

Un enfant mineur souffre de plusieurs atteintes à sa santé qu'il impute à un antiépileptique, commercialisé en Suisse que sa mère avait pris durant sa grossesse sur prescription de son médecin. Il dépose une demande en paiement à l'encontre de la société qui commercialise le médicament et dénonce le litige au médecin (première procédure).

En juillet 2019, la Confédération suisse dépose une requête de preuve à future tendant à la mise en œuvre d'une expertise médicale à l'encontre de la société qui commercialise le médicament et du médecin (deuxième procédure). La Confédération suisse y allègue être subrogée aux droits de l'enfant pour les prestations AVS/AI qu'elle lui verse. L'enfant a formé une requête d'intervention accessoire dans cette deuxième procédure (deuxième procédure, objet du présent arrêt).

En août 2019, la Confédération suisse dépose une requête de conciliation et conclut à ce que la société qui commercialise le médicament et le médecin soient condamnés à lui verser CHF 1'533'760.- (troisième procédure). Ladite procédure est **suspendue jusqu'à droit connu sur la requête de preuve à futur**. La requête de preuve à futur déposée en juillet 2019 par la Confédération (deuxième procédure) est finalement rejetée.

Le TF rejette le recours déposé par la Confédération à l'encontre de cette décision. **Le tribunal saisi de la requête de preuve à futur est devenu incompétent du fait de l'introduction du procès au fond quelques semaines plus tard ; point n'est dès lors besoin d'examiner les conditions de fond de ladite requête d'expertise hors procès**, soit l'intérêt digne de protection à l'administration d'une expertise hors procès.

Auteure : Amandine Torrent, avocate à Lausanne

Recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 27 janvier 2020 par la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève (C/16036/2019, ACJC/147/2020).

Faits :

A.

L'enfant mineur C., né le... 2009, souffre de plusieurs atteintes à sa santé qu'il impute à un antiépileptique, la xxx, qui est commercialisé en Suisse par A. SA et que sa mère avait pris durant sa grossesse sur prescription de son médecin, B. Il 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.

Il perçoit des prestations de l'AVS/AI. Le montant capitalisé total des prestations devant encore lui être versées est estimé à 1'527'555 fr. (complètement selon l'art. 105 al. 2 LTF).

B.

B.a. Le 14 décembre 2018, C. a déposé une demande en paiement à l'encontre de A. SA (procédure C/11963/2018; ci-après: la première procédure). Il a dénoncé le litige à B.

C. y a sollicité de faire l'objet d'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 la xxx.

B.b. Par requête du 12 juillet 2019, la Confédération suisse a conclu, dans une procédure distincte dirigée contre A. SA et B. (procédure C/16036/2019; ci-après: la deuxième procédure), 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 C. pour les prestations qu'elle lui verse. C. a formé une requête d'intervention accessoire dans cette deuxième procédure.

La Confédération suisse a également indiqué qu'elle déposerait une requête de conciliation afin de " sauvegarder ses droits [...] en raison de l'acquisition prochaine de la péremption ".

B.c. Le 24 août 2019, la Confédération suisse a déposé une requête de conciliation et conclu à ce que A. SA et B. soient condamnés à lui verser 1'533'760 fr. Cette requête fait l'objet de la procédure C/19662/2019 (ci-après: la troisième procédure), suspendue jusqu'à droit jugé par la Cour de justice sur la requête de preuve à futur.

B.d. Dans la deuxième procédure, qui est l'objet de la procédure devant la Cour de céans, le Tribunal de première instance du canton de Genève a, par ordonnance du 11 octobre 2019, admis l'intervention accessoire de l'enfant mineur C. et, faute d'intérêt digne de protection, rejeté la requête de preuve à futur.

B.e. Statuant le 27 janvier 2020, la Cour de justice du canton de Genève a confirmé l'ordonnance du Tribunal de première instance.

En bref, elle a considéré que la requête de preuve à futur de la requérante ne visait pas à lui permettre de clarifier les chances de succès d'un procès futur puisqu'elle avait déjà intenté ledit procès et qu'elle en avait déjà annoncé le dépôt imminent dans sa requête. Elle a par ailleurs écarté toutes les objections de la requérante, les considérant comme non pertinentes.

C.

Le 6 mars 2020, la Confédération suisse a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt cantonal. Elle a conclu à son annulation et à l'admission de sa requête de preuve à futur. Elle requiert, de plus, que le Tribunal fédéral ordonne une expertise suivant les conclusions qu'elle a prises le 12 juillet 2019 et, subsidiairement, que la cause soit renvoyée à l'autorité cantonale pour que celle-ci ordonne ladite expertise.

Par courrier du 9 mars 2020, la Confédération suisse a indiqué qu'elle avait omis de mentionner l'enfant mineur C. sur la page de garde du recours en matière civile, celui-ci étant intervenant accessoire et représenté par les mêmes avocats qu'elle-même.

Par réponse du 1er avril 2020, A. SA a conclu au rejet du recours.

Par réponse du 1er mai 2020, B. (ci-après: le médecin) a conclu à l'irrecevabilité du recours.

Le 19 mai 2020, la Confédération suisse (ci-après: la requérante) a présenté des observations et persisté dans ses conclusions.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 138 III 46 consid. 1 p. 46; ATF 137 III 417 consid. 1 p. 417 et les arrêts cités).

La décision qui rejette une requête de preuve à futur " hors procès ", c'est-à-dire une requête d'administration d'un moyen de preuve, comme une expertise, formée avant tout procès sur le fond, est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF car elle met fin à la procédure (ATF 138 III 46 consid. 1.1 p. 46; arrêt 4A_352/2015 du 4 janvier 2016 consid. 1, non publié in ATF 142 III 40; à propos de la décision - incidente (art. 93 al. 1 let. a LTF) - qui ordonnerait l'administration d'une telle preuve, cf. les mêmes arrêts et l'arrêt 4A_248/2014 du 27 juin 2014 consid. 1.2.3).

En l'espèce, la requête de preuve à futur formée avant tout procès sur le fond a été rejetée par le Tribunal de première instance, décision confirmée sur appel par la Cour de justice. Elle est donc finale (art. 90 LTF).

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision rendue sur appel par le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF) dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF) dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est en principe recevable.

2.

Les décisions rejetant une requête de preuve à futur " hors procès " sont des 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, cas échéant, introduit ultérieurement (ATF 138 III 46 consid. 1.1 p. 46, 76 consid. 1.2 p. 79; 133 III 638 consid. 2 p. 638; arrêt 4A_352/2015 précité consid. 2).

Seule la violation des droits constitutionnels peut dès lors être invoquée, y compris lorsque le recours vise une décision sur la compétence du juge saisi pour ordonner la preuve à futur (ATF 138 III 555 consid. 1 p. 557).

Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés (art. 106 al. 2 LTF), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 135 III 232 consid. 1.2 p. 234; 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254; 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Pour satisfaire à cette exigence, le recourant doit indiquer précisément quelle disposition constitutionnelle a été violée et démontrer par une argumentation précise en quoi consiste la violation (principe d'allégation).

S'il se plaint d'arbitraire (art. 9 Cst.), il ne peut se contenter de critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où la juridiction supérieure jouit d'une libre cognition; en particulier, il ne saurait se limiter à opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais il doit démontrer par une argumentation précise que cette décision se fonde sur une application de la loi ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables (cf. ATF 129 I 113 consid. 2.1 p. 120; 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (cf. ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261 s.; 125 I 492 consid. 1b p. 495).

Par ailleurs, en vertu des principes de la bonne foi et de l'épuisement des griefs (art. 75 al. 1 LTF), tous les moyens nouveaux sont exclus dans le recours en matière civile au sens de l'art. 98 LTF, que ceux-ci relèvent du fait ou du droit, sauf dans les cas où seule la motivation de la décision attaquée donne l'occasion de les soulever (ATF 133 III 638 consid. 2 p. 638; arrêts 5A_577/2010 du 18 octobre 2010 consid. 1.2. publié in SJ 2011 I 101; 5A_871/2009 du 2 juin 2010 consid. 2; 5A_679/2011 du 10 avril 2012 consid. 2).

Saisi d'un recours en matière civile en matière de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF et disposant ainsi d'un pouvoir d'examen limité, le Tribunal fédéral ne peut procéder à une substitution de motifs que pour autant que la nouvelle motivation, conforme à la Constitution, n'ait pas été expressément écartée par l'autorité cantonale (ATF 138 III 636 consid. 4.3 p. 638 et les arrêts cités).

3.

La requérante a invoqué l'art. 158 let. b, 2^{de} hypothèse, CPC, requérant l'administration d'une expertise pour clarifier les chances de succès d'un procès, ce qui n'est pas contesté.

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 incompétent 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.

4.

Au vu de ce qui précède, le recours en matière civile est rejeté par substitution de motifs, sans qu'il soit besoin de modifier le dispositif de l'ordonnance de première instance, le rejet ayant en l'espèce le même effet que l'irrecevabilité.

Les frais judiciaires et les dépens sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 66 al. 1 et art. 68 al. 1 et 2 LTF), l'art. 66 al. 4 n'étant en l'espèce pas applicable dans la mesure où

l'intérêt patrimonial de celle-ci est en cause (SEILER, in Seiler et al. (édit.), Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2e éd., 2015, no 57 ad art. 66 LTF et les références).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 7'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera 8'000 fr. à chacun des intimés.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à l'enfant mineur C. et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile.