

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 20 février 2019

Composition : M. SAUTEREL, président
Mme Merkli et M. Pellet, juges
Greffière : Mme Egger Rochat

* * * * *

Art. 319 let. b ch. 2 CPC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **V._____ SA**, à [...], défenderesse et requérante, contre la décision rendue le 20 décembre 2018 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant la recourante d'avec **S._____ LIMITED**, à [...] [...], demanderesse et intimée, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1. S._____ Limited est une société à responsabilité limitée, [...].

V._____ SA est une société anonyme dont le but est [...].

2. Les parties ont notamment collaboré dans le cadre du développement par V._____ SA, d'un système d'exploitation « [...] ».

Les 18 mars et 15 juillet 2013, elles ont conclu deux contrats portant sur des services fournis par deux ingénieurs de la demanderesse en faveur de la défenderesse.

Par la suite, S._____ Limited a transmis à V._____ SA diverses factures concernant lesdits services, impayées à ce jour.

3.

3.1 Le 13 octobre 2017, S._____ Limited a ouvert une action en paiement contre V._____ SA auprès de la Chambre patrimoniale cantonale.

Le 9 avril 2018, V._____ SA a déposé sa réponse et a produit des pièces sous bordereau mentionnant une pièce 18 intitulée « Code 3.4 et 3.5 », dont la production ultérieure a été annoncée. La défenderesse a notamment conclu, à titre de mesures d'instruction, à ce que toutes les versions dudit code soient reconnues comme des secrets d'affaires et que seul l'expert à désigner y ait accès (1), ainsi qu'à ce qu'un délai lui soit imparti pour produire les différentes versions du code sous un format à déterminer avec l'expert (2).

La pièce 18 précitée a été offerte comme moyen de preuve en relation avec les allégués 116, 117, 119 à 122, 125 à 127, 130 à 132, 135, 139 et 140 de la réponse, desquels il ressort en substance que V._____ SA fait grief aux ingénieurs de S._____ Limited d'avoir réécrit et rendu

inexploitables les versions « 3.4 » et « 3.5 » d'un code informatique « 3.1 » initialement opérant, obligeant ses équipes de développement à réécrire complètement ledit code.

Le 4 juillet 2018, S._____ Limited s'est opposée à la requête de V._____ SA en concluant à ce que l'accès à l'intégralité des versions du code informatique en question, y compris le code source, ainsi qu'aux registres et répertoires au sein desquels ont été consignées les informations relatives aux modifications apportées à ce code y compris notamment l'historique de tous les changements à la gestion de la configuration ("configuration management") qui indique quelle personne a effectué quelles modifications et à quelle date/heure, soit octroyé à ses conseils avec l'obligation, sous menace de l'art. 292 CP, de maintenir ces éléments absolument secrets vis-à-vis de tout tiers, sauf de [...] (1), et à ce que l'accès à l'intégralité des éléments précités [versions...heure], soit octroyé à [...], sous réserve qu'il signe le document annexé intitulé « *Confidentiality undertaking* » (2). La demanderesse précisait qu'il était important que ce processus puisse avoir lieu en amont de la rédaction de la réplique, afin qu'elle puisse se déterminer utilement sur la réponse.

Le 20 juillet 2018, V._____ SA a principalement conclu au rejet des conclusions prises le 4 juillet 2018 par la demanderesse et à ce que soient ordonnées les mesures requises dans la conclusion 1 de sa réponse du 9 avril 2018 (1). Subsidiairement, elle a conclu à la convocation d'une audience pour entendre les parties et tenter la conciliation sur l'incident décrit dans le courrier du 4 juillet 2018 précité (2). Plus subsidiairement, elle a conclu à ce que toutes les versions du code soient reconnues comme des secrets d'affaires, à ce que la demanderesse n'y ait accès que dans les locaux de la défenderesse, sans avoir le droit d'en prendre copie et sans usage d'un quelconque appareil informatique ou de prise de vue (ordinateur, smartphone, clé USB), à ce que les notes manuscrites prises à cette occasion ne contiennent aucune copie du code et à ce qu'elles soient contrôlées par un notaire indépendant ou toute autre personne désignée par le tribunal (3).

Le 26 juillet 2018, le premier juge a informé les parties qu'une audience ne paraissait pas utile, les parties ayant eu l'occasion de s'exprimer de manière complète sur la question de l'accès à la pièce 18.

Le 14 août 2018, S._____ Limited s'est déterminée sur le courrier précité et a maintenu ses conclusions prises le 4 juillet 2018.

3.2 Par prononcé du 11 septembre 2018, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a rejeté la requête formée le 9 avril 2018 par V._____ SA tendant à ce que la pièce 18 ne soit consultable que par l'expert à désigner (I) et a dit que la prise de connaissance par la demanderesse S._____ Limited de la pièce 18 serait limitée aux éléments nécessaires à la procédure (II).

Par arrêt du 16 octobre 2018, la chambre de céans a rejeté le recours déposé par V._____ SA contre le prononcé précité et a confirmé celui-ci.

4. Le 6 novembre 2018, V._____ SA a sollicité du premier juge, tout en se référant aux considérants 3.2 et 5.3 de l'arrêt rendu par la chambre de céans, qu'il indique les étapes procédurales à venir et concrétise les instructions de la Chambre des recours civile quant à la précision à apporter (i) aux modalités de consultation des documents et (ii) aux éléments du code d'accès qui relèvent du litige à instruire dans la procédure au fond ou de l'intervention de S._____ Limited. La défenderesse et requérante a réitéré la fixation d'une audience d'instruction aux fins de permettre aux parties de s'accorder sur lesdites modalités.

5. Le 20 décembre 2018, le premier juge a impartit à V._____ SA un délai au 22 janvier 2019 pour produire la pièce 18 de son bordereau. Il s'est référé à l'ordonnance du 11 septembre 2018 dans laquelle il avait indiqué que cette pièce était accessible à la demanderesse.

6. Par acte du 11 janvier 2019, V._____ SA a recouru contre la décision susmentionnée en concluant, avec suite de frais, préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et, principalement, à son annulation et au renvoi de la cause au premier juge afin qu'il fixe les modalités de consultation de la pièce 18, après avoir donné l'occasion aux parties de s'exprimer à cet égard, étant précisé que c'est une fois les modalités de consultation définitivement fixées qu'elle devra indiquer au premier juge quels sont les éléments du code qui relèvent du litige à instruire dans la procédure au fond et quels sont ceux qui relèvent de modifications apportées après l'intervention de S._____ Limited, pour ensuite produire la pièce 18.

Dans le délai imparti à cet effet par la juge déléguée de la chambre de céans, S._____ Limited s'en est remise à justice quant au sort à donner à la requête d'effet suspensif susmentionnée.

Par décision du 17 janvier 2019, la requête d'effet suspensif a été admise.

Par réponse déposée le 11 février 2019, S._____ Limited a conclu, avec suite de frais, à la forme, à l'irrecevabilité du recours, et au fond, à son rejet.

7.

7.1 Une décision ayant pour objet la sauvegarde d'intérêts dignes de protection au sens de l'art. 156 CPC peut être assimilée à une ordonnance de preuves, laquelle constitue une ordonnance d'instruction (CREC 10 août 2016/316 consid. 1.1 ; CREC 15 septembre 2014/309 ; Schweizer, CR CPC, 2^e éd. 2019, nn. 8 et 14 ad art. 155 CPC, Jeandin, CR CPC, 2^e éd. 2019, n. 14 ad art. 319 CPC).

Selon l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, le recours est recevable contre les ordonnances d'instruction qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours prévu par la loi au sens l'art. 319 let. b ch. 1 CPC, lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable. Le recours, écrit et motivé,

doit être déposé auprès de la Chambre des recours civile, dont la compétence découle de l'art. 73 LOJV (loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01), dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 321 al. 2 CPC). La réponse doit être déposée dans le même délai.

En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), de sorte qu'il est recevable. Il en est de même pour la réponse.

7.2 La notion de préjudice difficilement réparable est plus large que celle de dommage irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110), puisqu'elle devrait viser également les désavantages de fait (JdT 2011 III 86 consid. 3 et réf. citées ; CREC 20 avril 2012/148 ; Jeandin, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC ; Hohl, Procédure civile, tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2485, p. 449). 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 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 ; tel est le cas notamment lorsque la réparation financière est inadéquate pour réparer intégralement le préjudice ou que celui-ci est difficile à établir ou à chiffrer. 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 contre toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu : il s'agit de se prémunir contre le risque d'un prolongement sans fin du procès (Jeandin, op. cit., n. 22 ad art. 319 CPC et réf. citées ; CREC 22 mars 2012/117).

Selon le Tribunal fédéral, la décision refusant ou admettant des moyens de preuve offerts par les parties ne cause en principe pas de

préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF puisqu'il est normalement possible, en recourant contre la décision finale, d'obtenir l'administration de la preuve refusée à tort ou d'obtenir que la preuve administrée à tort soit écartée du dossier. Dans des cas exceptionnels toutefois, il peut y avoir préjudice irréparable, par exemple lorsque le moyen de preuve refusé risque de disparaître ou qu'une partie est astreinte, sous la menace de l'amende au sens de l'art. 292 CP, à produire des pièces, susceptibles de porter atteinte à ses secrets d'affaires ou à ceux de tiers, sans que le tribunal n'ait pris des mesures aptes à les protéger (TF 4A_108/2017 du 30 avril 2017 consid. 1.2 et les réf. citées).

Dès lors qu'une décision peut causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, elle peut à plus forte raison entraîner un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (ATF 137 III 380 consid. 2.2, JdT 2012 II 432).

8. En l'espèce, la Chambre de céans s'est déjà prononcée dans la présente cause, lorsqu'elle a rejeté le recours déposé par V._____ SA contre la décision du 11 septembre 2018 et a confirmé celle-ci. Dans cette décision, le premier juge avait considéré que, pour tenir compte du fait que le code informatique constituait un secret d'affaires au sens de l'art. 156 CPC et afin de préserver les droits de V._____ SA, il se justifiait de limiter la prise de connaissance du code par S._____ Limited aux seuls éléments dont V._____ SA entendait se prévaloir pour fonder ses conclusions reconventionnelles. Au considérant 1.2 *in fine* de son arrêt rendu le 16 octobre 2018, la chambre de céans a admis, sous l'angle de la recevabilité, l'existence d'un préjudice difficilement réparable, dès lors que le code informatique litigieux représentait un secret d'affaires - qualité que l'intimée n'avait pas contestée - dont la divulgation serait susceptible d'entraîner un tel préjudice. Sur le « fond », la chambre de céans a précisé la limitation d'accès au code litigieux en indiquant, au considérant 3.2 de son arrêt, que « cette appréciation [était] adéquate, dès lors qu'au moment de fixer les modalités de consultation des documents, le premier juge [pourrait] tenir compte de l'évolution du code d'accès postérieurement à la procédure (*recte* : à l'intervention de

l'intimée) et adapter les modalités en conséquence. Au considérant 5.3, elle a considéré que la recourante n'était pas parvenue à démontrer, compte tenu des précautions prises par le premier juge en application de l'art. 156 CPC, un risque concret d'atteinte à ses secrets d'affaires. « Il lui apparten[ait] ainsi d'intervenir ultérieurement auprès du premier juge pour préciser, dans le cadre de l'exécution de l'ordonnance d'instruction, quels [étaient] les éléments du code d'accès qui rel[evaient] du litige à instruire dans la procédure au fond et quels [étaient] ceux qui rel[evaient] des modifications apportées après l'intervention de l'intimée ».

Se prévalant de ce que la chambre de céans avait retenu l'existence d'un préjudice difficilement réparable dans son arrêt du 16 octobre 2018, la recourante prétend que l'accès à la pièce 18 par l'intimée tel que rappelé dans la décision attaquée risquerait aussi de causer un préjudice difficilement réparable, dès lors que cette pièce serait automatiquement et sans aucune restriction accessible à l'intimée dès sa production. La recourante estime que même si des restrictions à l'accès de cette pièce devaient être ordonnées après sa production, un préjudice difficilement réparable existerait aussi. Selon elle, il ne serait pas envisageable que les modalités de consultation soient ordonnées seulement après la production de la pièce 18, dès lors que ce n'est qu'avant la production de cette pièce qu'elle serait susceptible de faire valoir ses droits pour contrôler judiciairement de telles modalités. La recourante relève néanmoins que cette question serait théorique, le premier juge n'ayant pas indiqué qu'il imposerait une quelconque limitation d'accès à la pièce litigieuse.

La recourante perd de vue que la chambre de céans a admis la recevabilité du recours déposé contre l'ordonnance du 11 septembre 2018 uniquement en ce sens que la divulgation du code informatique litigieux qualifié de secret d'affaires de manière incontestée risquait de causer un préjudice difficilement réparable, l'existence de celui-ci étant ainsi démontrée. En revanche, s'agissant de l'accès à la pièce 18, qui relève du « fond », la chambre de céans a confirmé la décision du 11 septembre 2018 qui prévoyait que la consultation de cette pièce était

limitée aux éléments nécessaires à la procédure. Or dans la décision querellée objet du présent recours, le premier juge a expressément renvoyé à cette ordonnance du 11 septembre 2018, de sorte que l'on ne voit pas l'existence à cet égard d'un préjudice difficilement réparable. Par ailleurs, contrairement à ce que la recourante prétend inférer des considérants 3.2 et 5.3 de l'arrêt de la chambre de céans, celle-ci n'a prévu aucune étape procédurale qui précéderait la production du code informatique litigieux. Partant, la recourante ne saurait déduire de l'absence de précisions à cet égard un préjudice difficilement réparable. Enfin, la recourante ne démontre pas non plus l'existence d'un tel préjudice en tant qu'elle se limite à soutenir que la seule production du code litigieux à l'autorité inférieure impliquerait un accès illimité à ce code par la partie adverse.

Dans la mesure où la recourante allègue encore ignorer si le premier juge est capable de réceptionner ledit code, ainsi qu'ignorer la manière dont cette autorité en prendra connaissance, le remettra à l'intimée et envisagera une restriction de consultation par cette dernière, elle perd de vue qu'elle soutient simultanément ne pas pouvoir solliciter des conclusions précises quant aux modalités de consultation de ce code, cette consultation étant intrinsèquement liée aux capacités techniques du premier juge. La recourante reconnaît par là-même la nécessité de la production préalable du code litigieux au premier juge. En effet, ce n'est qu'après l'obtention de ce code que celui-ci pourra fixer les modalités de sa consultation par la partie adverse, en donnant dans ce cadre l'occasion à la recourante de distinguer les éléments du code informatique qui relèvent du litige à instruire dans la procédure au fond à venir de ceux qui relèvent de modifications apportées après l'intervention de l'intimée. Il s'ensuit que la recourante, qui tente de subordonner la production du code informatique à l'établissement préalable par le premier juge des modalités d'accès à ce code, ne démontre pas l'existence d'un préjudice difficilement réparable qui résulterait de la décision querellée rendue à la suite de l'arrêt du 16 octobre 2018 de la chambre de céans.

9. Au vu de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable en application de l'art. 322 al. 1 CPC et la décision entreprise maintenue.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'000 fr. (art. 69 al. 1 et 70 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5], seront mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Compte tenu de l'issue du litige, la recourante versera à l'intimée 1'500 fr., à titre de dépens deuxième instance (art. 8 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

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 1'000 fr. (mille francs), sont mis à la charge de la recourante V. _____ SA.

- III.** La recourante V. _____ SA versera à l'intimée S. _____ Limited la somme de 1'500 (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

- IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Philippe Vladimir Boss, av. (pour V. _____ SA),
- Me Roger Staub, av. (pour S. _____ Limited).

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 :

- M. le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :