hors procès ». Il s'ensuit qu'il est superflu d'examiner les griefs de la recourante sur cette condition.

III. Analyse

Voici un arrêt surprenant, qui rejette à raison le recours formé par la Confédération suisse, mais par une **substitution de motifs qui n'avait pas lieu d'être**. Le premier juge et la Cour de justice avaient écarté à raison la requête de preuve à futur visant à obtenir une expertise portant sur les chances de succès du procès, faute d'intérêt digne de protection. La requérante avait en effet annoncé dans son acte qu'elle agirait au fond – ce qu'elle a fait peu après –, si bien qu'une expertise visant à déterminer les chances d'un procès alors que celui-ci avait été annoncé puis entamé était privée d'intérêt.

Le Tribunal fédéral retient que c'est, avant la question de l'intérêt digne de protection, celle de la compétence matérielle de juge de la preuve à futur « hors procès » qui devait être examinée. Or cette compétence étant une condition de recevabilité et les conditions de recevabilité devant être réunies au moment du jugement, elle n'était plus donnée à l'heure du prononcé selon le Tribunal fédéral, vu le dépôt de la demande au fond. Ne doit-on cependant pas tenir compte, pour la compétence, de la saisine antérieure ? La preuve à futur suit le régime des mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC). Nul doute que le dépôt d'une demande au fond postérieurement à une requête de mesures provisionnelles ne remet pas en cause la compétence du juge des mesures provisionnelles. Le Tribunal fédéral le retient par exemple pour le partage de compétence en matière de mesures protectrices et de mesures provisionnelles de divorce¹ : la procédure de mesures protectrices ne devient pas sans objet une fois la demande en divorce déposée, le juge des mesures protectrices demeurant en effet compétent pour la période antérieure à la litispendance, et ce, même s'il ne rend sa décision que postérieurement. En matière d'annulation d'une décision de l'assemblée générale de la SA (art. 706 al. 1 CO), il est aussi fréquent que des mesures provisionnelles visant le blocage du registre du commerce et d'autres interdictions soient prises et qu'une requête de conciliation soit ensuite déposée pour respecter le délai de déchéance de deux mois (art. 706a al.1 CO), avant que le prononcé de mesures provisionnelles ne soit intervenu, sans que la compétence du juge des mesures provisionnelles ne soit remise en cause.

A notre sens, le juge de la preuve à futur ne perd pas sa compétence lorsqu'une demande au fond est déposée avant son prononcé. **C'est la situation au moment du dépôt de la requête qui est pertinente, et ce quel que soit le motif invoqué à l'appui de la requête**. Lorsque la preuve risque de se perdre, une perte de compétence ne peut pas se concevoir au vu de l'urgence de la situation : devoir saisir à nouveau le juge du fond parce que le premier juge ne s'est pas encore prononcé ne saurait se justifier. Seule l'absence d'intérêt digne de protection peut conduire à l'irrecevabilité dans un tel cas, par exemple parce que la partie déposerait une requête de preuve à futur en invoquant une preuve destinée à se perdre et agirait devant le juge du fond (dans l'hypothèse où la conciliation préalable n'est pas requise) un jour plus tard²

¹ ATF 138 III 646.

² Comp. TF 5A_139/2010 consid. 2.5 : « Wie gesehen wäre der Eheschutzrichter vorliegend lediglich für eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge für eine Dauer von fünf Tagen zuständig gewesen. Das Obergericht hat dafürgehalten, für eine Abänderung von so kurzer Dauer fehle der Beschwerdeführerin jegliches Rechtsschutzinteresse ».

L'intérêt digne de protection est une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. a CPC). Faute d'intérêt, pas d'action. Une fois la procédure au fond entamée, il n'y a plus de place pour une preuve à futur visant à déterminer les chances de succès du procès (art. 158 let. b, 2^e hypothèse, CPC). Le fait que la procédure de conciliation pourrait éventuellement être suspendue dans l'attente du résultat de l'expertise ne permet pas à notre avis d'admettre l'existence d'un tel intérêt. Une suspension ne peut pas être obtenue unilatéralement en conciliation, la procédure devant suivre rapidement son cours (art. 203 al. 4 CPC).

Le Tribunal fédéral retient que l'intérêt digne de protection de l'art. 158 let. b, 2^e hypothèse, CPC compte parmi les « conditions de fond » de la requête. Or l'intérêt se rattache par nature à l'action et non au fond. Il s'agit d'une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let a CPC). Il ne saurait en aller autrement à l'art. 158 let. b, 2^e hypothèse, CPC.

Il est dès lors exact que la requête de preuve à futur était en l'espèce irrecevable. Mais faute d'intérêt (art. 59 al. 2 let. a et 158 let. b, 2^e hypothèse, CPC), et non faute de compétence matérielle (art. 59 al. 2 let. b CPC).