

par

François Bohnet

Avocat, LL.M., docteur en droit, professeur à l'Université de Neuchâtel

TABLE DES MATIERES

I. Introduction.....	265
II. La structure du Code de procédure civile suisse.....	266
III. La procédure sommaire en général	266
A. <i>La nature de la procédure sommaire</i>	266
B. <i>Les règles de procédure applicables</i>	268
1. Généralités	268
2. La forme des actes et la présentation des preuves	270
3. Les moyens de preuve	272
4. L'établissement des faits.....	273
5. Débats et décision	274
6. Les voies de recours.....	275
C. <i>Le champ d'application</i>	279
IV. La protection dans les cas clairs	281
A. <i>Généralités</i>	281
B. <i>Conditions</i>	283
1. L'état de fait non litigieux	284
2. L'état de fait susceptible d'être immédiatement prouvé	285
3. La situation juridique claire.....	286

C. <i>Les conditions non mentionnées dans la loi</i>	287
D. <i>Nature</i>	287
E. <i>Procédure</i>	288
F. <i>Décision et exécution</i>	299
V. Les mesures provisionnelles	291
A. <i>Généralités</i>	291
B. <i>Conditions</i>	292
C. <i>Types de mesures</i>	296
D. <i>Procédure</i>	298
1. <i>Généralités</i>	298
2. <i>Les mesures avant litispendance</i>	299
3. <i>Les mesures après litispendance</i>	301
4. <i>Les mesures superprovisionnelles</i>	302
5. <i>Sûretés et dommages-intérêts</i>	303
E. <i>Décision et exécution</i>	306
F. <i>Décision et révocation des mesures</i>	306
G. <i>Le mémoire préventif</i>	307
VI. La mise à ban	310
A. <i>Généralités</i>	310
B. <i>Conditions</i>	312
C. <i>Procédure</i>	313
D. <i>Décision et exécution</i>	314
E. <i>Opposition</i>	314
VII. Conclusion	315

I. Introduction¹

Le premier janvier 2011, les codes de procédure civile cantonaux devront céder leur place au Code de procédure civile suisse (CPC), qui unifiera la procédure civile au niveau fédéral. Avec l'entrée en vigueur du CPC, les praticiens seront confrontés – encore une fois – à de nombreuses nouveautés auxquelles il conviendra de s'adapter.

La présente contribution fait suite à une conférence donnée le 9 septembre 2008 dans le cadre de la quinzaine organisée à Tramelan pour le 150^{ème} anniversaire de la naissance de Virgile Rossel. La conférence portait sur la procédure sommaire telle que réglementée dans le projet². Entretemps, le CPC a été adopté par les Chambres fédérales³. L'exposé tient compte des dispositions du CPC, quelque peu modifiées par rapport aux dispositions présentées lors du colloque en l'honneur de l'éminent juriste jurassien qu'était Virgile Rossel.

Il conviendra à titre liminaire de déterminer la place de la procédure sommaire dans le CPC, pour ensuite s'intéresser à sa nature et aux règles générales qui lui sont applicables. L'analyse de son champ d'application et l'examen des règles prévues pour certains domaines particuliers, soit les cas clairs, les mesures provisionnelles et la mise à ban, constitueront l'essentiel de notre exposé.

¹Je remercie chaleureusement Me NICOLAS BRÜGGER, assistant à l'Université de Neuchâtel, pour l'importante aide qu'il m'a apportée dans la rédaction de cette contribution.

²FF 2006, p. 7019 ss.

³Le CPC a été adopté par les deux Chambres le 18 décembre 2008. BOCE 2008, p. 1059; BOCN 2008, p. 1975. Le texte de l'acte législatif adopté peut être consulté dans la Feuille fédérale (FF 2009, p. 21 ss).

II. La structure du Code de procédure civile suisse

Le Code de procédure civile suisse comprend trois parties. Une première, consacrée aux dispositions générales de procédure, détermine le champ d'application du Code et l'ensemble des règles applicables au procès, quelle que soit sa nature. La deuxième, intitulée Dispositions spéciales, régit les diverses procédures, soit de conciliation (titre 1), de jugement (titres 3 à 8), de recours (titre 9) et d'exécution (titre 10). La troisième partie, qui forme un tout spécifique, est consacrée à l'arbitrage en matière interne.

Le CPC envisage deux procédures générales : la procédure ordinaire (titre 3), qui s'applique faute de disposition contraire de la loi, et la procédure simplifiée (titre 4), applicable aux affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas Fr 30'000.- et à divers litiges énumérés limitativement à l'article 243 al. 2 CPC, indépendamment de leur valeur litigieuse. À côté de ces deux procédures générales, le CPC régit à ses titres 5 à 8 diverses procédures spéciales qui, pour certaines, aboutissent comme les deux procédures générales à des jugements au fond définitifs et obligatoires (la procédure de divorce en particulier) et, pour d'autres, à des décisions provisoires (la majorité des procédures sommaires).

III. La procédure sommaire en général

A. La nature de la procédure sommaire

De son nom, on peut déduire le caractère prompt et sans grande formalité de la procédure sommaire. Ces deux caractéristiques dé-

coulent de la finalité de cette procédure, à savoir le prononcé rapide d'une décision qui ne tranche que provisoirement le litige⁴.

Parce qu'elle est prompte, la procédure sommaire n'admet en principe que les moyens de preuve disponibles rapidement et l'examen du juge ne porte en général que sur la vraisemblance des faits et du droit (*prima facie cognitio*). La procédure sommaire est également peu formaliste : elle peut être écrite ou orale et elle est régit de manière souple.

Toute règle a cependant son exception. La procédure sommaire est parfois applicable quand bien même la décision à laquelle elle doit aboutir est définitive et obligatoire. Dans le régime actuel par exemple, alors même que l'expulsion définitive⁵ d'un locataire serait soumise à la procédure sommaire par le droit cantonal, le prononcé du juge revêt un caractère final, si bien que les moyens de preuve ne peuvent être limités, tout comme le pouvoir de cognition du juge⁶. Le CPC prévoit pour sa part l'application de la procédure sommaire pour diverses procédures débouchant sur une décision finale. Le Message cite la juridiction gracieuse — donnons l'exemple de la décision se prononçant sur le droit à la consultation des comptes au sens de l'article 697h al. 2 CO (art. 250 let. c ch. 7 CPC)⁷ — ou la

⁴HOHL F., Procédure civile, Tome II, Berne 2002, N 2751 ; GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979, p. 584.

⁵Voir ATF 119 II 89 : sous réserve du droit fédéral (notamment de l'art. 274g CO), la question de savoir si des décisions cantonales rendues en procédure sommaire sont dotées de l'autorité de chose jugée relève du droit de procédure (cantonal).

⁶ATF 119 II 241 ; 119 II 141, JdT 1994 I 220 ; 118 II 302, JdT 1993 I 566. Voir également ATF 120 II 352, consid. 2, sur l'obligation de présenter les comptes (art. 697h al. 2 CO) ; 112 II 145, consid. 2b, et 109 II 47, consid. 2, en matière de droit de l'actionnaire à la consultation des comptes (art. 697 al. 4 CO) ; 126 III 445, consid. 3b sur le droit de l'héritier à la reddition de comptes ; TF 5C.157/2003 du 22 janvier 2004 sur la demande de renseignements de l'art. 170 CC.

⁷ATF 120 II 352, consid. 2. Voir également ATF 112 II 145, consid. 2b ; 109 II 47, consid. 2.

procédure concordataire de la LP (art. 251 let. a CPC)⁸. On peut encore mentionner dans ce cadre la protection dans les cas clairs (art. 257 CPC)⁹, dont la nature est hybride. Si la protection est donnée, la décision est définitive. Si elle ne l'est pas, le litige reste entier¹⁰.

B. Les règles de procédure applicables

1. Généralités

L'article 219 CPC pose le principe : les règles de la procédure ordinaire s'appliquent par analogie à la procédure sommaire, à moins que la loi n'en dispose autrement¹¹.

Les dérogations au régime de la procédure ordinaire sont inscrites aux articles 252 à 256 CPC. Parmi ces dispositions, certaines ne s'appliquent en réalité qu'à des affaires spécifiques, en particulier en matière de juridiction gracieuse, de faillite et de concordat (art. 255 et 256 al. 2 CPC).

Quelques dispositions topiques règlementent également la procédure sommaire de manière particulière :

- le monopole de la représentation en justice est tempéré (art. 68 al. 2 let. b et c CPC) ;
- l'appel en cause et l'octroi de sûretés pour les dépens du défendeur sont exclus (art. 81 al. 3 et 99 al. 3 let. c CPC) ;
- les délais ne sont pas suspendus pendant les fêtes judiciaires¹² (art. 145 al. 2 let. b CPC) ;

⁸ Message CPC, FF 2006, p. 6957.

⁹ *Infra*, p. 281 (chap. IV).

¹⁰ *Infra*, p. 290 chap. IV, F).

¹¹ L'art. 307 Cpc JU pose le même principe.

¹² Les vacances judiciaires de la LP (art. 56 LP) sont uniformisées avec celles du CPC, mais les effets des fêtes sur les procédures de poursuites (judiciaires y

- le préalable de conciliation n'est pas prévu (art. 198 let. a CPC) ;
- les délais d'appel et de recours sont raccourcis à 10 jours (art. 314 CPC et 321 al. 2 CPC) ;
- l'appel-joint est expressément exclu (art. 314 al. 2 CPC).

D'autres règles complètent ou dérogent à leur tour aux règles générales de la procédure sommaire. Le Message les qualifie de procédures sommaires spéciales¹³. Elles s'appliquent à la protection dans les cas clairs (art. 257 CPC), aux mesures provisionnelles (art. 261 – 271 CPC) et à la mise à ban générale (art. 258 – 260 CPC). Nous les examinerons ci-après¹⁴.

Doivent encore être réservées, les règles relatives aux procédures sommaires en matière d'assistance judiciaire (art. 117 – 123 CPC), en droit matrimonial (art. 285 – 289 CPC), pour les affaires relatives aux enfants (art. 302 – 304 CPC), en matière de partenariat enregistré (art. 305 – 306 CPC)¹⁵ et en matière d'exécution des décisions (art. 335 – 346 CPC)¹⁶.

D'autres lois peuvent en outre compléter, préciser ou éventuellement déroger aux règles de procédure des articles 252 à 256 CPC. On songe par exemple aux règles de procédure inscrites dans le Code des obligations pour l'annulation des titres au porteur (art. 981 – 989 CO) et des lettres de change (art. 1072 – 1080 CO) ou encore pour un blocage du registre du commerce (art. 162 al. 4 ORC).

compris) sont maintenus. Ainsi, le délai qui échoit pendant les fêtes est repoussé au 3^{ème} jour utile suivant (art. 63 LP). Les mesures conservatoires, comme l'autorisation de séquestre ou l'ordre de procéder à l'inventaire des biens, sont en revanche possible durant les fêtes. Voir FF 2006, p. 6920.

¹³ Message CPC, FF 2006, p. 6959.

¹⁴ *Infra*, p. 282, 292 et 312 (chap. IV, V et VI).

¹⁵ Voir BOHNET F., Les procédures spéciales, in SUZANA LUKIC (Edit.), Le Projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2007, p. 305 ss.

¹⁶ Sur l'exécution des décisions, voir GASSER D., Die Vollstreckung nach der Schweizerischen ZPO, Revue de l'avocat 2008, 340-346.

2. La forme des actes et la présentation des preuves

La procédure est introduite par requête (art. 252 CPC). Elle fixe la litispendance (art. 62 al. 1 CPC)¹⁷. La requête est une forme de la demande dont le trait distinctif est d'être non seulement adressée mais aussi destinée au juge et non directement à la partie adverse. Le Code prévoit la forme de la requête pour la demande en procédure sommaire¹⁸, mais également pour l'assistance judiciaire (art. 119 al. 1 CPC), pour la tentative de conciliation (art. 202 CPC) et pour les recours, même si les dispositions du titre 9 ne l'indiquent pas expressément. En revanche, la demande en procédure ordinaire et en procédure simplifiée n'est pas formée par requête, mais par mémoire adressé au juge et destiné à la partie adverse¹⁹. La requête peut être écrite et adressée au tribunal sous forme de document papier ou électronique (art. 252 et 130 al. 1 CPC). Elle doit être signée (art. 130 al. 1 CPC) ou certifiée par signature électronique (art. 130 al. 2 CPC). A défaut, un délai est accordé par le juge au requérant pour réparer le vice (art. 132 al. 1 CPC).

Si le cas est simple ou urgent²⁰, la requête peut également être déposée oralement au tribunal. Cela suppose selon nous qu'elle puisse être consignée sans travail démesuré au procès-verbal (art. 252 al. 2 CPC). Il faut donc l'exclure alors même que le cas est urgent, lorsque par exemple la requête de mesures provisionnelles est fort complexe factuellement. Par « tribunal », il faut entendre l'institution, et non pas le juge ou la cour en charge de statuer. Il reviendra ainsi au personnel du greffe de verbaliser la requête, éven-

¹⁷ Message CPC, FF 2006, p. 6957.

¹⁸ Le Message CPC, FF 2006, p. 6957, ne l'indique pas de manière suffisamment précise, puisqu'il oppose la demande à la requête, alors que la requête est une forme de la demande ou d'autres actes de procédure.

¹⁹ Sur la distinction, voir par exemple l'art. 19 CPC VD et le commentaire consacré à cette disposition par POUURET/HALDY/TAPPY, Procédure civile vaudoise, 2^{ème} éd., Lausanne 2002; BOHNET F., Code de procédure civile neuchâtelois commenté, 2^{ème} éd., Bâle 2005, N 4 ad art. 84 CPCN.

²⁰ A notre sens, une requête de mesures provisoires complexes ne peut être dictée au procès-verbal.

tuellement sur la base d'un formulaire préétabli²¹. Le procès-verbal devrait en principe être signé par le requérant.

Aux termes du Message²², le requérant doit joindre à sa requête (apparemment qu'elle soit formulée par écrit ou dictée au procès-verbal) tout document utile conformément à l'article 221 al. 2 CPC, qui s'appliquerait également à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'article 219 CPC. Le renvoi ne nous paraît pas évident puisque la procédure sommaire se distingue en particulier de la procédure ordinaire par une renonciation à tout formalisme. Il n'est pas mentionné jusqu'à quel moment les pièces peuvent être produites. Dans le silence de la loi, on peut supposer que ces documents pourraient être présentés jusqu'à la fin de l'administration des preuves, s'il est tenu une, voir plusieurs audiences. Si tel n'est pas le cas, le juge devrait fixer un délai aux parties pour le dépôt de leurs moyens de preuve, en précisant qu'il sera statué sur pièces.

Le défendeur peut répondre, soit par écrit (même si la requête a été dictée au procès-verbal), soit par oral (art. 253 CPC). La réponse sera écrite si le tribunal a renoncé aux débats.

Alors qu'une demande reconventionnelle n'est en principe pas recevable en procédure sommaire selon le Code jurassien²³ et qu'elle était expressément exclue dans l'avant-projet, le CPC l'admet à présent pour tous les domaines régis par la procédure sommaire (mesures provisoires ; protection dans les cas clairs, etc.). La prétention élevée à titre reconventionnel devra toutefois être soumise à la même procédure (art. 224 al. 1 CPC) et ne pas retarder de manière excessive la procédure principale (comp. art. 254 al. 2 let. a CPC)²⁴.

²¹ Le Conseil fédéral devra mettre des formulaires à disposition, voir art. 400 al. 2 CPC.

²² Message CPC, FF 2006, p. 6957.

²³ LEUCH G./MARBACH O./KELLERHALS F./STERCHI M., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5^{ème} éd., Berne 2000, N 3 ad art. 306.

²⁴ Message CPC, FF 2006, p. 6957. L'exigence semble raisonnable, compte tenu de la nature de la procédure sommaire. Contra : REYMOND J.-M., Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in SUZANA LUKIC (Edit.), Le projet

Ce revirement fait suite à des critiques élevées lors de la mise en consultation de l'avant-projet²⁵. L'appel en cause est en revanche expressément exclu en procédure sommaire par l'article 81 al. 3 CPC.

3. Les moyens de preuve

D'une manière générale, la preuve est apportée par titre(s) au sens de l'article 177 CPC. Les autres moyens de preuve énoncés à l'article 168 CPC ne sont admis, selon l'article 254 al. 2 CPC, que dans la mesure où leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure, si son but l'exige ou si le tribunal établit les faits d'office. Cette troisième hypothèse est donnée dans les deux cas énoncés à l'article 255 CPC, à savoir en matière de faillite et de concordat ainsi que pour les procédures relevant de la juridiction gracieuse.

L'audition de témoins pourrait parfaitement se concevoir en mesures provisoires, par exemple après le prononcé de mesures supervisionnelles sans audition préalable de la partie adverse (art. 265 CPC). Une inspection locale ou une expertise, susceptible d'être réalisée rapidement, pourrait également intervenir. A notre sens, des déclarations écrites de témoins, ayant simple valeur de titres au sens de l'article 177 CPC, devraient également pouvoir être produites en procédure sommaire²⁶.

Quand doit-on admettre que le but de la procédure exige l'admissibilité d'autres moyens de preuve (art. 254 al. 2 let. b CPC) ? Le Message²⁷ mentionne les auditions de témoins dans le cadre de la

de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, Lausanne 2008, p. 39.

²⁵ Classement des réponses à la procédure de consultation (synthèse du Conseil fédéral), Berne 2004, p. 664. On peut y lire que le canton du Jura approuvait quant à lui cette exclusion. Egalement en faveur de l'exclusion de la demande reconventionnelle : HENCHOZ D., Les procédures rapides, in TRIGO TRINIDADE/JEANDIN (Edit.), Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 109-115, p. 113.

²⁶ On l'admet par exemple en procédure neuchâteloise, voir RJN 2001, p. 145.

²⁷ Message CPC, FF 2006, p. 6958.

révocation de l'administrateur de la copropriété. Sous réserve de la protection dans les cas clairs²⁸, on doit en tout cas l'admettre dans toutes les affaires soumises à la procédure sommaire qui aboutissent à une décision n'ayant pas un simple caractère provisoire²⁹. En effet, il n'est pas possible dans ce cas de se contenter de la vraisemblance et de renvoyer les parties à faire la preuve de leurs prétentions par la voie ordinaire.

4. L'établissement des faits

Sauf exception, la procédure sommaire est soumise à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC). Il revient donc aux parties d'alléguer les faits sur lesquels elles se fondent et de produire les preuves qui s'y rapportent. Comme mentionné ci-dessus, les preuves peuvent, selon nous, être apportées jusqu'à la dernière audience et les allégués complétés à ce stade.

Le Code réserve la maxime inquisitoire en matière de faillite, de concordat ainsi que dans les procédures relevant de la juridiction gracieuse (art. 255 CPC).

En procédure d'appel, les maximes régissant la procédure continuent de s'appliquer. Ainsi, les conditions de l'admission de faits et moyens de preuve nouveaux diffèrent selon que l'affaire relève de la maxime inquisitoire ou de celle des débats. L'admission sera évidemment plus large si la procédure est guidée par la maxime inquisitoire. On pense ici aux cas cités à l'article 255 CPC, soit ceux relevant du domaine des faillites et des concordats, ainsi que ceux relevant de la juridiction gracieuse. Pour ces procédures, les faits et moyens de preuve nouveaux seront admis sans condition jusqu'aux

²⁸ Voir *infra*, p. 282.

²⁹ ATF 120 II 352, consid. 2, sur l'obligation de présenter les comptes (art. 697h al. 2 CO) ; 112 II 145, consid. 2b, et 109 II 47, consid. 2, en matière de droit de l'actionnaire à la consultation des comptes (art. 697 al. 4 CO) ; 126 III 445, consid. 3b, sur le droit de l'héritier à la reddition de comptes.

délibérations³⁰, avec toutefois le risque pour la partie qui les invoque, si elle avait pu le faire en première instance, de se voir condamnée aux frais supplémentaires résultant de son manque de diligence (art. 108 CPC). En revanche, lorsque la maxime des débats s'applique, seuls les faits survenus au-delà du stade auquel ils pouvaient encore être invoqués en première instance (nova proprement dits) seront admis sans restriction. Les faits et moyens de preuve qui n'ont pu être invoqués ou produits malgré la diligence de la partie concernée (nova improprement dits) sont admis, pour autant qu'ils soient produits sans retard (art. 317 CPC).

5. Débats et décision

Le Code prévoit que les débats peuvent être supprimés par le tribunal, qui statuera alors sur pièces. Sont réservés les cas où la loi impose des débats (art. 256 CPC). C'est en particulier le cas en matière de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 273 CPC), de mesures provisoires en procédure de divorce (art. 276 al. 1 CPC) et de mesures protectrices du partenariat enregistré (art. 306 CPC). Le droit à la tenue d'une audience publique, garanti par les articles 6 par. 1 CEDH et 30 al. 3 Cst. féd., ne s'applique que lorsque la procédure en cause aboutit à une décision définitive. Tel n'est pas le cas en matière de mesures provisionnelles³¹. Lorsque la décision prise en procédure sommaire n'a pas un caractère provisoire, la partie qui entend se prévaloir du droit à des débats devra le demander expressément. On pourrait en effet conclure à une renonciation implicite

³⁰ Message CPC, FF 2006, p. 6982. *Contra* : LEUENBERG C., Die neue Schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel, Revue de l'avocat 2008, 332-339, p. 335, qui se réfère pourtant au Message mais retient la clôture de l'échange d'écritures (*Abschluss des Schriftwechsel*).

³¹ ATF 129 I 103, consid. 2.1 ; TF 5P.188/2004 du 9 juillet 2004 in RSPC 2005, p. 65. Sur la renonciation aux débats, voir l'avis critique de GILLIERON P.-R., Les procédures rapides, in TRIGO TRINIDADE/JEANDIN (Edit.), Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 91-108, p. 101 s.

aux débats vu l'article 256 al. 1 CPC, puisque le tribunal est autorisé à y renoncer faute de demande expresse³².

L'obligation de la tenue de débats n'est du reste pas absolue. La Cour européenne des droits de l'homme admet que l'on y renonce lorsque le litige ne soulève aucune question de fait ou de droit qui ne pourrait pas être liquidée de manière adéquate sur la base des actes écrits des parties³³. Il pourra en particulier être renoncé à des débats publics pour des motifs d'économie du procès lorsque seules des questions juridiques ou techniques sont à trancher³⁴.

Les décisions sont communiquées aux parties par la remise du dispositif écrit, soit en audience, soit par la poste (art. 239 al. 1 CPC). Si la décision est communiquée en audience, le tribunal exposera oralement ses motifs de manière sommaire. La motivation écrite du jugement n'est pas obligatoire et il revient aux parties de la demander dans les 10 jours qui suivent sa communication (art. 239 al. 2 CPC)³⁵. A défaut, elles sont réputées avoir renoncé à recourir contre la décision. Si la décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral, les règles de la LTF concernant la notification (art. 112 LTF) doivent être observées (art. 239 al. 3 CPC). Il est à rappeler qu'en procédure sommaire, la motivation écrite peut rester brève.

6. Les voies de recours

Le caractère prompt et peu formaliste de la procédure sommaire s'oppose à un octroi trop large des voies de recours, qui risque de prolonger inutilement le procès et de le rendre plus coûteux. Puisque la décision clôturant une procédure sommaire n'est en principe

³² ATF 129 I 103 ; 127 I 44, consid. 2e/aa ; 121 I 30, consid. 5f ; 119 Ia 221, consid. 5b.

³³ Arrêt CourEDH Jacobsson c/ Suède, du 19.02.1998, recueil des arrêts et décision 1998-1, p. 168-169.

³⁴ ATF 132 III 668.

³⁵ Message CPC, FF 2006, p. 6958.

pas définitive et qu'elle est prise en se fondant sur la vraisemblance, les voies de droit ouvertes à son encontre sont en général limitées. L'article 315 du Cpc JU fait d'ailleurs du recours contre les décisions rendues en procédure sommaire l'exception³⁶.

L'avant-projet de procédure civile suisse (AP-PCS) proposait une voie de recours particulière pour la procédure sommaire. Il était question d'un appel simplifié ou « petit appel »³⁷, faisant l'objet d'un chapitre entier (art. 299 – 309 AP-PCS) et applicable à toutes les décisions rendues en procédure sommaire, ainsi qu'à d'autres décisions, notamment en matière d'assistance judiciaire, de suspension de la procédure ou encore de rémunération d'un expert. La distinction entre l'appel ordinaire et l'appel simplifié ne s'imposait toutefois pas, car seuls divergeaient le délai de recours et l'octroi de l'effet suspensif³⁸. L'idée de créer pour la procédure sommaire une voie de recours spéciale a dès lors été abandonnée. Plus simplement, quelques règles spéciales ont été introduites dans le chapitre dédié à l'appel.

Ainsi, les voies de recours ordinaires³⁹ (appel et recours limité au droit) sont envisageables contre les décisions rendues en procédure sommaire.

L'article 314 CPC, dont le titre marginal est intitulé « procédure sommaire », dispose que le délai d'appel est réduit à 10 jours et que l'intimé ne peut se joindre à l'appel⁴⁰. Concernant le délai, il court à partir du jour de la notification de la motivation écrite du jugement. La motivation écrite n'est pas obligatoire et il revient à la partie qui entend recourir de la demander, dans les 10 jours qui suivent la no-

³⁶ Sur l'art. 314 CPC BE, dont la teneur est identique, voir CHATELAIN J.-P., Du pourvoi en nullité en procédure sommaire, RSJB 1948 70-87, p. 70 s.

³⁷ Rapp. expl. AP-PCS, p. 142-145.

³⁸ Classement des réponses à la procédure de consultation (synthèse du Conseil fédéral), Berne 2004, p. 698 ss et p. 740 ss. V. not. l'avis de la FSA, p. 706.

³⁹ Sur les voies de recours en général, voir LEUENBERGER C. (n. 30), p. 332-339.

⁴⁰ L'art. 348a al. 2 Cpc JU exclut également l'appel incident en procédure sommaire.

tification ou la remise séance tenante du dispositif (art. 239 CPC). En procédure sommaire, il y a lieu de rappeler que la décision peut être motivée de manière brève. Pour cette raison, le Message⁴¹ retient que « la remise d'emblée d'une motivation écrite peut se révéler plus appropriée » qu'une communication de la décision en deux temps (dispositif, puis motivation). S'il ne remet que le dispositif aux parties, le tribunal les rendra attentives à leur droit de demander la motivation écrite et aux conséquences d'une telle renonciation (art. 239 al. 1 let. b CPC).

L'article 314 CPC n'est pas la seule disposition à apporter des précisions en matière de recours contre les décisions rendues en procédure sommaire. Ainsi, l'article 308 al. 1 let. b. CPC retient expressément que l'appel est recevable contre les décisions de première instance octroyant ou refusant des mesures provisionnelles. Cependant, l'article 308 al. 2 CPC indique que, pour les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse doit atteindre Fr 10'000.-. On peut se demander si cette condition s'applique également aux mesures provisionnelles. Le Message le retient logiquement⁴² et prend comme critère la valeur litigieuse de la mesure requise⁴³. Pour le recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre une décision préjudicielle, le calcul de la valeur litigieuse est différent. Aux termes de l'article 51 al. 1 let. c LTF, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions au fond qui restent litigieuses lors du prononcé des mesures⁴⁴. A souligner encore que le recours en matière civile contre des mesures provisionnelles n'est ouvert que si l'intéressé est menacé d'un préjudice irréparable ou que la décision du TF pourrait mettre fin à l'instance (art. 93 LTF). Les motifs de recours sont en outre limités à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF), ce qui apparente le recours en matière civile contre une décision en matière

⁴¹ Message CPC, FF 2006, p. 6952.

⁴² Message CPC, FF 2006, p. 6978.

⁴³ Par exemple en cas de séquestre, la valeur de l'objet séquestré sera déterminante.

⁴⁴ RUDIN B., in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (Edit.), Bundesgerichts-gesetz, Basler Kommentar, Bâle 2008, art. 51 LFors, N 32 s.

de mesures provisionnelle au recours constitutionnel subsidiaire et qui rend relative l'importance de la valeur litigieuse⁴⁵. Comme le calcul diffère, on peut imaginer qu'une ordonnance de mesures provisionnelle soit susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, parce que la valeur litigieuse de l'affaire serait supérieure à Fr 30'000.-, mais que l'appel ne soit pas ouvert, parce que la valeur litigieuse de la mesure requise n'atteindrait pas Fr 10'000.-. Dans tous les cas, le recours (art. 319 à 327 CPC) sera ouvert en vertu de l'article 319 let. a CPC et il sera nécessaire d'épuiser cette voie de droit avant de recourir devant le Tribunal fédéral.

Lorsqu'il est interjeté contre des mesures provisionnelles, l'appel n'a en outre pas d'effet suspensif (art. 315 al. 4 CPC) et seul un risque de préjudice difficilement réparable justifierait la suspension des mesures.

L'appel n'est en revanche pas recevable contre les décisions du tribunal de l'exécution et dans certaines affaires qui relèvent de la LP (art. 57d, 77, 80 – 84, 85, 185 LP et les affaires soumises au tribunal de la faillite ou du concordat)⁴⁶. Contre de telles décisions, seul le recours limité au droit (art. 319 – 327 CPC) est ouvert⁴⁷.

En matière de divorce sur requête commune, l'appel ne peut porter que sur les vices du consentement (art. 289 CPC), comme le prévoit déjà l'article 149 CC, dont l'abrogation est prévue par le CPC.

Si la décision n'est pas sujette à appel, demeure éventuellement la voie du recours limité au droit. Celui-ci est subsidiaire à l'appel (art. 319 CPC) et n'est recevable que pour violation du droit ou constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). En procédure sommaire, le délai de recours est également réduit à 10 jours (art.

⁴⁵ TAPPY D., Les mesures provisionnelles en matière civile dans le nouveau système de recours au Tribunal fédéral, RSPC 2007 99-112, p. 104.

⁴⁶ Comp. art. 344 Cpc JU.

⁴⁷ Message CPC, FF 2006, p. 6978.

321 al. 2 CPC), pour autant qu'aucune disposition spéciale ne prévoit autre chose⁴⁸.

Il est encore à relever que l'article 256 al. 2 CPC prévoit qu'une décision prise dans une procédure relevant de la juridiction gracieuse peut être annulée ou modifiée, d'office ou sur requête, si elle s'avère ultérieurement incorrecte, pour autant que cela ne contrevienne pas à la loi ou au principe de sécurité du droit⁴⁹. Le Message⁵⁰ considère que cette possibilité facilitée de rectification répond à une exigence pratique, en citant l'exemple du certificat d'héritier erroné. Plutôt que d'instituer une telle règle, peut-être aurait-il mieux valu laisser à la pratique le soin de déterminer dans quel cas une telle décision peut être modifiée, voire annulée, sans recourir aux voies de droit habituelles.

C. Le champ d'application

Le CPC énumère, à son article 248, cinq domaines d'application de la procédure sommaire, soit les cas prévus par la loi, les cas clairs, la mise à ban, les mesures provisionnelles et la juridiction gracieuse. L'ordre proposé n'est pas judiciaire. Sont en effet énoncés en premier lieu les « cas prévus par la loi », alors que ceux-ci entrent généralement dans l'une des catégories mentionnées ensuite, en particulier la juridiction gracieuse ou les mesures provisionnelles.

Le CPC dresse ensuite, à ses articles 249 à 251, un catalogue des affaires soumises à la procédure sommaire, tout comme le fait actuellement l'arrêté du Gouvernement jurassien⁵¹. Le catalogue contient un certain nombre de cas prévus par le Code civil (art. 249

⁴⁸ En matière de poursuite pour effets de change par exemple, le délai de recours est de 5 jours (art. 185 LP).

⁴⁹ Une telle disposition existe par exemple à Zurich, § 212 ZPO ZH, mais uniquement pour les procédures ne comprenant pas d'adversaire.

⁵⁰ Message CPC, FF 2006, p. 6958 s.

⁵¹ Arrêté dressant la liste des réquisitions à fin de mesures ou d'ordonnances à prendre ou à rendre en vertu du droit civil vidées selon la procédure sommaire du 30 avril 2002, RSJU 271.10.

CPC), par le Code des obligations (art. 250 CPC) et par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 251 CPC), relevant essentiellement de la juridiction gracieuse. La liste, qui n'est pas exhaustive, n'a pas de portée propre et n'est qu'un simple rappel pour le lecteur du CPC. Ainsi, d'autres actions prévues par le droit matériel sont également soumises à la procédure sommaire. C'est par exemple le cas en matière d'annulation des lettres de rente (et non seulement de cédule hypothécaire comme mentionné à l'article 249 let. d ch. 10 CPC) ou d'annulation des lettres de change (art. 1072 – 1080 CO). Les lois spéciales, fédérales ou cantonales⁵², peuvent également prévoir l'application de la procédure sommaire. Sur le plan cantonal, on pense en particulier aux réglementations d'introduction au Code civil, par exemple en matière de distance aux plantations ou de mitoyenneté. Sur le plan fédéral, on mentionnera l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC) qui prévoit dans certains cas le recours au juge pour ordonner une inscription (art. 154 al. 3, 155 al. 4, 162 al. 4 et 164 ORC).

Le CPC prévoit en outre l'application de la procédure sommaire dans des domaines spécifiques, tels que l'assistance judiciaire (art. 119 al. 3 CPC), les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 ss CPC), le divorce sur requête commune (art. 285 ss CPC), certaines procédures du droit de la filiation (art. 302 CPC) et en matière de partenariat enregistré (art. 305 CPC), ainsi que pour l'exécution des décisions (art. 339 al. 2 CPC).

Finalement, par « *cas prévus par la loi* », il faut comprendre à notre sens non seulement les dispositions qui renvoient expressément à la procédure sommaire, mais également celles qui imposent une telle procédure, au vu de la finalité de la réglementation. Il s'agira généralement de l'un des cas énumérés aux lettres d et e de l'article 248 CPC (mesures provisionnelles et juridiction gracieuse).

⁵² Rapp. expl. AP-PCS, p. 125.

IV. La protection dans les cas clairs

A. Généralités

La protection dans les cas clairs (art. 257 CPC) constitue, en apparence du moins, une des principales innovations du CPC pour les cantons romands. L'institution existe dans un grand nombre de cantons suisses allemands⁵³ et depuis peu au Tessin⁵⁴, généralement sur l'exemple zurichois. La protection dans les cas clairs est sans doute un héritage de l'*Executivprozess*, procédure sommaire connue en droit coutumier allemand⁵⁵. L'*Executivprozess* permettait la délivrance d'un titre exécutoire au terme d'une procédure rapide, limitée généralement aux preuves écrites. Cette procédure tire son nom du recours immédiat à l'exécution forcée sans décision définitive sur le fond, la possibilité étant toujours réservée d'intenter une action en procédure ordinaire. Cette possibilité semble toutefois être apparue à un stade avancé de l'institution⁵⁶, sans avoir apparemment⁵⁷ subi la

⁵³ Voir, entre autres, § 222 ZPO ZH ; art. 222 ZPO UR ; § 164 ZPO TG ; § 176 ZPO SZ ; § 255 ZPO SO ; art. 297 ZPO SH ; art. 197 ZPO SG (pour un cas d'application, voir TF 4P.6/2005 du 30 mars 2005 in RSPC 2005, p. 275) ; art. 243 ZPO OW ; art. 207 ZPO NW ; § 226 ZPO LU ; art. 244 ZPO GL ; art. 247 ZPO AI.

⁵⁴ Art. 488a CPC TI, entré en vigueur le 1^{er} avril 2001 (pour un cas d'application, voir TF 5P.40/2005 du 28 juin 2005 in RSPC 2006, p. 18).

⁵⁵ Sur l'*Executivprozess*, voir WILLICH F. (Edit.), *Justus Claproth's Einleitung in sämtliche summarische Prozesse zum Gebrauch der praktischen Vorlesungen*, Göttingen 1808, p. 245 ss ; MITTERMAIER C., *Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen bürgerlichen Prozesses in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Zivilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozessgesetzgebung*, 2^{ème} éd., Bonn 1840, p. 154 ss ; BAYER H., *Theorie der summarischen Prozesse*, 7^{ème} éd., Munich 1859, p. 87 ss.

⁵⁶ Voir BAYER H (n. 55), p. 92-93 ; MITTERMAIER C. (n. 55), p. 182.

⁵⁷ Il convient cependant de relever que dans la deuxième édition de son ouvrage (Zurich 1958), p. 480, 486, GULDENER (n. 4) soutenait que la protection n'empêchait pas l'introduction d'un procès en la forme ordinaire, ce qui rapprocherait l'institution de l'ordonnance de mesures provisoires (sur la distinction, voir ATF 104 II 216). Il ne nous paraît pas que les législations alémaniques aillent dans ce sens. La seule à réserver expressément le procès en la forme ordinaire est

même évolution dans les législations d'Outre-Sarine. En bref, c'est donc une spécialité typiquement alémanique et plutôt désuète que l'on introduit en procédure civile suisse⁵⁸.

Le Message⁵⁹ relève que toutes les prétentions, y compris pécuniaires, peuvent être invoquées en procédure sommaire si le cas est clair, ce qui n'était, sauf exception⁶⁰, pas prévu en droit cantonal. La limitation s'expliquait par l'existence dans ce domaine de la procédure de mainlevée, elle aussi soumise à la procédure sommaire (art. 25 ch. 2 LP et art. 251 let. a CPC)⁶¹. En matière pécuniaire, la pro-

la loi st-galloise (art. 197 let. a ZPO SG). Or il semble admis dans ce canton également que la décision qui accorde la protection est revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force (TF 4P.6/2005 du 30 mars 2005, consid. 3.4 in RSPC 2005, p. 275). GULDENER M. (n. 4) ne prend plus expressément position dans sa troisième édition (comp. p. 588 et 592).

⁵⁸ La protection dans les cas clairs se distingue en particulier du référé provision du droit français dans la mesure où le jugement rendu sur la base de cette procédure est revêtu de l'autorité de la chose jugée une fois entré en force. L'art. 494 CPC fr. prévoit expressément que les ordonnances de référé « n'ont pas autorité de la chose jugée au principal », ce qui a pour conséquence directe que le juge saisi du fond du litige n'est pas lié par l'ordonnance de référé. Il pourrait, logiquement, ordonner la restitution des sommes versées sur la base de l'ordonnance de référé, même si la doctrine et la jurisprudence françaises n'ont jamais clairement abordé la problématique sous cet angle-là (Voir : ESTOUP P., La pratique des procédures rapides : référé, ordonnance sur requête, procédure d'injonction, Paris 1990, p. 19 ; VUITTON J./ VUITTON X., Les référés : procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale, Paris 2003, p. 233-234, ces auteurs relevant, p. 238, que la jurisprudence tend toutefois à octroyer des pouvoirs toujours plus larges au juge des référés qui peut, désormais, prendre des décisions qui s'apparentent de plus en plus aux décisions sur le fond).

⁵⁹ Message CPC, FF 2006, p. 6959.

⁶⁰ Les commentateurs du Code saint-gallois (LEUENBERGER C./UFFER-TOBLER B., Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons Sankt-Gallen, Berne 1999, N 2a ad art. 197 ZPO SG) retiennent que les conclusions tendant au paiement d'une somme d'argent ou à une constatation de droit sont admises, faute d'indication contraire dans le texte de la loi. GULDENER M. (n. 4) l'exclut dans sa deuxième édition (p. 480) et l'admet dans sa troisième (p. 588).

⁶¹ Il est intéressant de relever que cette limitation existait déjà à Zurich avant l'adoption de la LP. Une procédure comparable à la mainlevée était en effet prévue aux § 63 et 64 de la loi zurichoise de 1851 sur la poursuite pour dettes (*Gesetz über die Schuldbetreibung* du 1^{er} avril 1851). Lors de l'adoption du premier Code de procédure civile zurichois en 1866 (*Zivilprozessordnung* du 30 octobre 1866), la protection dans les cas clairs fut introduite à titre de *Befehlsverfahren* au § 423 du

tection dans les cas clairs offrirait donc une arme supplémentaire au créancier. Au vu des conditions de son octroi, son utilité n'est toutefois pas évidente.

B. Conditions

L'article 257 CPC soumet la protection à trois conditions :

- L'affaire doit être soumise au principe de disposition au sens de l'article 58 CPC. La protection dans les cas clairs est en effet exclue lorsque l'objet du procès relève du juge. C'est le cas en particulier de la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille (art. 296 al. 3 CPC).
- L'état de fait ne doit pas être litigieux ou, s'il l'est, être susceptible d'être immédiatement prouvé.
- La situation juridique doit être claire.

Si la première condition ne soulève pas de difficulté d'interprétation particulière, les deux autres donneront probablement lieu à des débats nourris. Avant de discuter ces deux points, relevons tout de même que l'exclusion des procédures soumises à la maxime d'office ne se justifie pas nécessairement : un enfant peut fort bien agir en mainlevée provisoire de l'opposition formée par le débiteur prétendu de l'entretien, en se fondant sur une convention sous seing privé. On pourrait également envisager une protection pour cas clairs dans une telle situation⁶².

Code, la procédure de mainlevée pour des sommes d'argent demeurant en parallèle. La *Rechtspflegegesetz* de 1874 (*Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege* du 2 décembre 1874) maintint le système au § 563.

⁶² A relever que GULDENER M. (n. 4), p. 588, n'exclut pas par principe la protection dans les cas clairs en cas d'application de la maxime d'office ; cette procédure ne lui paraissait toutefois en général pas appropriée.

1. L'état de fait non litigieux

L'état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il est incontesté. A notre sens, le fait que le défendeur fasse défaut ne signifie pas encore l'absence de litige. On peut le déduire de l'article 223 CPC qui prévoit qu'en procédure ordinaire, à défaut de réponse malgré un bref délai supplémentaire fixé par le tribunal, ce dernier rend la décision finale si la cause est en état d'être jugée et, à défaut, cite les parties aux débats principaux. Il est à relever que l'article 148 al. 2 P-CPC (art. 150 CPC), consacré à l'objet de la preuve, prévoyait que le tribunal statue en fonction de l'ensemble des allégations des parties et de leur attitude si un fait ni contesté ni admis explicitement pouvait être considéré comme contesté. Cet alinéa a été supprimé lors des débats parlementaires, car jugé inutile au regard du principe de la libre appréciation des preuves inscrit à l'article 157 CPC (154 P-CPC) et en contradiction avec l'article 223 CPC (219 al. 2 P-CPC), qui prévoit qu'à défaut de réponse, le juge statue sur la base de la demande s'il considère la cause en état d'être jugée⁶³. Selon l'article 153 al. 2 CPC, le tribunal peut toutefois administrer les preuves d'office lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté.

En matière pécuniaire, la procédure de la LP devrait demeurer la voie idoine lorsque l'état de fait n'est pas litigieux : dans une telle hypothèse, le débiteur ne fera pas opposition au commandement de payer ou, s'il le fait, la mainlevée pourra être obtenue facilement. Demeurent les cas où il n'existe pas de for de poursuite en Suisse.

C'est avant tout en matière d'expulsion de locataires et de fermiers⁶⁴, de restitution d'objet ou de reddition de comptes⁶⁵ que cette protection pourrait se révéler utile en cas d'état de fait non litigieux.

⁶³ BOCE 2007, p. 515.

⁶⁴Message CPC, FF 2006, p. 6960. Les législations de Thurgovie (§ 164 ch. 3) et de Schaffhouse (art. 297 ch.1) mentionnent d'ailleurs ce domaine expressément. Lorsque le cas n'est pas clair, l'expulsion doit être jugée en procédure simplifiée ou éventuellement ordinaire, ce qui est manifestement problématique.

2. L'état de fait susceptible d'être immédiatement prouvé

Concernant la condition de l'état de fait susceptible d'être immédiatement prouvé, le Message CPC⁶⁶ retient que le tribunal devrait se restreindre à l'examen de titres, alors même que des débats oraux auraient lieu. On peut en douter, faute de mention expresse à l'article 257 al. 1 let. a CPC, puisque l'article 254 CPC, qui fixe les moyens de preuve et s'applique également à la protection dans les cas clairs, n'exclut pas les autres moyens de preuve. En effet, on pourrait fort bien imaginer que les faits puissent être immédiatement prouvés à l'audience par l'audition de témoins amenés directement par les parties (art. 170 al. 2 CPC)⁶⁷.

Si le défendeur fait valoir des moyens (objections ou exceptions) qui n'apparaissent pas d'emblée voués à l'échec et qui supposent une administration des preuves complexe, la protection doit être refusée⁶⁸.

A relever que si les preuves sont limitées aux titres, la protection dans les cas clairs fait à nouveau double emploi avec la mainlevée provisoire de l'opposition en matière pécuniaire. Elle présente en revanche un intérêt dans les procédures non pécuniaires.

Inexactement, le Message retient que les faits « *doivent être incontestés et susceptibles d'être immédiatement prouvés* ». Il s'agit évidemment d'une alternative puisque la preuve des faits doit être apportée uniquement si ceux-ci sont contestés (art. 150 al. 1 CPC)⁶⁹.

⁶⁵ Le Tessin a introduit la protection dans les cas clairs en particulier pour la reddition de comptes. Voir TF 5P.40/2005 du 28 juin 2005 *in* RSPC 2006, p. 18.

⁶⁶ FF 2006, p. 6959.

⁶⁷ En droit cantonal, le témoignage n'est pas nécessairement exclu : comp. art. 230 al. 1 ZPO UR ; § 162 al. 3 ZPO TG ; art. 295 AL. 1 ZPO SH ; art. 205 ZPO SG ; art. 206 ch. 5 ZPO NW ; art. 246 ZPO GL ; § 209 ZPO ZH ; § 170 ZPO SZ ; art. 232 al. 2 ZPO OW. Glaris admet l'interrogatoire et l'inspection locale, art. 246 ZPO GL.

⁶⁸ Message CPC, FF 2006, p. 6959 ; GULDENER M. (n. 4), p. 587.

⁶⁹ Message CPC, FF 2006, p. 6959, contredit en p. 6921.

3. La situation juridique claire

Que l'état de fait soit incontesté ou immédiatement prouvé, il faut encore que la situation juridique soit claire.

Selon le Message, cela ne peut être le cas que si la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées⁷⁰. Cela sera par exemple le cas en matière d'expulsion, lorsqu'un congé est donné pour cause de demeure avérée du locataire et que les règles formelles de résiliation ont été respectées. Tel ne sera pas le cas en revanche si la résiliation du bail est intervenue pour cause de justes motifs et que les motifs invoqués peuvent donner lieu à discussion.

D'une manière générale, il nous paraît que la protection dans les cas clairs devrait être refusée lorsque le créancier réclame une indemnité dont la fixation dépend de l'appréciation du juge⁷¹. Dans un tel cas en effet, seule une procédure ordinaire devrait permettre au juge de disposer des éléments lui permettant d'utiliser son pouvoir d'appréciation à bon escient.

Selon GULDENER⁷², le fait qu'une condition de recevabilité prête à discussion n'exclut pas la clarté, qui ne doit porter que sur le droit substantiel. En effet, une controverse quant à la compétence du tribunal saisi par exemple ne devrait pas conduire au rejet de la requête pour défaut de situation juridique claire.

En matière pécuniaire, les cas susceptibles de faire l'objet d'une protection en raison de leur clarté sont ceux qui pourraient aboutir au prononcé d'une mainlevée provisoire de l'opposition. La procédure de mainlevée provisoire semble d'ailleurs plus avantageuse au créancier, puisqu'il pourra bénéficier d'une saisie provisoire (art. 83 al. 1

⁷⁰ Message CPC, FF 2006, p. 6959.

⁷¹ Par exemple, pour l'indemnité due en cas de congé immédiat sans juste motif au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

⁷² GULDENER M. (n. 4), p. 587, note 30.

LP) sur la base de la vraisemblance des faits, et alors même que le débiteur pourrait avoir des arguments à invoquer dans le cadre d'une procédure en libération de dette. En cas de requête de protection, l'entrée en matière sera refusée dès que le débiteur peut invoquer un argument qu'il serait susceptible de faire valoir en procédure ordinaire.

Dès lors, il nous aurait semblé préférable que la protection dans les cas clairs ait été réservée aux litiges non pécuniaires, comme dans les droits cantonaux actuels.

C. Les conditions non mentionnées dans la loi

Même si le Code ne l'indique pas, la cohérence du système veut que la protection dans les cas clairs ne soit à la disposition du demandeur qu'en tant qu'alternative à la voie ordinaire (procédure ordinaire ou simplifiée). Elle n'est pas ouverte dans les cas qui relèvent de la procédure gracieuse, faute de litige. On pourrait éventuellement envisager que la protection dans les cas clairs soit demandée pour valider des mesures provisionnelles ordonnées par le juge (art. 263 CPC), par exemple lorsqu'au stade des mesures provisoires, l'inscription d'une hypothèque légale n'a soulevé aucune contestation⁷³. Ce cas devrait cependant rester l'exception.

D. Nature

La requête de protection est-elle introductive d'instance ? Oui, selon l'article 62 CPC. Si la prétention invoquée est soumise à un délai de prescription ou de déchéance et que la protection est refusée, le demandeur bénéficiera d'un délai d'un mois pour réintroduire sa

⁷³ Voir également Message CPC, FF 2006, p. 6963.

demande selon la bonne procédure aux termes de l'article 63 al. 2 CPC.

A priori, la protection dans les cas clairs pourrait également être demandée lorsque les conclusions du demandeur portent sur une constatation ou sur un droit formateur⁷⁴. Ainsi, lorsqu'un congé en matière de bail est manifestement nul faute de respect des conditions formelles posées par la loi ou qu'il peut être annulé en vertu de l'article 271a CO, le cas clair pourrait être admis. Certaines causes dévolues nécessairement à l'heure actuelle à l'autorité de conciliation en matière de bail pourraient donc lui échapper.

E. Procédure

La protection dans les cas clairs est soumise aux règles de procédure inscrites aux articles 252 à 256 CPC. La procédure est donc introduite par une requête écrite ou orale dictée au procès-verbal. Le défendeur doit être invité à se prononcer oralement ou par écrit⁷⁵.

Quant aux moyens de preuve, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, si l'on avait souhaité les limiter aux titres au sens de l'article 177 CPC, il aurait convenu de le mentionner à l'article 257 al. 1 let. a CPC.

L'article 255 CPC, qui impose la maxime inquisitoire en matière de faillite et de concordat ainsi que dans les procédures relevant de la juridiction gracieuse, ne trouve pas application pour la protection dans les cas clairs, puisque les deux domaines précités sont d'ores et déjà soumis à la procédure sommaire générale. On peut cependant

⁷⁴ Le droit cantonal l'exclut généralement (voir en particulier un jugement de la Cour civile soleuroise du 7 avril 2004, SOG 2004 N 6), sauf pour quelques hypothèses spécifiques (voir GULDENER M. [n. 4], p. 588). Pour Saint-Gall, voir cependant LEUENBERGER C./UFFER-TOBLER B. (n. 60), N 2a ad art. 197 ZPO SG.

⁷⁵ Voir *supra* p. 270 (chap. III, B. 2).

se demander si la maxime inquisitoire sociale ou atténuée⁷⁶ ne doit pas s'appliquer lorsque la voie ordinaire prescrite et à laquelle le demandeur déroge en optant pour la protection dans les cas clairs y est soumise (247 al. 2 CPC)⁷⁷. L'article 247 al. 1 CPC prévoit en effet que le tribunal établit les faits d'office dans le sens où « *il amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuves* ». A notre avis, l'article 255 CPC est exhaustif et le juge ne devra pas, lorsque la protection demandée porte sur une prétention soumise à la maxime inquisitoire sociale, rendre attentives les parties à la nécessité d'amener la preuve évidente et par titre(s) de la prétention invoquée⁷⁸.

F. Décision et exécution

Lorsque le juge considère que les conditions légales sont remplies, il accorde la protection. Dans ce cas, la décision est définitive et elle est revêtue de l'autorité de la chose jugée une fois entrée en force⁷⁹. En revanche, si le juge considère que la protection ne peut être donnée, il doit refuser d'entrer en matière et, partant, déclarer la demande irrecevable, ce qui laisse le litige entier. La décision est communiquée par la remise du dispositif écrit en audience ou par notification⁸⁰, comme c'est le cas d'une manière générale en procédure sommaire.

⁷⁶ Seule la maxime inquisitoire est définie dans la partie générale du CPC, à l'art. 55. La maxime inquisitoire sociale est mentionnée à l'art. 247 CPC exclusivement, de manière relativement confuse. Le Message renvoie à la doctrine et à la jurisprudence en matière de droit du bail et de droit du travail (FF 2006, p. 6956).

⁷⁷ A relever que le projet prévoyait l'application de la maxime inquisitoire atténuée pour toutes les affaires soumises à la procédure simplifiées, soit, en plus des cas mentionnés à présent à l'art. 243 al. 2, à toutes les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse ne dépasse pas Fr 30'000.- (voir art. 243 P-CPC).

⁷⁸ Du même avis : HALDY J., Les procédures spéciales, *Revue de l'avocat* 2008 327-332, p. 330.

⁷⁹ Message CPC, FF 2006, p. 6959.

⁸⁰ Voir *supra* p. 274 (chap. III, B. 5).

Qu'elle accorde la protection ou déclare la requête irrecevable, la décision peut, dans les 10 jours, faire l'objet d'un recours au sens du titre 9 du Code de procédure civile suisse⁸¹. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est ouvert lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions était de Fr 10'000.- au moins (art. 308 al. 2 CPC). Si cette condition n'est pas remplie, un recours limité au droit est possible selon l'article 319 let. a CPC.

Une protection accordée dans un cas clair serait de peu d'intérêt faute de moyens rapides d'exécution forcée. Or, contrairement à ce qu'il retient pour les mesures provisionnelles (art. 267 CPC), le Code ne prévoit pas que le juge ordonne d'office les mesures d'exécution nécessaires. Force est donc de se référer à l'article 236 al. 3 CPC, qui permet au juge de prévoir dans son jugement des mesures d'exécution à la demande de la partie qui obtient gain de cause, disposition applicable de par le renvoi de l'article 219 CPC. Il sera dès lors nécessaire de requérir les mesures d'exécution avant la clôture des débats. Le cas échéant, la décision pourra être exécutée directement sauf requête de suspension de la partie ayant succombé (art. 337 CPC).

Lorsque les conditions du cas clair ne sont pas réunies, la requête sera déclarée irrecevable. Le requérant bénéficiera alors d'un délai d'un mois pour réintroduire son action sans que cela n'interrompe le lien d'instance (art. 63 al. 2 CPC). S'il obtient gain de cause, il ne pourra toutefois pas réclamer le remboursement des frais et dépens provoqués par la procédure sommaire introduite de manière erronée⁸². Le choix de procéder par une requête en protection n'est dès lors pas sans risque pour le demandeur. Lorsqu'un doute n'est pas exclu, requérir la conciliation semble un choix plus approprié.

⁸¹ Message CPC, FF 2006, p. 6977 s. : « En règle générale, toute décision de première instance en matière contentieuse ou gracieuse (décision au fond ou d'irrecevabilité) est sujette à appel, qu'elle ait été prononcée en procédure ordinaire simplifiée, sommaire ou de droit de la famille ».

⁸² BERTI S., Besondere Verfahrensarten gemäss dem bundesrätlichen Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung, Z 2007 339-351, p. 344.

L'autorité de conciliation pourra alors, selon la valeur litigieuse, proposer ou rendre une décision (art. 210-212 CPC). Si la tentative de conciliation échoue, le demandeur, qui reçoit l'autorisation de procéder et obtient gain de cause en procédure ordinaire ou simplifiée, pourra se voir rembourser les frais et dépens liés à la procédure de conciliation.

V. Les mesures provisionnelles

A. Généralités

Obtenir la consécration de ses droits prend du temps. Toute procédure s'inscrit dans la durée. Il n'est pas rare que plusieurs années s'écoulent entre l'introduction de l'instance et le prononcé du jugement. Le procès régi par le Code de procédure civile suisse n'y fera pas exception. Comme tout code de procédure civile, le CPC comprend ainsi un chapitre consacré aux mesures provisionnelles (art. 261-270 CPC).

Les mesures provisionnelles ont globalement trois fonctions⁸³ :

- assurer le succès d'une exécution forcée ultérieure (*Sicherungs-massnahmen*) ;
- régler provisoirement une situation juridique dans l'attente d'un jugement sur la relation juridique en cause (*Regelungsmassnahmen*) ;
- assurer l'administration d'une preuve⁸⁴.

⁸³ GULDENER M. (n. 4), p. 574 ss ; HOHL F. (n. 4), N 2777, p. 229, qui, comme bien d'autres, fait toutefois une catégorie à part des *Leistungsmassnahmen*, équivalant à une exécution anticipée du jugement à intervenir au fond. Voir également ATF 131 III 473 ; 127 III 496.

⁸⁴ La preuve intervient à titre provisionnel dans la mesure où elle dépend du procès au fond, voir GULDENER M. (n. 4), p. 576 s., note 13. Il est cependant exact que la preuve à futur n'a pas à être validée par le dépôt d'une demande, voir HOHL F. (n. 4), N 2779, p. 229 s.

Dans leurs deux premières fonctions, qui vont essentiellement nous retenir ici, les mesures provisionnelles sont consacrées par l'article 262 CPC qui dresse une liste exemplative des mesures envisageables.

La conservation des preuves est quant à elle assurée par l'article 158 CPC, qui permet au tribunal d'administrer en tout temps les preuves mises en danger. Cette disposition renvoie pour la procédure au chapitre consacré aux mesures provisionnelles. Relevons cependant que la « preuve à futur » n'intervient pas exclusivement à titre de mesure provisionnelle⁸⁵. Le Code retient en effet qu'elle est admissible lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande (art. 158 al. 1 let. a CPC), comme c'est par exemple le cas pour la constatation immédiate de défauts (art. 204 al. 2 et 3 et 367 al. 2 CO)⁸⁶, et en vue d'évaluer les chances de succès du procès envisagé (preuve à futur au sens étroit), comme le prévoit l'article 158 al. 1 let. b CPC, qui se réfère à « un intérêt digne de protection » du requérant, sur le modèle bernois⁸⁷.

B. Conditions

L'article 261 al. 1 CPC pose deux conditions cumulatives à l'octroi des mesures provisionnelles. Pour en bénéficier, le requérant doit rendre vraisemblable qu'un droit dont il prétend être titulaire⁸⁸ est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et que cette atteinte est susceptible d'entraîner un préjudice difficilement réparable.

⁸⁵ C'est le cas lorsque l'objet à expertiser peut se dégrader ou en cas de risque de décès d'un témoin, voir GULDENER M. (n. 4), p. 577, note 14.

⁸⁶ Voir la liste dressée dans le Message, FF 2006 p. 6924, et par DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4^e éd., Berne 2001, p. 217 s.

⁸⁷ Art. 222 CPC BE. Sur cette disposition, voir LEUCH G./MARBACH O./KELLERHALS F./STERCHI M. (n. 23), N 1 ss ad art. 222 ; GULDENER M. (n. 4), p. 577. Voir également les art. 220 ss Cpc JU.

⁸⁸ Le Code parle de « prétention », par quoi il faut entendre un droit dont le requérant prétend être titulaire.

Ces deux conditions sont classiques⁸⁹. On les retrouve en particulier à l'article 28c al. 1 CC en matière de protection de la personnalité. Les articles 28c à 28f CC, dont le CPC s'inspire, s'appliquent d'ailleurs aujourd'hui déjà dans divers domaines, puisque les lois sur les biens immatériels⁹⁰ et en matière de concurrence⁹¹ y renvoient⁹². Ces renvois seront abrogés lors de l'entrée en vigueur du Code⁹³.

En bref, le requérant doit rendre vraisemblable la nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent menaçant ses droits, soit qu'ils risquent de ne plus pouvoir être consacrés, ou seulement tardivement⁹⁴.

Le risque de préjudice difficilement réparable implique l'urgence⁹⁵. Si le requérant tarde trop, sa requête risque d'être rejetée, dans le cas où le tribunal arrive à la conclusion qu'une procédure ordinaire introduite à temps aurait abouti à un jugement au fond dans des délais équivalents⁹⁶. Pour le Tribunal fédéral, l'urgence est une notion rela-

⁸⁹ Elles sont énoncées dans de nombreux codes cantonaux, voir GULDENER M. (n. 4), p. 578. Voir ég. art. 327 ch. 3 Cpc JU, lorsque la prétention consiste dans autre chose qu'une prestation d'argent ou de sûretés.

⁹⁰ Art. 65 LDA ; art. 59 LPM ; art. 38 LDes ; art. 43 de la Loi sur la protection des obtentions végétales (RS 232.16).

⁹¹ Art. 14 LCD et art. 17 LCart.

⁹² FF 2006, p. 6961 ; SCHLOSSER R., Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, Sic ! 2005 339-361, p. 339 ss.

⁹³ En revanche, le CPC ne prévoit pas (volontairement ?) d'abroger toutes les dispositions fédérales qui prévoient la possibilité de requérir des mesures provisoires sans en fixer les conditions, voir par exemple les art. 574 al. 3, 625 al. 2, 831 al. 2, 1080 CO. L'art. 643 al. 3 CO sur les mesures provisoires en cas de dissolution d'une société anonyme est toutefois abrogé.

⁹⁴ GULDENER M. (n. 4), p. 578 ; SJ 1985, p. 478.

⁹⁵ Il n'y a donc probablement pas lieu d'en faire comme HOHL F. (n. 4), N 2808, p. 234, une condition distincte de celle du risque de préjudice difficilement réparable.

⁹⁶ TF in Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur (RSPIDA) 1983, p. 148, consid. 3.

tive : elle comporte des degrés et s'apprécie moins selon des critères objectifs qu'au regard des circonstances⁹⁷.

Par préjudice, il ne faut pas comprendre exclusivement un dommage patrimonial⁹⁸. Le dommage peut être immatériel⁹⁹. Il peut aussi s'agir d'un trouble¹⁰⁰. Un préjudice peut ainsi consister dans l'impossibilité d'exercer son droit aux relations personnelles avec l'enfant.

Tant l'existence du droit (substance et titularité), sa violation ou l'imminence de sa violation que le risque d'un préjudice difficilement réparable doivent être rendus *vraisemblables* par le requérant (art. 261 al. 1 CPC)¹⁰¹. La vraisemblance s'oppose à la conviction absolue ; elle peut être admise même si le tribunal doit compter encore avec la possibilité que les faits pour lesquels parlent certaines preuves ne se confirment pas¹⁰². Un risque de préjudice irréparable est admis largement en matière d'atteinte à la personnalité¹⁰³ ou de concurrence déloyale¹⁰⁴.

⁹⁷ Cas d'application de l'art. 327 Cpc JU : TF 4P.263/2004 du 1^{er} février 2005, *in* RJJ 2005, p. 234-237, *ég. in* RSPC 2005, p. 414 s. et note de WALTHER F.

⁹⁸ Voir GULDENER M. (n. 4), p. 578, note 23c, qui cite l'exemple de l'intérêt du requérant à pouvoir obtenir une exécution en nature, même si une exécution en argent serait le cas échéant possible si l'exécution en nature ne l'était plus.

⁹⁹ Message CPC, FF 2006, p. 6961.

¹⁰⁰ Art. 28a al. 1 ch. 3 CC ; DESCHENAUX/STEINAUER (n. 86), N 644a, p. 219.

¹⁰¹ Voir TF 5P.422/2005 du 9 janvier 2006 *in* SJ 2006 I 371, et les références ; ATF 117 II 127 ; 104 Ia 408 ; HOHL F. (n. 4), N 2757 ss, p. 225 s. ; HESS-BLUMER A., *Die Schutzschrift nach Eidgenössischem und Zürcherischem Recht*, thèse Zurich 2001, p. 14. Relevons, à titre de comparaison, que la suspension provisoire de la poursuite prévue par l'art. 85a al. 2 LP suppose une demande très vraisemblablement fondée, voir Tribunal du district du Val-de-Travers, RJN 1997, p. 342.

¹⁰² Voir par exemple TF 5P.422/2005 du 9 janvier 2006 *in* SJ 2006 I 371 ; TF 5P.285/2000 du 14 septembre 2000 ; ATF 103 II 287 ; 99 II 344.

¹⁰³ DESCHENAUX/STEINAUER (n. 86), N 644a, p. 219 ; RSJ 1991, N 41, p. 284 ss ; ZR 83 (1984), N 18, p. 53 ss.

¹⁰⁴ Voir SCHLOSSER R. (n. 104), p. 339 ss, 347.

La mise en balance des *intérêts respectifs* des parties est également exigée par le TF, quel que soit le type de mesures requises. La pesée d'intérêts prend en compte le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire et les conséquences que celle-ci entrainerait pour le requis. S'agissant de mesures d'exécution anticipée du jugement, les exigences sont encore plus strictes. Dans un tel cas, les chances de succès du requérant dans la procédure au fond doivent être évaluées soigneusement et proportionnellement au préjudice encouru par le requis¹⁰⁵. Ainsi, pour une requête tendant à interdire de manière anticipée au travailleur de faire concurrence selon l'article 340b CO, le TF considère que « [p]lus une mesure provisionnelle atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences pour faire reconnaître le bien-fondé de la demande quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties »¹⁰⁶.

L'article 261 al. 2 CPC prévoit que la partie adverse peut écarter une mesure provisionnelle si elle fournit¹⁰⁷ des *sûretés appropriées* (le plus souvent sous forme d'argent, éventuellement de titres ou de garantie bancaire¹⁰⁸). Le Message¹⁰⁹ se réfère au principe de proportionnalité, qui s'applique d'une manière générale aux mesures provisoires, en particulier quant au choix de la mesure à prononcer (art. 262 CPC)¹¹⁰.

¹⁰⁵ ATF 131 III 473, consid. 2.3 ; TF 4A_367/2008 du 14 novembre 2008, consid. 4.2, *in* sic ! 2009, p. 159-161.

¹⁰⁶ ATF 131 III 473, consid. 3.2 ; confirmé par TF 4A_367/2008 du 14 novembre 2008, consid. 4.2, pour l'ensemble des mesures d'exécution anticipée du jugement.

¹⁰⁷ Et non seulement propose de fournir, voir ATF 103 II 287 ; ATF 94 I 8.

¹⁰⁸ Voir BOHNET F. (n. 19), ad art. 148 CPCN, et les références.

¹⁰⁹ Message CPC, FF 2006, p. 6962.

¹¹⁰ ATF 94 I 8, JdT 1968 I 643 ; Cour de cassation civile neuchâteloise 7267 du 27 mai 1997, cité par BOHNET F. (n. 19), N 1 ad art. 122 CPCN ; HOHL F. (n. 4), N

A relever que l'article 266 CPC soumet à des conditions plus strictes l'octroi de mesures provisionnelles contre un *média à caractère périodique*, reprenant ainsi l'article 28c al. 3 CC. Dans un tel cas, l'atteinte doit être imminente, propre à causer un préjudice particulièrement grave et être manifestement injustifiée. La mesure, quant à elle, doit être proportionnée à la gravité de l'atteinte contre laquelle elle est dirigée¹¹¹.

C. Types de mesures

L'article 262 CPC dresse une liste non exhaustive¹¹² des mesures qui peuvent être ordonnées. Y figurent :

- l'interdiction ;
- l'ordre de cessation d'un état de fait illicite ;
- l'ordre à une autorité qui tient un registre ou à un tiers ;
- la fourniture d'une prestation en nature ;
- le versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit.

Les trois premières mesures envisagées par le CPC visent en particulier à assurer le succès d'une exécution forcée ultérieure (*Sicherungsmassnahmen*), même si elles peuvent aussi parfois consister en des *Regelungsmassnahmen*¹¹³. Pourraient encore être cités dans les *Sicher-*

2805, p. 234 ; FRANK R./STRÄULI H./MESSMER G., *Kommentar zur zürcherischen ZPO*, 3^e éd., Zurich 1997, N 26 ad § 110.

¹¹¹ DESCHENAUX/STEINAUER (n. 86), N 679 p. 235 ; TF 5P.308/2003 du 28 octobre 2003 ; Cour de Justice GE, SJ 2001, p. 341.

¹¹² En matière de propriété intellectuelle, le CPC maintient également dans les dispositions légales topiques un catalogue exemplatif, voir par exemple art. 59 al. 2 LPM nouveau : « La personne qui requiert des mesures provisionnelles peut notamment exiger du juge qu'il ordonne les mesures propres à assurer la conservation des preuves, à déterminer la provenance des objets portant illicitement la marque ou l'indication de provenance, à préserver l'état de fait ou à assurer l'exécution provisoire des prétentions en prévention ou en cessation du trouble ».

¹¹³ Par exemple l'ordre de réouverture d'un droit de passage, dans l'attente du jugement au fond, voir Cour de cassation civile neuchâteloise, RJN 1996, p. 64,

ungsmassnahmen le séquestre, la consignation ou la mise sous scellés de l'objet litigieux.

Le CPC prévoit expressément la possibilité d'adresser un ordre à un tiers (une banque par exemple¹¹⁴). Divers codes cantonaux l'admettent d'ores et déjà¹¹⁵. Cette précision est entre autres utile en matière de noms de domaine sur internet : un transfert provisoire pourrait être requis auprès de Switch par exemple¹¹⁶.

Quant aux prestations en nature et en argent (*Leistungsmassnahmen*), elles visent typiquement à régler provisoirement une situation juridique dans l'attente du jugement (*Regelungsmassnahmen*). Pour les prestations en argent, le Code exige que le cas soit prévu expressément par la loi¹¹⁷. On pense en particulier aux procédures de divorce (art. 276 al. 1 CPC, qui renvoie aux art. 172 – 179 CC), aux demandes d'aliments, liées ou non¹¹⁸ à une action en paternité (art. 281-283 CC, remplacés par l'art. 303 CPC).

L'article 269 CPC réserve encore les mesures conservatoires prévues par la LP pour l'exécution de créances pécuniaires, les mesures de sûreté en matière de successions et les mesures prévues par la loi sur les brevets d'invention (LBI) pour les actions en octroi de licence.

ou une expulsion à titre provisoire, voir Cour de cassation civile neuchâteloise, RJN 1985, p. 48. Voir également ATF 131 III 473, consid. 2.3.

¹¹⁴ Cour de justice GE, SJ 2001 I 4, et les références ; ATF 79 II 285.

¹¹⁵ Voir GULDENER M. (n. 4), p. 579 ; FRANK R./STRÄULI H./MESSMER G. (n. 110), N 28 ad § 110.

¹¹⁶ Voir par exemple Tribunal d'arrondissement de Lausanne, 23 juillet 2001, *in* sic ! 2002, p. 55.

¹¹⁷ La loi va dans le sens de la jurisprudence qui n'admet pas, hors les cas prévus par le droit matériel et la LP, l'octroi provisoire de sommes d'argent, voir ATF 113 II 465 ; 108 II 180 ; 108 II 509 ; 106 III 92, JdT 1982 II 10 ; 86 II 291 ; 85 II 194, JdT 1959 II 121 ; 79 II 285 ; 74 II 47.

¹¹⁸ La lacune du projet, qui ne prévoyait pas de base légale pour l'octroi de pension à titre de mesure provisionnelle en cas de demande d'aliments indépendante (art. 299 P-CPC) a été comblée par le Conseil des Etats lors de la session de juin 2007, sur proposition de sa commission juridique (art. 303 al. 1 CPC). Nous critiquons cette lacune dans une contribution rédigée à l'époque du projet : BOHNET F. (n. 15), p. 290.

Il convient d'être particulièrement restrictif lorsque la mesure consiste en une exécution anticipée du jugement à venir¹¹⁹. C'est le cas en particulier lorsque la décision sur la mesure requise est susceptible d'avoir un effet définitif, parce que le litige n'a plus d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles, ce qui se produit par exemple en matière d'interdiction de faire concurrence (art. 340b al. 3 CO)¹²⁰.

Savoir si une mesure provisoire peut consister en un constat (par exemple le caractère illicite d'une atteinte) est sujet à débat¹²¹. Il faut l'admettre selon nous.

D. Procédure

1. Généralités

Les procédures de mesures provisoires sont régies par les règles de la procédure sommaire (art. 252-256 CPC). Ainsi, la procédure est introduite par requête (art. 252 CPC) à laquelle la partie adverse peut répondre soit oralement, soit par écrit (art. 253 CPC), à moins que l'octroi de mesures superprovisionnelles, sans audition préalable de la partie adverse, ne se justifie (art. 265 CPC ; voir ci-après). La preuve est rapportée par titre (art. 254 al. 1 CPC), ou par d'autres moyens de preuve si leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure (art. 254 al. 2 let. a CPC). L'audition de témoins ou une vision locale pourrait parfaitement se concevoir au stade des mesures provisoires. Selon la jurisprudence, dans la mesure où la preuve

¹¹⁹ ATF 125 III 451, consid. 3c, JdT 2000 I 163 : « Sur le plan de l'efficacité de la protection du droit, une mesure d'exécution anticipée peut également se révéler indispensable lorsque, du fait de l'inexécution prolongée de la prestation, le requérant est menacé de dommages, par exemple une importante perte de clientèle, qui minent ou rendent complètement inutile tout succès au fond » ; GULDENER M. (n. 4), p. 575, note 5.

¹²⁰ ATF 131 III 473. Voir *supra*, p. 296.

¹²¹ Voir en particulier DESCHENAUX/STEINAUER (n. 86), N 649, p. 220, et les références à la doctrine et la jurisprudence en note 23.

se limite à la vraisemblance, le requérant n'est pas limité aux moyens de preuve légaux : « s'il semble digne de foi et que ses allégués sont plausibles, son affirmation peut déjà suffire »¹²².

2. Les mesures avant litispendance

Les mesures provisionnelles visant à assurer la protection immédiate d'un droit menacé par un danger imminent, il faut que le requérant puisse déposer sa requête à bref délai. L'article 263 CPC permet ainsi au requérant d'introduire une requête de mesures provisoires avant l'ouverture de l'instance. Celui-ci peut donc se limiter dans son acte à la démonstration de la vraisemblance de l'atteinte ou de son imminence, ainsi que du risque d'un dommage difficilement réparable.

La requête doit être déposée à l'un des fors prévus par l'article 13 CPC, qui reprend les termes de l'article 33 LFors. Ainsi la mesure peut être requise au for de la demande principale¹²³ ou au lieu où elle doit être exécutée¹²⁴. L'article 13 CPC, qui prévoit que ce for est impératif, réserve les dispositions contraires de la loi. On songe en particulier aux mesures provisionnelles en matière de requêtes et d'actions fondées sur le droit du mariage (art. 23 CPC), ainsi qu'aux requêtes et actions en matière de partenariat enregistré (art. 24 CPC).

¹²² Voir TF 5P.285/2000 du 14 septembre 2000, consid. 2c ; GULDENER M. (n. 4), p. 323, note 28.

¹²³ Le requérant peut le cas échéant choisir entre plusieurs fors alternatifs ouverts pour la demande au fond. En revanche, une fois la demande au fond déposée, le choix se limite au tribunal saisi et à celui du lieu d'exécution, voir KELLERHALS F. et GÜNGERICH A., in KELLERHALS F./VON WERDT N./GÜNGERICH A., Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2^{ème} éd., Berne 2005, art. 33 LFors N 25 ; LEUENBERGER C., in SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (Edit.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 33 LFors N 24.

¹²⁴ Voir par exemple TF 5A_95/2008 du 20 août 2008, in RSPC 2009, p. 120, et la note de WALTHER F.

Si le litige entre dans la compétence de l'instance cantonale unique ou du tribunal de commerce, les mesures provisionnelles avant litispendance doivent être requises auprès de cette même instance (art. 5 al. 2 et 6 al. 5 CPC). Le Code empêche ainsi sur la souveraineté des cantons en matière de compétence matérielle (art. 4 CPC), ceci dans le but d'éviter un éclatement de la procédure¹²⁵.

Il n'est pas inutile de rappeler ici que des mesures provisoires ne peuvent intervenir en matière de divorce qu'une fois la procédure introduite (art. 274-276 CPC). En effet, les mesures avant litispendance sont les mesures protectrices de l'union conjugales, *lex specialis* par rapport aux mesures provisionnelles générales¹²⁶.

Si le juge accorde les mesures requises, il fixe au requérant un délai pour introduire l'instance, sous peine de caducité des mesures ordonnées. L'article 263 CPC parle uniquement de « *dépôt de la demande* » car lorsque le tribunal fixe un délai au demandeur pour procéder, il n'y a pas de préalable de conciliation (art. 198 let. h CPC). Cependant, des mesures provisoires peuvent également être validées par une *requête* en protection dans les cas clairs¹²⁷.

Contrairement à l'article 28e al. 2 CC, qui fixe un délai maximum à 30 jours pour introduire l'instance, rien n'est précisé à l'article 263 CPC. Et le Code est muet sur la durée des délais judiciaires dans sa partie générale (comp. art. 142 ss CPC). Le Message n'en dit pas plus¹²⁸. En pratique, le délai de 30 jours prévu par l'article 28e al. 2 CC se révèle souvent insuffisant. D'une manière générale, le juge ne devrait cependant pas accorder un délai supérieur à trois mois, ce qui correspond au délai légal et non prolongeable¹²⁹ octroyé au de-

¹²⁵ Message CPC, FF 2006, p. 6877 s.

¹²⁶ PIQUEREZ G., La procédure des mesures protectrices de l'union conjugale selon les articles 172 ss CC, RJJ 1993 101-131, p. 119 ; HALDY J. (n. 78), p. 330.

¹²⁷ Le Message le mentionne expressément pour la requête en destruction complète d'objets contrefaits, voir Message CPC, FF 2006, p. 6963.

¹²⁸ Comp. Message CPC, FF 2006, p. 6963.

¹²⁹ Voir art. 209 al. 3 CPC, en relation avec l'art. 144 al. 1 CPC.

mandeur pour procéder suite à l'échec de la tentative de conciliation. Il reviendra à la jurisprudence d'établir les principes et les circonstances à prendre en compte, dont notamment, à notre avis, la difficulté de la cause. Relevons encore que la prolongation du délai fixé par le juge n'est pas exclue (art. 144 al. 2 CPC).

Il y a lieu d'examiner les moyens à disposition du requérant lorsque celui-ci ne voit sa requête que partiellement accueillie. S'il décide de recourir contre l'ordonnance, le requérant devrait parallèlement agir en validation des mesures ou, éventuellement, demander plusieurs prolongations du délai en justifiant celles-ci par l'attente d'une décision sur son recours visant à l'octroi de plus amples mesures provisionnelles.

Faute de respect du délai fixé, les mesures deviennent caduques¹³⁰. Se pose alors la question de la réparation du préjudice éventuel causé par les mesures provisionnelles¹³¹, qu'il reviendrait à la partie contre laquelle les mesures ont été ordonnées de démontrer¹³².

A notre sens, le délai échu, il ne reste le cas échéant au requérant qu'à déposer une nouvelle requête¹³³, ou intenter une action au fond. Une restitution de délai au sens de l'article 148 CPC est sans effet. La mesure est caduque de plein droit à l'échéance du délai et on peut difficilement concevoir qu'elle soit ravivée après coup.

3. Les mesures après litispendance

Les mesures provisionnelles peuvent également être requises après l'introduction de l'instance, par exemple au moment du dépôt de la requête en conciliation, ou à un stade ultérieur de la procédure.

¹³⁰ Voir par exemple TF in SJ 1992, p. 578.

¹³¹ Voir *infra*, p. 304 (chap. V, D. 5).

¹³² Voir GUTMANN C., Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Thèse, Bâle 2006, p. 89, et les références.

¹³³ TF in SJ 1992, p. 578.

Le for est également régi par l'article 13 CPC. S'il n'est pas exigé du requérant qu'il dépose sa requête au même lieu que la demande au fond (il peut également agir au lieu d'exécution¹³⁴), des considérations pratiques l'y pousseront généralement.

Les mesures requises doivent préfigurer le jugement : une identité d'objet entre les mesures provisionnelles et les conclusions au fond est donc exigée¹³⁵.

4. Les mesures superprovisionnelles

En cas de danger particulièrement imminent ou lorsque le fait de donner connaissance de la requête à la partie requise risquerait de prêter l'exécution des mesures, celles-ci peuvent être ordonnées par le juge sans audition préalable de la partie adverse.

Dans une telle hypothèse, le tribunal cite dans son ordonnance de mesures superprovisionnelles (qui doit être motivée¹³⁶) les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai (art. 265 al. 2 CPC). Si une audience ne s'impose pas¹³⁷, le juge peut également fixer un délai à la partie adverse pour se prononcer par écrit. Le droit d'être entendu de l'adversaire respecté, le juge se prononce à nouveau et confirme, infirme ou modifie les mesures prononcées à titre pré-provisionnel.

Si les mesures superprovisionnelles sont accordées, la partie requise ne peut recourir que contre le prononcé du juge rendu après son audition¹³⁸. En revanche, si la requête de mesures superprovisionnelles est rejetée, le requérant peut interjeter appel contre ce prononcé (art. 308 al. 1 let. b CPC), lorsque la valeur litigieuse requise

¹³⁴ Voir n. 123.

¹³⁵ Comp. Tribunal cantonal NE, RJN 1 I 151 ; Cour de justice GE, SJ 1980, p. 343.

¹³⁶ TF 5P.144/2003 du 5 mai 2004 *in* RSPC 2005, p. 64 s.

¹³⁷ Voir *supra*, p. 274 (chap. III, D.5).

¹³⁸ Comp., devant le Tribunal fédéral, TF 5A_678/2007 du 8 janvier 2008 ; TF 5P.307/2004 du 6 octobre 2004 *in* RSPC 2005, p. 202 ss, et la note de WALTHER F. ; voir ég. TAPPY D. (n. 45), p. 107.

est atteinte. A défaut, le requérant pourra déposer un recours, en rendant vraisemblable qu'il est exposé à un préjudice difficilement réparable selon l'article 319 let. b ch. 2 CPC.

5. Sûretés et dommages-intérêts

L'article 264 al. 1 CPC prévoit que le tribunal peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures provisionnelles risquent de causer un dommage à la partie adverse. A notre sens, les sûretés peuvent être ordonnées par le tribunal sans requête de la partie adverse, en particulier¹³⁹ lorsque les mesures sont demandées à titre superprovisionnel¹⁴⁰. Comme le relève le Message¹⁴¹, les sûretés peuvent être requises en tout temps, de même qu'elles peuvent être réduites ou augmentées suivant les circonstances¹⁴².

L'exigence des sûretés ne devrait pas devenir la règle. A Neuchâtel par exemple, le juge y renonce lorsque les mesures provisoires requises n'ont pas d'autre but que le maintien d'une situation conforme au droit¹⁴³. Plus le droit du requérant paraît fondé, moins le dépôt de sûretés ne se justifie¹⁴⁴.

Les sûretés ne sont pas libérées d'office en cas de caducité des mesures ou de jugement entré en force. L'article 264 al. 3 CPC retient que les sûretés ne sont restituées que lorsqu'il est établi qu'aucune action en dommages-intérêts ne sera intentée. C'est évidemment le cas lorsque le jugement donne raison au requérant et confirme le prononcé provisionnel. En cas de doute, le Code prévoit que le tribunal impartit un délai pour agir à la partie contre laquelle les mesures ont été ordonnées. Rien n'est indiqué quant à la durée de

¹³⁹ GUTMANN C. (n. 132), p. 15, et les références.

¹⁴⁰ L'art. 265 al. 3 CPC le précise expressément.

¹⁴¹ Voir Message CPC, FF 2006, p. 6963.

¹⁴² Le même principe vaut pour les mesures provisionnelles lorsque les circonstances se sont modifiées, comp. art. 268 CPC.

¹⁴³ Cour de cassation civile NE, RJN 1984, p. 87.

¹⁴⁴ GUTMANN C. (n. 132), p. 15, et les références.

ce délai, qui ne devrait probablement pas dépasser trois mois. Une prolongation est envisageable (art. 144 al. 2 CPC).

Si les mesures provisionnelles se révèlent injustifiées¹⁴⁵, à savoir lorsque la prétention sur laquelle elles se fondaient s'avère mal fondée¹⁴⁶, le requérant répond du dommage en résultant (art. 264 al. 2 CPC). Toutefois, si le requérant démontre qu'il les a demandées de bonne foi, le tribunal peut réduire les dommages-intérêts ou n'en allouer point (art. 264 al. 2, 2^e phrase, CPC). Le principe est repris de l'article 28f CC. Mais, plutôt que de « *faute* », expression employée à cette disposition, le Code parle de « *bonne foi* » du requérant. Selon le rapport à l'appui de l'avant-projet¹⁴⁷, « *de bonne foi* » signifie que la mesure provisionnelle a été sollicitée pour des raisons qui la faisaient apparaître comme objectivement justifiée au moment où la requête a été déposée. Le Message¹⁴⁸ relève que le Code institue une responsabilité causale simple, sans évoquer la différence terminologique entre le texte proposé et l'article 28f CC, dont il s'inspire. Le choix est en fait judicieux : en responsabilité objective, la faute, soit la violation intentionnelle ou négligente d'un devoir, ne joue pas de rôle : la maladie ou l'incapacité de discernement ne sont pas libératoires. Seul peut l'être, lorsque la responsabilité objective est simple ou atténuée, la preuve de l'absence de violation des devoirs que présume la responsabilité objective. Il s'agit généralement de la diligence (art. 333 al. 1 CC ; 56 et 58 CO) ou encore de l'exercice conforme et non excessif d'un droit (art. 679 CC).

¹⁴⁵ L'octroi de mesures provisionnelles justifiées n'engage pas la responsabilité du requérant, voir ATF 105 II 49. Sur la distinction entre le caractère injustifié ou illicite des mesures, voir GUTMANN C. (n. 132), p. 53 ss et les références en note 255. Dans la mesure où le requérant peut se libérer en démontrant sa bonne foi, savoir si le caractère injustifié de la mesure suffit, ou s'il faut encore que le requérant ait « agi par dol ou négligence grave » est sans incidence (ATF 112 II 32 ; FRANK R./STRÄULI H./MESSMER G. [n. 110], N 3 ad § 230 ; GUTMANN C. [n. 132], p. 55 ss).

¹⁴⁶ Comp. art. 28f CC ; § 230 ZPO ZH.

¹⁴⁷ Rapp. expl. AP-PCS, p. 133.

¹⁴⁸ Message CPC, FF 2006, p. 6963.

En cas de dommage résultant de mesures provisionnelles contredites par la décision au fond, deux choix sont envisageables : soit le législateur institue une responsabilité objective aggravée¹⁴⁹, sans possibilité de preuve libératoire, soit il opte pour une responsabilité objective simple et tient compte des circonstances dans lesquelles le requérant a agi¹⁵⁰. C'est pour cette deuxième solution qu'a opté le législateur, peut-être à raison : il est souvent difficile pour le requérant d'apprécier l'ensemble des risques et de connaître avec exactitude les mesures que la partie adverse entend prendre et qui peuvent lui causer un préjudice.

En procédure, le principe de la bonne foi déduit de l'article 2 CC s'impose autant au juge qu'aux parties (art. 52 CPC)¹⁵¹. Le lien d'instance crée une relation spécifique entre les parties qui leur impose des devoirs, en particulier celui de se conformer au principe précité¹⁵². Il était donc logique de s'y référer, plutôt que d'envisager une obligation de diligence du requérant. En droit judiciaire, la notion de diligence renvoie avant tout au devoir de l'avocat face à son client.

L'action en dommages-intérêts peut être intentée au domicile ou au siège du défendeur ou au lieu où les mesures ont été ordonnées (art. 37 CPC).

¹⁴⁹ C'est le cas dans divers cantons, voir par exemple art. 333 al. 1 CPC JU ; art. 136 CPC NE ; art. 381 CPC FR ; art. 332 al. 1 CPC BE ; § 262 CPC BS. Voir aussi l'art. 84 PCF. Le recours à une responsabilité objective aggravée a été admis par le Tribunal fédéral : ATF 88 II 276, JdT 1963 I 140 ; 47 II 472.

¹⁵⁰ Art. 28f CC ; art. 296 CPC VS. Les Grisons retiennent une responsabilité pour faute uniquement, voir art. 53 ZPO GR.

¹⁵¹ TF 4C.36/2000 du 21 janvier 2002 in SJ 2002 I 293 ; TF in DB 13/2001, 35, N 24 ; ATF 119 II 386 ; 111 Ia 52 ; GULDENER M., Treu und Glauben im Zivilprozess, RSJ 1943, p. 395.

¹⁵² Voir TF (21.12.2007) in RSPC 2008 p. 140 ; ATF 130 III 396, consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87 ; 115 Ia 12, consid. 3, JdT 1991 I 105.

E. Décision et exécution

La décision quant aux mesures provisoires peut être communiquée aux parties sans motivation écrite par la remise du dispositif (art. 239 al. 1 CPC). Si une des parties entend contester la décision, elle en demandera, dans un délai de 10 jours, la (brève) motivation écrite (art. 239 al. 2 CPC)¹⁵³. A noter que la décision sur les frais des mesures provisionnelles peut être renvoyée à la décision finale (art. 104 al. 3 CPC). De plus, les frais n'ont pas nécessairement à être répartis suivant le sort de la cause au fond¹⁵⁴.

Afin d'assurer une exécution rapide, l'article 267 CPC prévoit que le tribunal qui a ordonné les mesures provisionnelles prenne les dispositions d'exécution qui s'imposent. Les mesures d'exécution sont celles prévues aux articles 340 ss CPC.

L'appel contre l'ordonnance de mesures provisionnelles, dont la recevabilité est expressément prévue à l'article 308 CPC¹⁵⁵, n'a pas d'effet suspensif, excepté si la partie recourante risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 315 al. 4 et 5 CPC).

F. Décision et révocation des mesures

Les mesures provisionnelles ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée une fois entrées en force¹⁵⁶. Elles peuvent être modifiées ou révoquées, s'il s'avère par la suite qu'elles sont injustifiées ou que les circonstances se sont modifiées (art. 268 al. 1 CPC).

¹⁵³ Message CPC, FF 2006, p. 6958.

¹⁵⁴ Voir TF 5P.496/2006 du 22 janvier 2007, consid. 3, *in* RSPC 2007, p. 169 s.

¹⁵⁵ Voir *supra*, p. 276 (chap. III, B 6).

¹⁵⁶ Voir BERTI S. (n. 82), p. 346, qui cite l'ATF 127 III 496 ; WALTHER F., *Note in* RSPC 2005, p. 203-205.

Tout au plus doit-on admettre une autorité de la chose jugée relative aux mesures dites de réglementation (en particulier en matière de divorce) en ce sens qu'elles déploient leurs effets pour la durée du procès tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées, le jugement de divorce ne pouvant pas revenir rétroactivement sur ces mesures¹⁵⁷.

G. Le mémoire préventif

L'article 270 CPC accorde la faculté à celui qui craint que des mesures *ex parte* ne soient requises à son encontre de prendre position par anticipation sur la requête en déposant un mémoire préventif¹⁵⁸ (*Schutzschrift*) auprès du ou des tribunaux qui pourraient être saisis par la partie adverse.

Si le mémoire préventif n'est pas prévu par les codes de procédure civile cantonaux, il n'est pas inconnu en Suisse alémanique où la pratique l'admet, dans certains cantons, depuis les années quatre-vingt. Tel est le cas des tribunaux de commerce des cantons de Zurich¹⁵⁹, Argovie¹⁶⁰ et Saint-Gall¹⁶¹. Le Tessin¹⁶² et Genève¹⁶³ l'admettent également. Certains cantons, comme Zoug, déclarent

¹⁵⁷ Voir PIQUEREZ G. (n. 126), p. 128 ; ATF 127 III 496 ; TF *in* RJJ 1992, p. 134.

¹⁵⁸ En doctrine suisse, voir HESS-BLUMER A. (n. 101), p. 38 et les réf. en note 160 ; TREZZINI F., note *in* Sic ! 2004, p. 513.

¹⁵⁹ ZR 96 (1997), N 46, p. 123 ss.

¹⁶⁰ HESS-BLUMER, A. (n. 101), p. 32-33.

¹⁶¹ SMI 1989, p. 103 ss, GVP 1988, N 63, p. 128 ss.

¹⁶² Voir CHIESA S., Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989 27-34, p. 32.

¹⁶³ BARBEY R., Mesures provisionnelles devant la Cour de justice dans le droit de la propriété intellectuelle, de la concurrence déloyale et des cartels, SJ 2005 II 335-355, p. 346. HESS-BLUMER A. (n. 101) ne dit mot de la Suisse romande dans son survol statistique (p. 32 ss).

irrecevables les mémoires préventifs¹⁶⁴. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un tel prononcé ne violait pas le droit de pétition de l'intéressé (art. 57 aCst. ; 33 Cst.) : « *Les pétitions liées à une cause déterminée doivent donc être considérées comme irrecevables. Tel est le cas du "mémoire préventif" de la recourante, par laquelle elle cherchait à présenter par avance ses moyens de défense contre une future requête de mesures provisionnelles, dans une procédure qui serait dirigée contre elle. De ce point de vue, il importe peu que cette procédure n'ait pas encore été ouverte. La recourante cherchait en effet à influencer d'emblée le cours de cette procédure, sans utiliser les voies offertes par les règles formelles applicables* »¹⁶⁵.

Le mémoire préventif a son origine dans la pratique allemande, où il semble qu'il soit déjà apparu quelques années après l'introduction du code fédéral allemand de 1877. Selon HESS-BLUMER, le mémoire préventif était déjà utilisé en 1912 devant les tribunaux allemands¹⁶⁶.

Le Code ne dit rien quant à la forme du mémoire préventif. Il devrait logiquement prendre celle d'une réponse à requête de mesures provisionnelles. La pratique admet que le mémoire mentionne l'adresse et les coordonnées d'un mandataire, qui pourrait être brièvement amené à s'expliquer si la requête était déposée. Dans la mesure où il est envisageable, cet échange très bref nous paraît opportun. Il aurait sans doute valu la peine de l'évoquer, si ce n'est dans la loi, à tout le moins dans le Message.

L'article 270 al. 2 CPC exclut que le mémoire préventif soit transmis à l'adversaire potentiel avant qu'il ait introduit une procédure. La pratique actuelle des cantons qui connaissent l'institution va dans un sens opposé, par souci d'égalité entre les parties¹⁶⁷. On comprend mal la solution retenue par le CPC puisque l'absence de transmis-

¹⁶⁴ ATF 119 Ia 53, JdT 1995 I 305 ; devant le Tribunal fédéral, voir : TF 1A.41/2004 du 1^{er} mars 2004.

¹⁶⁵ ATF 119 Ia 53, JdT 1995 I 305.

¹⁶⁶ HESS-BLUMER A. (n. 101), p. 20.

¹⁶⁷ Voir HESS-BLUMER A. (n. 101), p. 183 ; ZR 96 (1997), N 46, p. 123 ss ; LGVE 2003 I N 28.

sion à l'adversaire potentiel ne peut se justifier que lorsqu'il pourrait en résulter une atteinte aux droits de la partie. On ne voit pas quelle pourrait être cette atteinte, à moins de considérer comme tel le fait que l'adversaire puisse par hypothèse déterminer quel tribunal potentiellement compétent aurait été omis.

Le Code prévoit que le mémoire perd toute validité six mois après son dépôt (art. 270 al. 3 CPC). La pratique cantonale actuelle est plus souple : un délai de six mois n'est retenu que faute de mention d'un délai par la partie déposant le mémoire¹⁶⁸. Il aurait sans doute été préférable de mentionner que la validité du mémoire est de six mois, à moins que l'intéressé ne mentionne un délai plus long et en justifie l'octroi.

L'intéressé devra déposer son mémoire auprès de chaque tribunal devant lequel des mesures provisoires pourraient être intentées. A défaut, la démarche risque de ne pas porter ses fruits, surtout dans l'hypothèse où l'on devrait finalement admettre que l'acte soit adressé à l'adversaire potentiel.

Selon le rapport à l'appui de l'avant-projet, un mémoire préventif pourra être déposé en prévision de toute mesure susceptible d'être ordonnée sans audition préalable, notamment d'un séquestre en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 271 ss LP) et d'une requête d'exequatur en application des articles 31 ss de la Convention de Lugano¹⁶⁹.

Le Message ne dit mot sur la procédure applicable après le dépôt de la requête. Doit-on partir de l'idée que le requis a d'ores et déjà été entendu ? A notre sens, le dépôt d'un mémoire préventif ne change rien à la suite de la procédure : si le juge considère qu'il y a urgence particulière et ordonne des mesures superprovisionnelles, il doit ensuite donner la possibilité au requis de se prononcer avant de statuer sur la requête.

¹⁶⁸ HESS-BLUMER A. (n. 101), p. 180 s.

¹⁶⁹ RS 0.275.11.

La question des frais afférant au dépôt d'un mémoire préventif n'est pas abordée par le CPC, qui détaille pourtant, à son article 95 al. 2, tout ce qui est compris dans les frais judiciaires. Doit-on en déduire que faute d'être suivie d'une requête de mesures provisionnelles, l'intervention du juge n'entraîne la perception d'aucun frais¹⁷⁰? Oui, à notre sens¹⁷¹.

VI. La mise à ban

A. Généralités

La mise à ban (art. 258-260 CPC ; *Gerichtliches Verbot*) assure une protection générale de la propriété foncière. Les cantons la réglementent soit dans leur code de procédure civile, avec la procédure sommaire et les mesures provisionnelles¹⁷² ou comme procédure spéciale¹⁷³, soit dans leur loi d'introduction au Code civil¹⁷⁴.

La mise à ban relève de la procédure gracieuse : elle ne connaît, dans sa phase initiale à tout le moins, pas de partie adverse. Cependant, certaines législations cantonales¹⁷⁵, reprises par le Code, prévoient

¹⁷⁰ Sur cette question, voir HESS-BLUMER A. (n. 101), p. 197-200.

¹⁷¹ C'est la pratique à Genève, voir BARBEY R. (n. 163), p. 346 ; D'un autre avis : STAEHLIN A./STAEHLIN D./GROLIMUND P., *Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen - unter Einbezug des internationalen Rechts*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 393 N 50.

¹⁷² Voir par exemple § 225 ZPO ZH ; § 309 ss ZPO AG ; § 247 ss ZPO BL ; § 275-276 ZPO SO (voir SOG 1991, p. 58) ; § 179 ZPO SZ ; § 166 ZPO TG ; § 244 ZPO LU.

¹⁷³ Art. 420 ss CPC VD. Sur le passage abusif du droit vaudois, voir PIOTET D., *La pénalisation de l'institution vaudoise du passage abusif - contribution à l'étude des frontières de la notion de procédure civile*, JdT 2002 III 51-59.

¹⁷⁴ Art. 94-96 LiCC JU ; art. 69b-69e LiCC NE (sur la mise à ban neuchâteloise, voir RJN 1987, p. 77 s. ; 1980, p. 136-139) ; art. 275 LACC FR (sur cette disposition, voir RFJ 1976, p. 124 s. ; 1979, p. 81-83).

¹⁷⁵ En particulier alémaniques, voir par exemple § 312 ZPO AG ; art. 239 ZPO UR ; § 250-251 ZPO BL ; art. 154 al. 2 ZPO GR. La plupart des législations cantonales sont laconiques ; il n'est pas toujours aisé de déterminer de quelle manière

une procédure d'opposition qui permet à tout tiers touché d'annuler les effets de la mesure à son encontre.

La mise à ban doit être distinguée des actions possessoires (art. 927 et 928 CC) et pétitoires (art. 641 et 679 CC) qui assurent la protection, respectivement du possesseur et du propriétaire, à l'encontre d'un tiers spécifiquement désigné¹⁷⁶. Alors que la mise à ban est soumise à la procédure sommaire, les actions possessoires et pétitoires relèvent de la procédure ordinaire ou accélérée, suivant la valeur litigieuse (art. 243 al. 1 CPC) ou du domaine en cause (art. 243 al. 2 let. c CPC). Cependant, le propriétaire ou le possesseur pourra demander, à titre de mesures provisoires, d'être remis en possession du bien ou que sa possession, si elle est menacée, soit garantie, vu la teneur générale de l'article 262 let. b CPC¹⁷⁷. Par ailleurs, il peut, en cas de situation claire, agir par la voie de la procédure sommaire¹⁷⁸. Vu la nature de l'action possessoire, il aurait été raisonnable à notre sens de la soumettre à la procédure simplifiée quelle que soit la valeur litigieuse.

Il convient également de relever que la mise à ban générale ne concerne pas les cas visés à l'article 699 CC (forêts et pâturages). Les mesures envisagées par cette disposition sont prises par l'autorité compétente au sens de l'article 54 Tit. fin. CC, devant laquelle ne s'applique pas directement le CPC. Les cantons peuvent soit soumettre ces mesures à une procédure administrative, soit au CPC appliqué à titre de droit supplétif¹⁷⁹.

une mise à ban peut être contestée (voir par exemple § 179 ZPO SZ ; § 166 ZPO TG ; § 225 ZPO ZH).

¹⁷⁶ Une mise à ban n'exclut pas une action possessoire contre un tiers déterminé, voir ATF 83 II 141, consid. 3, JdT 1957 I 529.

¹⁷⁷ Voir par exemple l'art. 327 ch. 2 Cpc JU.

¹⁷⁸ Voir *supra*, p. 281 (chap. IV).

¹⁷⁹ Dans le canton du Jura, c'est le juge civil qui statue en procédure sommaire, en vertu de l'arrêté du Gouvernement jurassien dressant la liste des réquisitions à fin de mesures ou d'ordonnances à prendre ou à rendre en vertu du droit civil vidées selon la procédure sommaire du 30 avril 2002 (RSJU 271.10).

B. Conditions

La mise à ban peut être requise par le titulaire d'un droit réel sur l'immeuble (art. 258 CPC). Il peut s'agir du propriétaire, d'un superficiaire, d'un usufruitier ou encore du titulaire d'une servitude foncière¹⁸⁰.

Pour obtenir la mise à ban, le requérant doit prouver par titre(s) (au sens de l'art. 177 CPC) son droit réel et rendre vraisemblable l'existence ou l'imminence d'un trouble. Le degré de preuve requis est donc le même qu'en mesures provisionnelles (art. 261 al. 1 let. a CPC). L'existence ou l'imminence d'un trouble est vraisemblable lorsque l'on peut déduire des faits présentés par le requérant que les éléments pertinents sont réunis, sans pour autant que l'on puisse exclure la possibilité que la situation réelle soit différente. Il faut cependant souligner que si le trouble doit être simplement rendu vraisemblable, l'existence et la titularité du droit réel prétendument troublé doivent en revanche être certaines. Cela distingue la mise à ban des mesures provisionnelles.

Avec l'entrée en vigueur du Code, la protection de la possession par le droit pénal sera entièrement régie par le droit fédéral. Se pose alors la question de la validité des mises à ban prononcées antérieurement. En vertu du principe de la sécurité du droit, il convient de penser qu'elles continueront de déployer leurs effets, les sanctions pénales assorties n'étant toutefois pas automatiquement adaptées. Le titulaire d'un droit réel qui désirerait une telle adaptation devra la requérir auprès du tribunal compétent¹⁸¹.

¹⁸⁰ Le Message CPC, FF 2006, p. 6960, retient que c'est le propriétaire du fonds concerné qui est légitimé en premier lieu à demander la mise à ban. Cette affirmation doit être nuancée. Lorsque le fonds fait l'objet d'un droit de superficie ou d'un usufruit, le superficiaire ou l'usufruitier sont aussi légitimés à requérir une mise à ban.

¹⁸¹ Pour un exemple de modalité du droit transitoire, voir la circulaire de la Cour suprême du canton de Berne no 17, du 28.12.1990.

C. Procédure

La procédure de mise à ban est introduite par requête (art. 252 al. 1 CPC). Y seront joints les documents (art. 220 al. 2 CPC) permettant de démontrer le droit réel invoqué et de rendre vraisemblable l'existence ou l'imminence d'un trouble. Le juge peut renoncer à une audience. A notre sens, si la preuve du droit réel ou la vraisemblance du trouble ne résultent pas des pièces jointes à la requête, le juge doit impartir un délai au requérant pour déposer tout autre document ou proposer d'autres moyens de preuve de la vraisemblance du trouble.

Comme la mise à ban relève du gracieux, on peut se demander si l'article 255 let. b CPC, qui prescrit la maxime inquisitoire dans les procédures relevant de la juridiction non contentieuse, s'applique. Dans la mesure où les articles 258 et 260 CPC prévoient des règles spécifiques de procédure concernant la mise à ban, il nous paraît que la maxime inquisitoire n'y trouve pas sa place, de même que la possibilité offerte au juge par l'article 256 al. 2 CPC de modifier ou d'annuler les mesures prises pour les décisions relevant de la juridiction gracieuse.

La requête de mise à ban comprend des conclusions. Le requérant peut requérir qu'il soit fait mention d'un « accès interdit » ou d'une « interdiction de stationner », ou encore de « jeux de ballon interdits »¹⁸². Selon le Message¹⁸³, l'interdiction peut aussi être formulée de manière abstraite (« tout trouble »). Comme la mesure doit être proportionnée, le juge pourrait selon nous refuser une interdiction aussi large. Dans la mesure où il est lié par les conclusions du requérant, le juge ne pourrait en revanche lui accorder ni plus ni autre chose que ce qui est requis (art. 58 al. 1 CPC).

¹⁸² Voir Message CPC, FF 2006, p. 6960.

¹⁸³ Message CPC, FF 2006, p. 6960.

On peut se demander si le requérant doit également mentionner dans ses conclusions que le récidiviste doit être, sur dénonciation, puni d'une amende de Fr 2'000.- au plus. Oui à notre avis, faute d'indication contraire dans le texte du CPC. Il en va de même pour la durée de l'interdiction. En l'absence de précision cependant, on devrait interpréter l'acte du requérant comme tendant à une interdiction de durée indéterminée.

D. Décision et exécution

La décision, dont le contenu est fixé à l'article 238 CPC, peut être communiquée au requérant avec ou sans motivation écrite, conformément à l'article 239 CPC. Elle doit au surplus faire l'objet d'un avis publié et être placée de manière bien visible sur l'immeuble (art. 259 CPC). Le Code n'indique pas où la publication doit avoir lieu. Il nous paraîtrait logique que le CPC le mentionne, comme le fait par exemple le Code des obligations en matière d'annulation de papiers-valeurs (art. 984 CO). La feuille officielle cantonale semble le média approprié.

E. Opposition

Le Code prévoit une procédure d'opposition qui permet à toute personne d'annuler à son égard les effets de la mise à ban (art. 260 CPC). Il n'indique pas que l'opposant doit rendre vraisemblable son intérêt à la caducité de la mesure. Il s'agit selon nous d'une condition générale qui résulte de l'article 59 al. 2 let. a CPC : l'opposant doit avoir un intérêt digne de protection, à défaut de quoi il n'est pas entré en matière sur son opposition¹⁸⁴.

¹⁸⁴ A relever que les droits cantonaux diffèrent sur ce point. En Argovie par exemple, une opposition peut être rejetée par le juge, voir § 312 ZPO AG. Une solution semblable existe en droit zougais, voir § 134 ZPO ZG. A Bâle-

L'opposition, qui n'a pas à être motivée, doit être adressée au tribunal (art. 143 CPC) à l'origine de la mesure, dans les 30 jours à compter de la publication de l'avis et de son placement sur l'immeuble (art. 260 al. 1 CPC). Dans la mesure où ce délai est légal, il ne peut pas être prolongé (art. 144 al. 1 CPC).

La mise à ban perdant tout effet à l'égard de l'opposant, il revient au requérant d'agir par la voie ordinaire (ou sommaire si le cas est clair) en protection de sa possession ou de son droit réel (art. 260 al. 2 CPC)¹⁸⁵. Toutefois, cette voie n'étant ouverte qu'en cas d'existence ou d'imminence d'un trouble concret par l'opposant, on peut s'interroger sur l'opportunité de la procédure d'opposition prévue par le législateur. La personne qui conteste la mise à ban devrait en effet toujours pouvoir démontrer son droit préférable en cas de procédure pénale à son encontre, ce qui nous aurait semblé une protection suffisante. On ne peut dès lors raisonnablement pas retenir que la mise à ban devient définitive faute d'opposition¹⁸⁶.

VII. Conclusion

Le lecteur l'aura compris, le large champ d'application de la procédure sommaire et la diversité des affaires qui y sont soumises ont pour conséquence que les principes régissant cette procédure varient passablement selon la nature de la cause et le caractère définitif ou non de la décision à prendre. De plus, les règles consacrées à cette procédure demeurent... sommaires, si bien qu'il n'est pas évident de déterminer a priori la marge de manœuvre des magistrats dans l'admission d'allégués nouveaux et de preuves nouvelles en cours de procédure.

Campagne, le juge peut maintenir la mise à ban à titre provisoire en cas d'opposition, voir § 250 al. 3 ZPO BL.

¹⁸⁵ Sur ce point également les droits cantonaux proposent des solutions diverses. Aux Grisons par exemple, il appartient au *Kreispräsident* de déterminer s'il reviendra au requérant ou à l'opposant d'assumer la position de demandeur dans la procédure au fond, la mise à ban étant suspendue dans l'intervalle, voir art. 154 al. 3 ZPO GR.

¹⁸⁶ Le rapport à l'appui de l'avant-projet, p. 131, le relevait expressément.

Il aura également constaté que le choix de la procédure n'est pas toujours évident. En particulier, la protection dans les cas clairs, qui n'est pas limitée aux affaires non pécuniaires, fait parfois double emploi avec la procédure de mainlevée. La LP devrait toutefois rester la voie idoine et conserver toute son importance s'agissant des procédures d'exécution forcée portant sur une somme d'argent ou des sûretés à fournir.

Quant aux mesures provisionnelles générales, on retiendra qu'elles sont calquées sur les actuels articles 28c à 28f CC. La question du délai pour agir en validation des mesures requises avant la litispendance reste toutefois ouverte. A ce titre, il y a lieu de rappeler que des mesures provisoires ordonnées avant la litispendance permettent au demandeur d'éviter de passer par la tentative de conciliation.

La question d'une éventuelle perception de frais en cas de dépôt d'un mémoire préventif n'est pas non plus abordée par le CPC. Comme nous l'avons suggéré ci-dessus, le dépôt d'un tel mémoire ne devrait pas entraîner de frais judiciaires, faute de base légale nécessaire.

