JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 janvier 2012

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffière: Mme Bertholet

*****

Art. 13, 158 et 308 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.B._____** et **B.B._____**, à Chesières, requérants, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 19 octobre 2011 par le Juge de paix du district d'Aigle dans la cause divisant les appelants d'avec **Z._____**, à Troistorrents, et **Y._____**, à Winterthour, intimés, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 19 octobre 2011, communiquée le même jour aux parties, le Juge de paix du district d'Aigle a déclaré irrecevable la requête de preuve à futur déposée par A.B._____ et B.B._____ contre Z._____ et Y._____ (I), arrêté à 400 fr. les frais judiciaires, qui étaient compensés avec l'avance de frais des requérants (II) et dit que ces derniers verseraient à chacune des parties intimées Z._____ et Y._____ la somme de 1'000 fr. à titre de dépens, représentant le défraiement de leurs représentants professionnels (III).

En droit, le premier juge a examiné sa compétence à raison du lieu au regard de l'art. 13 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272). Il a considéré, notamment à la lumière de l'ATF 125 III 451, qu'en présence d'une clause exclusive de prorogation de for, cet article ne permettait aux parties de requérir la protection provisoire d'un tribunal autre que celui désigné par elles à titre exclusif que lorsque ce tribunal était seul à même d'ordonner en temps utile une mesure immédiatement exécutoire. Constatant qu'en l'espèce rien ne permettait de considérer qu'il serait le seul à même d'ordonner en temps utile une expertise à futur, le premier juge a déclaré irrecevable la requête déposée devant lui le 29 juillet 2011.

B. Par acte du 31 octobre 2011, A.B._____ et B.B._____ ont fait appel de cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que le Juge de paix du district d'Aigle soit déclaré compétent pour statuer sur la requête de preuve à futur déposée le 29 juillet 2011 et, subsidiairement, à l'annulation de cette ordonnance, la cause étant renvoyée au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le même jour, A.B._____ et B.B._____ ont déposé un recours, ayant un contenu identique à l'appel susmentionné, auprès de la

Chambre des recours civile pour l'hypothèse où la Cour de céans considérerait que la valeur litigieuse de 10'000 fr. n'était pas atteinte. Ils ont déclaré qu'ils retireraient ce recours si la Cour d'appel civile déclarait l'appel recevable.

Dans une réponse à l'appel déposée spontanément et prématurément le 17 novembre 2011, Z._____ a contesté la recevabilité ratione valoris de l'appel et a conclu, avec suite de dépens, à son rejet dans la mesure où il devait s'avérer recevable.

Invitée à déposer une réponse à l'appel, l'intimée Z._____ s'est référée le 19 janvier 2012 à son écriture du 17 novembre 2011.

Le 1er décembre 2011, les appelants ont transmis à la Cour de céans une copie du courrier de leur architecte, [...], daté du 30 novembre 2011, qui informait le conseil des appelants que l'entreprise mandatée pour exécuter les travaux d'aménagements intérieurs du chalet avait estimé le coût de ces travaux à 65'610 fr., toutes taxes comprises.

Dans sa réponse du 20 janvier 2012, Y._____ a conclu, avec suite de dépens, au rejet de l'appel.

C. Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base de l'ordonnance entreprise complétée par les pièces du dossier :

1. A.B._____ et B.B._____, requérants, ont entrepris la construction d'un chalet sur une parcelle dont ils sont propriétaires à Chesières, sur le territoire de la commune d'Ollon.

Par contrat des 9 et 13 février 2007, ils ont confié à l'entreprise Z._____, intimée, les travaux de charpente et de menuiserie. L'art. 4 de ce contrat, intitulé "For selon art. 37 de la norme S.I.A.", prévoyait qu'en cas de contestation le for serait à Lausanne.

Les travaux ont coûté 808’042 fr., toutes taxes comprises.

Terminé en octobre 2007, l’ouvrage a été réceptionné le 1er décembre 2009.

Ayant constaté, en fin d'année 2010, un écartement des joints des lambris des plafonds sous la toiture, laissant apparaître à plusieurs endroits un espace ouvert entre les lames de 10 à 20 mm, par lequel on pouvait voir le pare-vapeur, les requérants ont adressé, par courrier recommandé du 6 janvier 2011, un avis des défauts à l’entreprise Z._____, qui a contesté toute responsabilité dans la survenance desdits défauts, par lettre du 12 janvier 2011.

Les travaux étant garantis par un cautionnement solidaire de la société Y._____, intimée, à concurrence d’un montant de 80’000 fr., valable du 30 novembre 2009 au 29 novembre 2011, les requérants lui ont, par pli recommandé du 24 juin 2011, dénoncé le cas et annoncé leur intention de confier l'exécution des travaux de réparation à une tierce entreprise de leur choix.

Le 18 juillet 2011, Y._____ a déclaré aux requérants que la garantie ne pouvait être libérée.

2. Le 29 juillet 2011, les requérants ont saisi le Juge de paix du district d’Aigle d’une requête de preuve à futur dirigée contre les intimées, tendant à la mise en oeuvre d’une expertise à futur aux fins, en substance, de constater les problèmes affectant les lambris des plafonds du chalet litigieux, d'en déterminer les causes et de chiffrer le coût d'une remise en état.

Dans ses déterminations du 6 et 17 octobre 2011, Y._____ a soulevé l'incompétence ratione loci du premier juge et a requis que cette question soit tranchée préalablement. Pour le surplus, elle ne s'opposait pas au principe de l’expertise, mais à la désignation de l’expert proposé, et critiquait en outre le questionnaire proposé par les requérants.

Dans ses déterminations du 17 octobre 2011, Z._____ a contesté la compétence du premier juge et l'intérêt légitime des requérants; elle a conclu, principalement, à l'irrecevabilité de la requête de preuve à futur et, subsidiairement, à la désignation en qualité d'expert d'un spécialiste reconnu dans les métiers du bois et à ce que l'expert soit invité à se déterminer sur quatre questions complémentaires.

En droit :

1. **a)** 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).

L'ordonnance querellée porte sur une requête de preuve à futur, au sens de l'art. 158 CPC, à laquelle sont applicables les dispositions sur les mesures provisionnelles (al. 2). Au regard de ce renvoi, une lecture stricte de la loi permettrait d'ouvrir la voie de l'appel à l'encontre de toutes les décisions sur preuve à futur, positives ou négatives, dans les affaires patrimoniales d'une valeur litigieuse de 10'000 fr. au moins.

b) Cependant, une application stricte du Code de procédure civile, appliquant aux décisions sur preuve à futur les dispositions relatives aux mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC) et conduisant à admettre la recevabilité de l'appel à l'encontre de toutes les décisions sur preuves à futur, aussitôt la valeur litigieuse minimale atteinte (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC; en ce sens: Fellmann, in Sutter-Somm /Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich/Bâle/Genève 2010, n. 43 ad art. 158 CPC, p. 984), n'est pas satisfaisante. Elle revient en effet à traiter différemment les décisions sur preuve à futur des autres décisions en matière de preuve, lesquelles sont attaquables immédiatement uniquement par un recours

stricto sensu et pour autant qu'elles puissent causer un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC. Une telle différence de traitement n'ayant guère de justification, certains auteurs préconisent de soumettre contra legem les décisions qui admettent ou rejettent une requête de preuve à futur au régime de recours applicable aux autres décisions et ordonnances d'instruction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 115, spéc. p. 122 note infrapaginale 21 et la référence citée; Schmid, Schweizerische Zivilprozessordnung Kurzkommentar, Bâle 2010, n. 10 ad art. 158 CPC, p. 649). Dans plusieurs arrêts, la Cour de céans a suivi cette dernière opinion en jugeant que les décisions qui admettent la preuve à futur sont soumises aux mêmes voies de recours que les autres décisions et ordonnances d'instruction (CACI 13 octobre 2011/301, 26 septembre 2011/271, 5 septembre 2011/232).

c) En l'espèce, le premier juge ayant mis fin à la procédure par une décision d'irrecevabilité, il a rendu une décision finale au sens de l'art. 236 al. 1 CPC (cf. TF 4A_635/2011 du 10 janvier 2011 c. 1.1), de sorte que l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et 308 al. 2 CPC).

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, Z._____ conteste que la valeur litigieuse de 10'000 fr. soit atteinte. Compte tenu des éléments exposés dans la requête d’expertise à futur et des pièces produites – dont il ressort notamment que le coût des travaux confiés à Z._____ s’est élevé à plus de 800'000 fr. et que les défauts invoqués affectent la totalité des plafonds dans une proportion de 15% à 30% –, ainsi que du courrier de l’architecte [...] du 30 novembre 2011, produit le 1er décembre 2011 par les appelants, qui se réfère à un devis de 65'610 fr., toutes taxes comprises, pour les travaux visant à remédier aux défauts

allégués, il n’est pas douteux que la valeur litigieuse soit supérieure à 10'000 francs.

Soumise aux dispositions relatives aux mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC), l'ordonnance querellée a été rendue en procédure sommaire (art. 248 let. d CPC). Par conséquent, 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). Selon l'art. 142 CPC, les délais déclenchés par la communication d'une décision courent dès le lendemain de celle-ci (al. 1). Si le dernier jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit (al. 3). En l'espèce, le jugement entrepris a atteint les appelants le 20 octobre 2011. Echéant le dimanche 30 octobre 2011, le délai de dix jours a été reporté au lundi 31 octobre suivant, date à laquelle le recours a été expédié.

Ainsi, 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. Cela étant, le recours est sans objet.

2. **a)** 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 (Jeandin, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l’appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250). Le large pouvoir d’examen en fait et en droit ainsi défini s’applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2).

b) 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 (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 et les références citées).

Le courrier produit par les appelants le 1er décembre 2011 est daté du 30 novembre 2011. Dès lors qu'il ne pouvait être produit en première instance, il est recevable.

3. **a)** Les appelants reprochent au premier juge d'avoir considéré à tort que la clause de prorogation de for contenue dans le contrat principal excluait le for de l'exécution prévu par l'art. 13 let. b CPC, respectivement d'avoir subordonné à tort la saisine du tribunal du lieu de l'exécution à la condition que ce dernier soit le seul à même d'ordonner en temps utile une mesure immédiatement exécutoire. Selon les appelants, un tel raisonnement contreviendrait au texte légal, dès lors que le for du lieu de l'exécution n'est soumis à aucune condition et que le caractère impératif de l'art. 13 CPC vaut aussi bien pour l'alternative que pour les deux fors en question, excluant ainsi toute prorogation de for contraire (cf. appel, p. 6).

b) 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).

c) L'art. 13 CPC prévoyant des fors alternatifs, le requérant peut librement choisir s'il veut déposer sa requête devant le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale – étant précisé que s'il existe plusieurs fors possibles pour l'action principale, il peut agir devant n'importe lequel des tribunaux compétents sur le fond, y compris si cette compétence résulte d'une clause de prorogation de for au sens de l'art. 17 CPC (Berti, op. cit., n. 9 ad art. 13 CPC ; Sutter-Somm/Klingler, op. cit., n. 18 ad art. 13 CPC; cf. Haldy, op. cit., n. 5 ad art. 13 CPC) – ou devant le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (Berti, op. cit., n. 9 et 11 ad art. 13 CPC; Sutter-Somm/Klingler, op. cit., n. 15 ad art. 13 CPC).

Les fors prévus par l'art. 13 CPC, sous réserve de dispositions contraires de la loi – telles que l'art. 23 CPC pour les requêtes et actions fondées sur le droit du mariage et l'art. 24 CPC pour les requêtes et actions en matière de partenariat enregistré (Haldy, op. cit., n. 2 ad art. 13 CPC; Sutter-Somm/Klingler, op. cit., n. 15 ad art. 13 CPC) – sont impératifs. Cela signifie, d'une part, que les parties ne peuvent y déroger, conformément à l'art. 9 al. 2 CPC (Berti, op. cit., n. 12 ad art. 13 CPC; Treis, op. cit., n. 15 ad art. 13 CPC, p. 70), et, d'autre part, qu'il n'y a pas d'acceptation tacite (art. 18 CPC) possible (Berti, op. cit. n. 12 ad art. 13 CPC; Treis, op. cit., n. 15 ad art. 13 CPC; Haldy, op. cit., n. 5 ad art. 13 CPC). Le caractère impératif porte également sur le caractère alternatif des fors prévus par l'art. 13 CPC (Berti, op. cit., n. 12 ad art. 13 CPC; Sutter-Somm/Klingler, op. cit., n. 15 ad art. 13 CPC). Il s'ensuit que même lorsqu'elles ont convenu d'une prorogation de for pour l'action principale, les parties restent libres de demander des mesures provisionnelles devant le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée.

d) Sur le vu de ce qui précède, la clause de prorogation de for prévue à l'art. 4 du contrat d'entreprise liant les appelants à l'intimée Z._____ ne saurait valablement exclure la compétence du tribunal du lieu où la mesure (provisionnelle) doit être exécutée, respectivement contraindre les appelants à requérir une preuve à futur au for (prorogé) de l'action principale. Les appelants étaient au contraire libres de requérir une expertise à futur devant le juge de paix – qui, avant la litispendance, est l'autorité compétente pour statuer sur les requêtes de preuve à futur s'agissant de la preuve par expertise ou par inspection locale (art. 44a al. 1 CDPJ [code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]) – du district d'Aigle, où cette mesure devait être exécutée.

Par ailleurs, c'est à tort que le premier juge s'est référé à l'ATF 125 III 451 (traduit au JdT 2000 I 163) pour retenir que, lorsque les parties ont convenu d'une prorogation de for pour l'action principale, il n'est possible de requérir une protection provisoire d'un tribunal autre que celui qui a été désigné à titre exclusif dans la clause de prorogation de for que lorsque ce tribunal est seul à même d'ordonner en temps utile une mesure immédiatement exécutoire, condition qui selon le premier juge n'est pas remplie en l'espèce. En effet, l'ATF 125 III 451 concernait l'application de l'art. 24 aCL (Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale; RS 0.275.12) et a été rendu en 1999, soit non seulement bien avant l'entrée en vigueur du CPC, mais aussi avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les fors. Or – outre le fait que la présente espèce ne comprend aucun caractère international, au contraire du cas jugé à l'ATF 125 III 451 –, on ne saurait au regard du texte clair de l'art. 13 CPC, qui prévoit expressément et sans autre condition deux fors alternatifs impératifs pour les mesures provisionnelles (c. 3c supra), appliquer entre les deux options énoncées par l'art. 13 al. 1 let. a et b CPC – qui sont dans un rapport purement alternatif, l'opportunité de recourir à l'une ou à l'autre ne dépendant que du seul choix du requérant – une relation de subsidiarité telle que celle retenue par le Tribunal fédéral entre les fors de l'art. 24 aCL et ceux destinés à régler le litige sur le fond (cf. dans le

même sens déjà, sous l'empire de l'art. 33 aLFors, Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, n. 30 s. et 46 ad art. 33 LFors).

En considérant, sur la base d'une jurisprudence qui n'est pas applicable à la présente espèce, que les appelants ne pouvaient pas, en raison de la clause de prorogation de for, requérir une expertise à futur du tribunal du lieu où cette mesure devait être exécutée, le premier juge a violé l'art. 13 CPC.

4. **a)** Il résulte de ce qui précède que l'appel, fondé, doit être admis. L'ordonnance attaquée sera réformée au chiffre I de son dispositif en ce sens que le Juge de paix du district d'Aigle est compétent pour statuer sur la requête de preuve à futur déposée le 29 juillet 2011 par A.B._____ et B.B._____; elle sera annulée pour le surplus, la cause étant renvoyée au Juge de paix du district d'Aigle pour nouveau jugement.

b) Les intimées, qui succombent, supporteront – à parts égales (art. 106 al. 3 CPC) – les frais judiciaires de deuxième instance (art. 106 al. 1 CPC), qui doivent être arrêtés à 800 fr. (cf. art. 65 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]). Ces frais judiciaires seront compensés avec l'avance fournie par les appelants (art. 111 al. 1 CPC), dont ceux-ci peuvent réclamer la restitution aux intimées (art. 111 al. 2 CPC).

c) Les intimées, à parts égales, verseront aux appelants une indemnité de 3'000 fr., comprenant 2'200 fr. de dépens de deuxième instance (art. 2 al. 1, 3, 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]) et 800 fr. à titre de restitution d'avance de frais de deuxième instance. Cette indemnité sera donc supportée par Z._____ à concurrence de 1'500 fr. et par Y._____ à concurrence de 1'500 francs.

Par ces motifs,
le juge délégué 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.

II. Le recours est sans objet.

III. L'ordonnance est réformée au chiffre I de son dispositif en ce sens que le Juge de paix du district d'Aigle est compétent pour statuer sur la requête de preuve à futur déposée le 29 juillet 2011 par A.B._____ et B.B._____; elle est annulée pour le surplus et la cause est renvoyée au Juge de paix du district d'Aigle pour un nouveau jugement.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge des intimées Z._____ et Y._____, chacune pour moitié.

V. Les intimées Z._____ et Y._____, chacune pour moitié, verseront aux appelants A.B._____ et B.B._____ une indemnité de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué : La greffière :

Du 30 janvier 2012

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

La greffière :

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 Thibault Blanchard (pour A.B._____ et B.B._____),
- Me Jean-Yves Rebord (pour Z._____),
- Me Daniel Pache (pour Y._____)

Le juge délégué de la Cour d’appel 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).

La greffière :