

C3 13 78

DÉCISION DU 11 SEPTEMBRE 2013

**Tribunal cantonal du Valais
Chambre civile**

Jérôme Emonet, juge ; Laure Ebener, greffière

en la cause

X _____, recourante, représentée par Maître A _____

contre

Y _____, intimée, représentée par Maître B _____

(sûretés pour les dépens)

Vu

l'action en paiement ouverte le 27 février 2013 par X_____ contre Y_____, dont les conclusions sont les suivantes :

Au vu de ce qui précède, plaise à Votre autorité de :

1. Condamner l'intimée à verser à la requérante la somme de CHF 105'000.00 plus intérêts à 5% l'an dès le 31 août 2011.
2. Le tout sous suite de frais et dépens.

la requête de Y_____ du 2 avril 2013 tendant à ce que la demanderesse soit astreinte à verser des sûretés en garantie des dépens ;

la détermination de X_____ du 22 avril 2013, laquelle s'est opposée à la requête ;

la décision rendue le 30 avril 2013 par le juge IV de district de C_____ (ci-après : le juge de district), qui a prononcé comme suit :

1. Il est imparté à X_____ un délai échéant le 20 mai 2013 pour déposer au tribunal 12'000 fr. à titre de sûretés.
2. Il n'est pas perçu de frais pour la présente décision.

le recours interjeté le 13 mai 2013 par X_____ contre cette décision, concluant à son annulation, avec suite de frais et dépens, et requérant l'octroi de l'effet suspensif ;

le courrier du 16 mai 2013 de Y_____ par lequel elle a indiqué renoncer à se déterminer sur la requête d'effet suspensif ;

la décision du 4 juin 2013 du juge de céans, au terme de laquelle il a prononcé le sursis à l'exécution de la décision rendue le 30 avril 2013 jusqu'à droit connu sur le sort du recours interjeté par X_____ ;

la détermination de Y_____ du 17 juin 2013 concluant au rejet du recours ;

les actes de la cause ;

Considérant

que, selon les articles 20 al. 3 LOJ et 5 al. 2 let. c LACPC, un juge unique du Tribunal cantonal peut connaître du recours des art. 319 et ss CPC lorsque la procédure sommaire était applicable en première instance ;

que le recours est notamment recevable contre les ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC) ou

lorsqu'elles peuvent causer un dommage difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC) ;

que le délai pour former recours contre de telles ordonnances est de dix jours, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 321 al. 2 CPC) ;

que sont des ordonnances d'instruction au sens de l'article 319 let. b CPC celles qui concernent exclusivement le déroulement formel et l'organisation concrète du procès (Freiburghaus/Afheldt, *in* Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [édit.], *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2013, n. 11 ad art. 319 CPC ; Tappy, *Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile*, *in* JdT 2010 III, p. 122) ; que sont notamment à ranger dans cette catégorie les ordonnances par lesquelles le juge prescrit ou refuse la fourniture de sûretés (Jeandin *in* Bonhet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, *CPC, Code de procédure civile commenté*, 2011, n. 14 ad art. 319 CPC ; Blickenstorfer *in* Brunner/Gasser/Schwander, *ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2011, n. 26 ad art. 319 CPC) ; que l'article 103 CPC prévoit expressément que ces dernières décisions peuvent faire l'objet d'un recours au sens des articles 319 ss CPC ;

qu'en l'espèce, le recours, formé le 13 mai 2013, l'a été dans le délai légal de dix jours courant dès la réception, le 1^{er} mai 2013, de la décision attaquée ;

que cette dernière ayant été rendue en procédure sommaire (Urwyler, *in* Brunner/Gasser/Schwander, *ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2011, n. 6 ad art. 99 CPC), le présent recours ressortit à la compétence du juge unique ;

qu'en procédure de recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC) ; qu'en revanche, la présentation de nouveaux moyens juridiques est recevable (Freiburghaus/Afheldt, n. 3 ad art. 326 CPC) ;

qu'en l'espèce, X_____ produit en deuxième instance différents documents qu'elle n'a pas déposés devant le premier juge et qui ne se retrouvent pas dans le dossier versé en cause, à savoir les pièces numérotées 5 à 7, et requiert l'édition d'un relevé de l'office des poursuites et faillites ainsi que du dossier xxx C1 12 197 ; que ces moyens ne sauraient toutefois être administrés, vu la teneur de l'article 326 al. 1 CPC rappelée *supra* ; que, de même, la pièce déposée par l'intimée au recours à l'appui de sa détermination du 17 juin 2013 doit être écartée du dossier ;

que le recourant peut invoquer la violation du droit et la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC) ;

que l'autorité de recours examine avec un plein pouvoir les griefs pris de la mauvaise application du droit - fédéral, cantonal ou étranger - par le juge de première instance (Freiburghaus/Afheldt, n. 3 sv. ad art. 320 CPC) ; que son examen se limite toutefois aux seuls moyens invoqués (Hohl, *Procédure civile*, t. II, 2^{ème} éd., 2010, n. 2514 et 3024) ; qu'il incombe par ailleurs au recourant de discuter les motifs de la décision

entreprise et d'indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 133 II 249 consid. 1.4.2 ; 133 IV 286 consid. 1.4) ;

que l'autorité de recours ne censure en revanche la constatation des faits que si ceux-ci ont été établis de manière arbitraire (art. 9 Cst. féd. ; Freiburghaus/Afheldt, n. 5 ad art. 320 CPC) ; que cette notion correspond à celle de l'article 97 al. 1 LTF, de sorte que l'on peut se référer à la jurisprudence rendue en application de cette disposition (Hohl, op. cit., n. 2509) ;

que la constatation des faits ou l'appréciation des preuves est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, en contradiction avec le dossier, ou contraire au sens de la justice et de l'équité ou lorsque l'autorité ne tient pas compte, sans raison sérieuse, d'un élément propre à modifier la décision, se trompe sur le sens et la portée de celui-ci ou, se fondant sur les éléments recueillis, en tire des constatations insoutenables (ATF 134 V 53 consid. 4.3 ; 129 I 8 consid. 2.1 ; 127 I 54 consid. 2b et les réf.) ;

qu'en outre, le recourant qui se plaint d'arbitraire n'est pas admis à contester la décision attaquée comme il le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité supérieure jouit d'une libre cognition ; qu'il ne saurait dès lors se contenter d'opposer son opinion à celle de la juridiction précédente, mais il doit démontrer, par une argumentation claire et précise ; que cette décision se fonde sur une constatation des faits ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables, les critiques de nature appellatoire étant irrecevables (ATF 133 III 585 consid. 4.1 ; 132 III 209 consid. 2.1 ; 131 I 57 consid. 2 ; 129 I 8 consid. 2.1 ; 128 III 50 consid. 1c ; 125 I 492 consid. 1b) ; qu'il lui appartient d'expliquer précisément, pour chaque constatation de fait incriminée, comment les preuves administrées auraient dû, selon lui, être correctement appréciées et en quoi leur appréciation par l'autorité cantonale est insoutenable (ATF 129 I 113 consid. 2.1 ; 128 I 295 consid. 7a ; 125 I 492 consid. 1b) ; qu'il doit de surcroît démontrer que la violation qu'il invoque est susceptible d'avoir une influence sur le sort de la cause ; qu'il doit rendre vraisemblable que la décision aurait été différente si les faits avaient été établis de manière conforme au droit (ATF 134 V 53 consid. 3.4) ;

qu'en vertu de l'article 99 al. 1 CPC, le demandeur doit, sur requête du défendeur, fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens si ce dernier n'a pas de domicile en Suisse (let. a), s'il paraît insolvable, notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défaut de biens (let. b), s'il est débiteur de frais d'une procédure antérieure (let. c) ou si d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés (let. d) ;

qu'il y a insolvabilité au sens de l'article 99 al. 1 let. b CPC lorsque la partie concernée ne dispose pas des liquidités nécessaires pour faire face à ses dettes exigibles ni du crédit lui permettant de se procurer les moyens nécessaires ; que la preuve de l'insolvabilité du demandeur peut être rapportée par indices, la vraisemblance étant suffisante au sens de cette disposition (Urwyler, n. 11 ad art. 99 CPC ; Tappy *in* Bonhet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 28 et 29 ad art. 99 CPC) ;

qu'outre les cas d'insolvabilité résultant de la loi, à savoir l'existence d'une déclaration de faillite, d'une procédure concordataire en cours ou d'actes de défaut de biens, celle-ci peut être rendue vraisemblable pour d'autres motifs ;

que le fait qu'une société se trouve en liquidation ne constitue pas en soi un motif justifiant l'octroi de sûretés, en l'absence d'autres signes d'insolvabilité (Suter/von Holzen, *in* Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [édit.], *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2010, n. 29 ad art. 99 CPC ; Leuenberger/Uffer-Tobler, *Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St.Gallen*, 1999, n. 45 ad art. 276 CPC ; *contra* : Schmid, *in* Oberhammer, *Kurzkomentar*, 2010, n. 6 ad art. 99 CPC) ; que cette circonstance constituait, selon certaines procédures cantonales, un cas particulier d'assurance du droit (notamment § 73 ch. 5 ZPO-ZH) ; qu'un auteur envisage qu'elle tombe sous le coup de la lettre d de l'article 99 al. 1 CPC (Tappy, n. 39 ad art. 99 CPC) ;

qu'à teneur de cette dernière disposition, le demandeur doit fournir des sûretés lorsque d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les dépens ne soient pas versés ; que, selon le message relatif au CPC, le risque de non recouvrement doit être grand (FF 2006 6841,6906) ; que celui que supporte chaque défendeur entraîné involontairement dans une procédure ne suffit pas (Suter/von Holzen, n. 34 ad art. 99 CPC) ; que celui-ci n'a pas droit à une protection absolue (RFJ 2012 p. 366) ; que des indices de difficultés financières insuffisants pour que le demandeur paraisse insolvable au sens de l'article 99 al. 1 let. b CPC peuvent parfois remplir les conditions de la lettre d de cette disposition, par exemple si une partie fait l'objet de multiples commandements de payer pour des causes diverses (Tappy, n. 39 ad art. 99 CPC) ; qu'on peut également penser aux circonstances constitutives de cas de faillite sans poursuite préalable selon l'article 190 LP (Schmid, n. 12 ad art. 99 CPC ; Suter/von Holzen, n. 35 ad art. 99 CPC) ; qu'un exemple cité dans le message et repris par la doctrine, est celui d'une entreprise qui, à la veille de la faillite, se défait de ses actifs, par exemple par transfert à une valeur inférieure à une société de sauvegarde (*asset stripping* ; FF 2006 6841, 6906) ;

que les sûretés ne sont jamais ordonnées d'office ; qu'il faut une requête du défendeur, auquel il incombe d'alléguer et de prouver que l'une des hypothèses de l'article 99 al. 1 CPC est réalisée (Sterchi, *Commentaire bernois*, 2012, n. 3 ad art. 99 CPC ; Suter von Holzen, n. 11 et 16 ad art. 99 CPC ; Staehelin/Staehelin/Grolimund, *Zivilprozessrecht*, 2013, p. 249, no 28 ; Mohs, *in* Gehri/Kramer [édit.], *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, n. 2 ad art. 99 CPC) ;

que la loi est muette sur le moment où la requête doit être formée ; que, selon la doctrine, elle doit être déposée au plus tard avec la réponse (Suter/von Holzen, n. 12 ad art. 99 CPC ; Mohs, n. 2 ad art. 99 CPC ; Staehelin/Staehelin/Grolimund, loc. cit. ; Urwyler, n. 5 ad art. 99 CPC ; Sterchi, n. 4 ad art. 99 CPC) ; qu'une demande postérieure reste néanmoins possible lorsqu'un motif se réalise, respectivement n'est connu par le défendeur, qu'ultérieurement (Urwyler, loc. cit. ; Suter/von Holzen, n. 13 ad art. 99 CPC ; Sterchi, n. 5 ad art. 99 CPC ; Staehelin/Staehelin/Grolimund, loc. cit. ;

Mohs, loc. cit.) ; qu'il en va ainsi, par exemple, si le demandeur se constitue un domicile à l'étranger en cours de procès ;

qu'en l'espèce, le premier juge n'a pas été convaincu par l'attestation produite par X_____, établie par sa fiduciaire, selon laquelle elle n'est pas en situation de surendettement, son ratio de liquidité générale est de 2.9 et elle est solvable ; qu'il a souligné que ce document a été établi sur la base de pièces fournies par l'intéressée elle-même et qu'elle se réfère à sa situation au 31 décembre 2012 ; qu'il a ajouté que, en l'absence de tout renseignement sur l'ampleur des liquidités et des autres actifs à court terme, le ratio n'est pas significatif, dans la mesure où il n'est pas possible de déterminer son évolution si la société devait être astreinte au paiement de dépens ;

qu'il a constaté que la demanderesse a, dans l'intervalle, mis en vente sur internet des éléments de son stock (chaussettes, casques), mais également des outils de production (machine à cercler, mobilier d'agencement de boutique, présentoir et miroir sur roulette) ainsi que du mobilier (table et chaises) ;

qu'il a ensuite relevé que la société n'a pas contesté les allégations de la partie adverse selon lesquelles elle avait cessé toute activité et remis ses locaux et que, bien plus, elle a reconnu qu'une cessation de l'activité était envisagée par l'unique associé de la société à l'approche de la retraite ;

qu'il a considéré que, dans ces conditions, la défenderesse avait rendu vraisemblable l'existence d'un risque considérable que les dépens ne soient pas versés ;

qu'il a dès lors ordonné le versement de sûretés, à concurrence de 12'000 fr., compte tenu de la valeur litigieuse (105'000 fr.), ainsi que de l'importance et de la difficulté moyenne de la cause ;

que la recourante conteste que la mise en vente d'éléments de son mobilier constitue la preuve de la cessation de ses activités ; qu'elle l'explique par la réorganisation de son activité, qui, au demeurant, serait due à l'intimée, qui a résilié le contrat de distribution exclusive qui les liait (ce qui a donné lieu à la procédure au fond) ; qu'elle explique qu'une gestion saine exige que l'associé-gérant examine et limite ses charges ; que, s'agissant de la machine à cercler, elle n'aurait été que très peu utilisée et serait désormais inutile ; que la recourante ajoute que, dans la mesure où elle diminue sensiblement son stock, toujours en raison de la perte du contrat la liant avec Y_____, elle n'a plus besoin d'autant de présentoirs et d'étagères qu'auparavant ; qu'en sus, dans la mesure où elle entendrait désormais conserver un entrepôt, le show-room serait devenu inutile, de sorte que le miroir sur roulette et le mannequin en bois seraient également devenus superflus, à l'instar de la table et des chaises ; que la recourante souligne que ni la caisse enregistreuse, ni les ordinateurs, ni les bureaux, ni les « éléments qui permettent de gérer administrativement la société » n'ont été vendus, ce qui tendrait à confirmer la continuation de l'activité ; qu'elle allègue que celle-ci est prévue en tout cas jusqu'à l'âge de la retraite de son associé-gérant, soit pendant trois ans encore ;

qu'elle soutient également qu'il n'est pas choquant qu'une société commerciale vende des éléments de son stock sur internet, soit les casques, les chaussettes et les foulards ;

qu'elle fait encore valoir qu'il n'existe aucun signe de risque d'insolvabilité à ce jour ; qu'elle souligne que tant sa fiduciaire que son associé-gérant ont attesté de sa solvabilité et de son ratio, selon pièces déposées auprès du premier juge ; qu'elle allègue également ne pas être connue de l'office des poursuites, ce qu'elle avait déjà relevé devant l'instance précédente ;

que le premier juge n'a pas expressément retenu que la société a d'ores et déjà cessé son activité, respectivement que cette cessation interviendrait à très court terme ;

qu'il n'est pas possible, sur la base du dossier à disposition, de dresser un tel constat ;

qu'à l'appui de sa requête en fourniture de sûretés, la défenderesse avait allégué que, dans une autre procédure pendante entre les parties, également devant le tribunal des districts de C_____ (C1 12 197), l'associé-gérant et son conseil auraient déclaré, lors d'une audience du 26 mars 2013, que X_____ avait cessé toute activité et remis ses locaux ; qu'il n'est toutefois pas établi que de tels propos ont été tenus ; que même si elle n'a pas contesté expressément avoir mis fin à son activité dans sa détermination déposée en première instance, la demanderesse a en revanche laissé entendre qu'elle réorganisait son entreprise, évoquant la vente de biens dont elle n'a plus besoin et un changement de local-dépôt ; que, par ailleurs, reconnaissant certes une volonté de mettre un terme à son activité, à l'approche de l'âge de la retraite de son associé-gérant, elle a, en évoquant sa liquidation, utilisé le conditionnel ; que, par ailleurs, la mise en vente de certains biens de production et de quelques éléments du mobilier, et non de l'intégralité de ceux-ci, ne permet pas de tirer une quelconque conclusion sur l'activité de l'entreprise ;

que, de même, on ne saurait manifestement déduire quoi que ce soit du fait que la demanderesse a mis en vente, sur internet, une partie de son stock, en l'occurrence uniquement des chaussettes, des casques et des foulards ; que les pièces déposées faisant état de cette vente n'indiquent pas les prix pratiqués, de sorte que l'on ne saurait retenir que la société brade son stock en raison de la cessation imminente de toute activité ;

qu'au surplus, même si la demanderesse se trouvait en liquidation, il n'est pas certain qu'il faudrait obligatoirement ordonner le versement de sûretés ; que, comme on l'a vu, cette question est controversée ; que, cela étant, il est trop tôt, dans le cas d'espèce, pour la trancher ;

que, par ailleurs, la défenderesse n'a pas prétendu, en première instance, que l'insolvabilité de la demanderesse, voire le risque considérable que les dépens ne soient pas versés pour d'autres motifs, en particulier d'ordre financier, se déduiraient d'autres circonstances que celles de la cessation de son activité ;

que, cela étant, de telles circonstances ne ressortent pas du dossier, même sous l'angle de la vraisemblance ; que certes, comme l'a relevé le premier juge, l'attestation dressée le 22 avril 2013 par la fiduciaire est sommaire ; que, toutefois, en l'absence ne serait-ce que d'un indice de difficultés financières avancé par la partie adverse, on ne pouvait exiger de la demanderesse qu'elle fournisse spontanément des renseignements complets sur sa situation financière, étant rappelé qu'il incombe au défendeur d'alléguer et de prouver les faits dont il déduit son droit à l'octroi de sûretés ;

que, comme en première instance, la recourante affirme qu'elle n'est pas connue de l'office des poursuites ; que ce fait n'est, certes, pas établi par pièce ; que, toutefois, si celle-ci faisait l'objet de poursuites laissant supposer qu'elle connaît des difficultés financières, la défenderesse et intimée au recours n'aurait pas manqué de produire un extrait en attestant, comme, d'ailleurs, il lui aurait incombé ;

que l'argument formulé par l'intimée pris de ce que la recourante a requis l'effet suspensif, au motif qu'elle « aurait plus de difficultés à payer un montant, à titre de sûretés, de Fr. 12'000.- au Tribunal en début de saison qu'au terme de la saison, puisqu'elle a fait l'avance de frais aux fournisseurs et devra livrer et encaisser les montants de ses clients pour boucler ses comptes, pourtant équilibrés », ne prouve ni l'insolvabilité, ni même l'existence de difficultés financières entraînant un grand risque que les dépens éventuellement alloués à la partie adverse ne soient pas payés ; que cette requête suggère tout au plus que la réunion de ce montant à brève échéance lui est plus difficile à certaines périodes de l'année ; qu'on relèvera que la demanderesse venait d'effectuer, dans le premier délai imparti à cet effet, une avance de 6500 fr. pour les frais judiciaires ;

que les autres arguments de l'intimée, qu'elle fonde sur les pièces nouvelles déposées en instance de recours, tant par elle-même que par son adverse partie, ne sauraient être discutés, dès lors qu'ils s'appuient sur des moyens de preuve irrecevables ;

qu'en définitive, la défenderesse et intimée au recours n'a pas prouvé la réalisation de l'une des hypothèses de l'article 99 CPC permettant d'ordonner la fourniture de sûretés ;

que le recours doit dès lors être admis et la décision querellée purement et simplement annulée ;

que l'intimée ayant qualité de partie qui succombe, il lui incombe de supporter les frais de la procédure de recours (art. 106 al. 1 CPC) ;

qu'au vu de la difficulté ordinaire de la cause et des principes généraux fixés à l'article 13 LTar, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 (art. 46 al. 2 LTar), l'émolument de recours, incluant les frais relatifs à la décision sur l'effet suspensif, est fixé à 600 fr. (art. 19 LTar) ;

qu'au vu de l'article 35 al. 2 let. a LTar et du temps utilement consacré par l'avocat du recourant à la rédaction d'un mémoire de six pages, les dépens sont arrêtés, débours compris, à 700 francs ;

Prononce

1. Le recours est admis et la décision du 30 avril 2013 ordonnant la fourniture de sûretés à hauteur de 12'000 fr. est annulée.
2. Les frais de la procédure de recours, arrêtés à 600 fr., sont mis à la charge de Y_____.
3. Y_____ versera à X_____ une indemnité de 700 francs à titre de dépens.

Sion, le 11 septembre 2013