

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 7 août 2018

Composition : M. SAUTEREL, président
Mmes Crittin Dayen et Giroud Walther, juges
Greffière : Mme Schwab Eggs

Art. 229 al. 1 et 319 let. b ch. 2 CPC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **M.**_____, à [...], défendeur, contre l'ordonnance d'instruction rendue le 26 mars 2018 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant le recourant d'avec **D.**_____ **SA**, à [...], demanderesse, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait et en droit :

1. Par demande du 28 juin 2016, D._____ SA a réclamé à M._____ la somme de 204'989 USD avec intérêt à 5 % l'an dès le 13 février 2015. D._____ SA a allégué en substance qu'il s'agirait du solde débiteur du compte qu'aurait détenu M._____ auprès d'elle pour y effectuer notamment des transactions sur le marché des devises et qui, au lendemain de l'abandon du taux plancher par la Banque nationale suisse, le 15 janvier 2015, aurait connu une perte conséquente en lien avec la position de 1'200'000 EUR/CHF, qu'il n'aurait pas été possible de liquider suffisamment tôt parce que le marché - excessivement volatil - n'aurait alors plus présenté les liquidités suffisantes. Estimant que le risque de la transaction devrait être supporté par son client, conformément au contrat « [...] » les liant, l'établissement bancaire a revendiqué le remboursement du solde. D._____ SA a précisé que sa plateforme de trading online (ci-après : la plateforme [...]) n'aurait pas connu de défaillance et qu'elle-même serait demeurée joignable par téléphone ; elle s'est prévalué d'un audit de KPMG qui n'aurait « pas trouvé la preuve d'exécution inadéquate d'ordres sur la période examinée » et a fait valoir que tous les clients auraient été placés sur pied d'égalité devant cette situation exceptionnelle de manque de liquidités.

Par réponse et demande reconventionnelle du 24 novembre 2016, M._____ a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, à ce que D._____ SA lui doive immédiat paiement des sommes de 14'046 USD, 26'009.15 CHF et 1'427.61 EUR, le tout avec intérêt à 5 % l'an dès le 16 janvier 2015, et de la somme de 3'163.15 CHF, avec intérêt à 5 % l'an dès le 4 février 2015. Dans son écriture, M._____ a fait valoir qu'il n'aurait pas accepté le contrat « [...] », mais qu'en outre, le 15 janvier 2015, il aurait été empêché d'accéder à son compte - alors qu'il aurait tenté d'accéder à la plateforme [...] et de joindre la banque par téléphone - en raison d'une panne de ladite plateforme ; cette plateforme n'aurait dès lors plus intégré ni exécuté les ordres des clients, le système ayant été débranché pendant

plus d'une heure, ce qui aurait empêché le fonctionnement du système de liquidation automatique des positions risquées.

2. Dans le cadre de cette procédure, le 8 mars 2018, M._____ a déposé une requête en introduction des allégués nouveaux 398 à 409 et des offres de preuves correspondantes, en particulier des enregistrements. Le contenu des allégués dont l'introduction est requise porte sur d'éventuelles défaillances techniques qui auraient gravement affecté le fonctionnement de la plateforme [...] en date du 15 janvier 2015, dont rendraient compte des enregistrements de conversations téléphoniques entre un client de la banque et des employés de celle-ci. Les allégués 406 à 408 portent en particulier sur l'incidence que ces défaillances auraient eue sur l'exécution des ordres des clients et notamment l'impact économique de la liquidation tardive des positions à des cours désavantageux, circonstances que M._____ offre de soumettre à l'expertise en complément aux allégués 175, 176 et 186, au contenu similaire, d'ores et déjà soumis à l'expertise (cf. ord. de preuves du 15 décembre 2017).

Par courrier du 20 mars 2018, D._____ SA s'est déterminée sur la requête de nova, considérant celle-ci comme irrecevable au vu de sa tardiveté.

Il résulte en substance de ces deux écritures qu'une procédure oppose D._____ SA à de tierces parties et que, dans le cadre de cette autre procédure, lesdites parties ont produit des enregistrements le 26 janvier 2018, date à laquelle le conseil de M._____ en a eu connaissance ; M._____ aurait obtenu l'autorisation de s'en prévaloir à son tour les 18 et 19 février 2018 seulement.

3. Par ordonnance d'instruction du 26 mars 2018, notifiée aux parties le 28 mars suivant, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a déclaré irrecevables, en tant que tardifs, les allégués 398 à

409 déposés le 8 mars 2018 par M._____ et a dit qu'il n'y avait pas lieu d'entrer en matière sur les allégués 410 à 415.

En droit, appelé à se prononcer sur une requête en introduction de nova dans la procédure, le premier juge a considéré qu'elle était tardive car intervenue environ dix-sept jours après l'autorisation de produire les enregistrements sur lesquels portaient les novas, soit bien au-delà des dix jours, voire cinq à sept jours, généralement admis par la doctrine pour déposer des nova.

4. Par avis du 27 mars 2018, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a mis en œuvre l'expert et lui a imparti un délai échéant le 2 juillet 2018 pour déposer un rapport.

5. Par acte motivé du 18 avril 2018, M._____ a recouru contre l'ordonnance du 27 mars 2018 et a conclu, sous suite de frais et dépens, en substance à ce que la décision querellée soit réformée en ce sens que la requête en introduction de nova du 8 mars 2018 et en production des pièces 128 à 128ter soit admise.

M._____ a simultanément requis l'assistance judiciaire. Interpellé, il a, par courrier du 1^{er} juin 2018, complété sa requête.

Par ordonnance du 29 juin 2018, la Juge déléguée de la Chambre des recours civile a accordé à M._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire, Me Jean-Marc Reymond étant désigné en qualité de conseil d'office.

Par réponse du 12 juillet 2018, D._____ SA a conclu, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Le 23 juillet 2018, M._____ s'est déterminé spontanément.

Par courrier du même jour, Me Jean-Marc Reymond a produit une liste de ses opérations.

Par courrier du 6 août 2018, D. _____ SA a renoncé à se déterminer.

6.

6.1 Aux termes de l'art. 319 let. b CPC, le recours est recevable contre les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi (ch. 1) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (ch. 2). Le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours dans un délai de dix jours pour les décisions prises en procédure sommaire et les ordonnances d'instruction, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 321 al. 1 et 2 CPC).

6.2 L'art. 229 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils remplissent l'une des conditions suivantes : ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction ou ont été découverts postérieurement (novas proprement dits ; let. a) ou s'ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits ; let. b).

Une partie de la doctrine considère que la décision relative à l'admissibilité des nova doit être tranchée dans le cadre de la décision finale et ne peut faire l'objet d'une décision préalable (cf. Willisegger, in Basler Kommentar ZPO, 3^e éd., 2017, n. 55 ad art. 229 CPC ; Pahud, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Kommentar, 2^e éd., 2016, n. 24 ad art. 229 CPC), tandis qu'une autre considère que la décision y relative doit faire l'objet d'une ordonnance d'instruction soumise au recours de l'art. 321 let. b CPC (cf. Tappy, CPC Commenté, 2011, n. 15 ad art. 229 CPC),

avec cette cautèle que celui-ci sera rarement recevable sous l'angle du préjudice difficilement réparable réservé à l'art. 319 let. b ch. 2 CPC, notamment parce que le tribunal collégial appelé à statuer ne sera pas lié par la décision de son juge délégué et pourra prendre une décision inverse, sous réserve du respect du droit d'être entendu de la partie adverse (Leuenberger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, Kommentar ZPO 2013, n. 11 ad art. 229 CPC).

La jurisprudence de la cour de céans admet certes que le recours est en principe recevable contre l'ordonnance d'instruction statuant sur l'admissibilité de nova (cf. JdT 2014 III 121 ; CREC 30 mai 2017/188) ; elle a cependant également statué qu'est en principe irrecevable le recours contre la décision d'admission ou de rejet de faits et moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 CPC, qui ne provoque en principe pas de dommage difficilement réparable, la partie conservant tous ses moyens au fond et pouvant remettre en cause la décision finale en invoquant une violation de l'art. 229 CPC (cf. notamment : CREC 28 novembre 2012/420 ; CREC 20 janvier 2014/303 ; CREC 8 septembre 2014/319 ; CREC 9 janvier 2015/19 ; CREC 28 avril 2015/156 ; CREC 2 juin 2016/186 ; CREC 8 juin 2016/201), des exceptions ayant parfois été admises (CREC 1^{er} septembre 2014/303, introduction de pièces tendant à établir la prescription, l'objet du procès ayant été limité à la question de la prescription). Est de même en principe irrecevable, faute de préjudice difficilement réparable, le recours contre la décision d'admettre des faits et moyens de preuve nouveaux (CREC 30 mai 2017/188).

6.3 Sous l'angle du préjudice difficilement réparable, le recourant invoque le fait que le contenu des enregistrements produits dans le cadre de la requête de nova – lesquels démontreraient dans quelle situation concrète les clients de l'intimée se seraient trouvés au moment de l'abandon du taux plancher –, devrait être soumis à l'expert judiciaire et pourrait être déterminant dans ce cadre et pour le fond du litige. Il fait valoir que s'il était renvoyé à attaquer le jugement au fond, l'admission de l'appel impliquerait la répétition ou le complètement de l'expertise. Cela contreviendrait gravement au principe d'économie de la procédure et

induirait une augmentation importante des frais de procédure ; en outre, les nova concernés n'auraient pas le même poids selon qu'ils seraient pris en compte d'entrée de cause par l'expert ou que leur production serait admise au stade de l'appel seulement.

Le recourant ne démontre toutefois nullement en quoi l'augmentation importante des frais de la procédure constituerait un préjudice difficilement réparable. Il n'établit pas non plus en quoi le temps perdu lui causerait un préjudice d'une telle ampleur, ni l'impact différent des pièces produites en fonction du moment de leur examen. Un tel préjudice est d'autant moins établi au vu de l'état d'avancement de l'instruction - le délai du dépôt de l'expertise étant échu au cours de la procédure de recours - ; l'essentiel de la mesure d'expertise, qui cristallise l'enjeu du recours, a en effet été déjà administré.

Si toute revendication ou prétention en justice n'est certainement pas dépourvue d'importance subjective, il en faut toutefois plus pour admettre que son importance et la difficulté de réparer les conséquences d'une demande écartée impose objectivement un traitement immédiat du recours. En définitive, le recourant échoue à établir que le préjudice avancé par lui ne pourrait pas être réparé ou ne pourrait que difficilement être réparé dans la suite de la procédure au fond, soit en obtenant un jugement qui lui donnerait satisfaction, soit en contestant un jugement le désavouant dans le cadre d'un appel.

7.

7.1 Pour ces motifs, faute de préjudice difficilement réparable, le recours doit être déclaré irrecevable.

7.2 Vu l'issue du recours, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'307 fr. (art. 69 al. 1 et 70 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), sont mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Toutefois, dès lors qu'il est au bénéfice de l'assistance judiciaire, ces frais seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

Le recourant versera en outre à l'intimée des dépens de deuxième instance, qui seront arrêtés à 1'800 fr. (art. 13 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

7.3 Me Jean-Marc Reymond a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure de recours (art. 122 al. 1 let. a CPC). Celui-ci a produit en date du 23 juillet 2018 une liste de ses opérations. Il y indique avoir consacré 12 heures et 22 minutes au dossier, dont 7 heures et 17 minutes effectuées par l'avocat stagiaire, ainsi que des frais de port par 20 francs.

Les opérations relatives à la rédaction du recours des 29 mars et 18 avril 2018 peuvent être admises telles quelles, à hauteur de 3 heures et 20 minutes pour l'avocat. En revanche, le temps total consacré à la requête d'assistance judiciaire est disproportionné ; on admettra les opérations consacrées à dite requête les 9 et 18 avril 2018, qui totalisent déjà 1 heure et 42 minutes pour l'avocat stagiaire, afin de prendre en compte le fait que la situation financière du recourant est relativement complexe ; les opérations supplémentaires effectuées entre le 20 avril et le 23 mai 2018 sont excessives dans ce cadre et sont soit inutiles, soit imputables au recourant qui devait réunir rapidement les documents nécessaires. On admettra enfin les opérations en lien avec la réplique et l'examen de la réponse des 13 et 17 juillet 2018 de l'avocat stagiaire et celles des 19 et 23 juillet 2018 de l'avocat – par respectivement 1 heure et 1 heure et 20 minutes –, le solde étant disproportionné et relevant de la formation du stagiaire.

Partant, il sera admis un temps total consacré à la procédure d'appel de 8 heures et 22 minutes – à savoir 4 heures et 40 minutes pour l'avocat et 2 heures et 42 minutes pour l'avocat stagiaire. Au tarif horaire de 180 fr. pour l'avocat et de 110 fr. pour l'avocat-stagiaire (art. 2 al. 1 let. b RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]), Me Jean-Marc Reymond a droit un défraiement de 840 fr. pour son activité et de 297 fr. pour celle de son stagiaire, soit un

total de 1'137 francs. Compte tenu de débours, par 20 fr., et de la TVA à 7,7 % sur le tout, par 89 fr. 10, l'indemnité du conseil d'office du recourant sera arrêtée au montant arrondi de 1'250 francs.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
en application de l'art. 322 al. 1 CPC,
prononce :

- I.** Le recours est irrecevable.
- II.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'307 fr. (deux mille trois cent sept francs), sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat pour le recourant M._____.
- III.** L'indemnité de Me Jean-Marc Reymond, conseil d'office du recourant M._____, est arrêtée à 1'250 fr. (mille deux cent cinquante francs), TVA et débours compris.
- IV.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- V.** Le recourant M._____ versera à l'intimée D._____ SA la somme de 1'800 fr. (mille huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VI.** 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 Jean-Marc Reymond (pour M. _____),
- Me Daniel Tunik (pour D. _____ SA).

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 :