

CEMAJ - Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de  
gestion des conflits

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

PROCÉDURE CIVILE SUISSE

Les grands thèmes pour le praticien



# PROCÉDURE CIVILE SUISSE

Les grands thèmes pour le praticien

Edité par  
François Bohnet

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cet ouvrage, par quelque procédé que ce soit, et toute forme d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2010

ISBN 978-3-7255-6187-2

[www.unine.ch/cemaj](http://www.unine.ch/cemaj)

## **Préface**

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes de l'administration. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit. L'approche se veut pratique et pragmatique.

Actualité oblige, deux journées ont été organisées en 2010, l'une sur le Code de procédure pénale suisse – elle fait l'objet d'une publication spécifique –, l'autre sur le Code de procédure civile suisse. Voté le 19 décembre 2008, celui-ci deviendra une réalité pour les praticiens le 1<sup>er</sup> janvier 2011, date retenue pour son entrée en vigueur. Si, sur bien des points, le CPC reprend des institutions connues, il faudra s'habituer à la nouvelle « grammaire » du Code et aux articulations parfois complexes entre les différentes phases et types de procédures.

Le présent ouvrage se penche sur de nombreux thèmes centraux de la nouvelle réglementation : délimitation entre règles fédérales et cantonales, for du lieu d'exécution, conciliation, médiation, apports des faits et des preuves, moyens de défenses, appel en cause, procédure simplifiée, procédure sommaire, procédures matrimoniales, décisions par défaut, voies de droit et titres exécutoires. Il offre ainsi un large panorama du nouveau droit.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Madame Patricia Dietschy et Monsieur Julien Broquet, assistants-doctorants à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, et Mesdames Sylvia Staehli et Mary-Claire Girola, pour l'organisation des journées et leur aide apportée dans l'élaboration du manuscrit.

François Bohnet



## Sommaire

Denis Piotet Professeur à l'Université de Lausanne La nouvelle délimitation entre règles fédérales et cantonales de procédure civile.....	1
Julien Broquet Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat Le for du lieu d'exécution et autres nouveautés en matière de fors .....	33
Bastien Sandoz Doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat La conciliation .....	57
Samuel Monbaron Doctorant à l'Université de Neuchâtel La médiation .....	93
François Chaix Juge à la Cour de justice, Genève L'apport des faits au procès .....	115
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat Les exceptions en procédure civile suisse .....	141
Jacques Haldy Professeur à l'Université de Lausanne, avocat L'appel en cause .....	159

Patricia Dietschy  
Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel  
Le déroulement de la procédure simplifiée ..... 173

François Bohnet  
Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat  
La procédure sommaire : Cas clair – Mesures provisionnelles – Mise à ban ... 193

Denis Tappy  
Professeur à l'Université de Lausanne  
Les procédures en droit matrimonial ..... 241

Valentin Rétornaz  
Doctorant aux Universités de Neuchâtel et de Dijon,  
juriste-assistant auprès du Greffe de la Cour européenne  
des droits de l'Homme  
L'appel et le recours ..... 349

Denis Tappy  
Professeur à l'Université de Lausanne  
Les décisions par défaut – Les voies de droit et les remèdes  
aux décisions par défaut ..... 409

Nicolas Jeandin  
Professeur à l'Université de Genève, avocat  
Les titres exécutoires ..... 453



## Abréviations

a	ancien
ad	à
al.	alinéa(s)
AP-PCS	Avant-projet de procédure civile suisse
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	voir
ch.	chiffre(s)
CL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Code des obligations) (RS 220)
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (FF 2009 21)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (FF 2007 6583)

## Abréviations

CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition/éditeur(s)
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
HAVE	Revue Haftung und Versicherung
in	dans
infra	ci-dessous
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des Tribunaux
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272)
let.	lettre(s)
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n	nouveau
n.	note
N	numéro(s)

## Abréviations

not.	notamment
OFJ	Office fédéral de la Justice
OGer	Obergericht
p.	page(s)
P-CPC	Projet de Code de procédure civile suisse (FF 2006 7019)
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
rés.	résumé
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
spéc.	spécialement
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
supra	ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral

## Abréviations

vol.	volume
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

La procédure sommaire  
Cas clair – Mesures provisionnelles – Mise à ban

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction.....	195
II. La structure du Code de procédure civile suisse .....	195
III. La procédure sommaire en général .....	196
A. La nature de la procédure sommaire .....	196
B. Les règles de procédure applicables.....	197
1. Généralités .....	197
2. La requête et la réponse .....	198
3. Les moyens de preuve.....	201
4. L'établissement des faits.....	202
5. Débats et décision.....	203
6. Le défaut .....	204
7. Les voies de recours.....	205
C. Le champ d'application .....	208
IV. La protection dans les cas clairs.....	209
A. Généralités.....	209
B. Conditions .....	211
1. L'état de fait non litigieux.....	211
2. L'état de fait susceptible d'être immédiatement prouvé .....	212
3. La situation juridique claire.....	213
C. Les conditions non mentionnées dans la loi .....	214
D. Nature.....	215
E. Procédure.....	215
F. Décision et exécution .....	216

V. Les mesures provisionnelles .....	218
A. Généralités.....	218
B. Conditions .....	219
C. Types de mesures.....	222
D. Procédure.....	224
1. Généralités .....	224
2. Les mesures avant litispendance.....	224
3. Les mesures après litispendance .....	227
4. Les mesures superprovisionnelles.....	227
5. Sûretés et dommages-intérêts.....	228
E. Décision et exécution .....	230
F. Décision et révocation des mesures .....	231
G. Le mémoire préventif .....	231
VI. La mise à ban.....	233
A. Généralités.....	233
B. Conditions .....	235
C. Procédure.....	236
D. Décision et exécution .....	237
E. Opposition .....	237
VII. Conclusion.....	238

## I. Introduction

1. En chiffres absolus, les dossiers traités en procédure sommaire sont sans doute les plus nombreux. La doctrine n'accorde pourtant que peu d'attention à la procédure sommaire – le domaine des mesures provisionnelles mis à part –, sans doute en raison de son caractère simple et rapide. Le CPC réserve cependant son lot de surprises sur ce thème, si bien qu'un examen détaillé des dispositions qui s'appliqueront dans ce domaine dès le premier janvier 2011 ne paraît pas superflu. La présente contribution reprend, en le mettant à jour et en le développant sur plusieurs points, un article publié sur cette matière à la revue jurassienne de Jurisprudence<sup>1</sup>.
2. 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

## II. La structure du Code de procédure civile suisse

3. 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.
4. 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 30'000 francs et à divers litiges énumérés limitativement à l'article 243 al. 2 CPC, indépendamment de leur valeur litigieuse. A 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

---

<sup>1</sup> RJJ 2008 264.

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

5. De son nom, on peut déduire le caractère prompt et sans grande formalité de la procédure sommaire. Ces deux caractéristiques découlent de la finalité de cette procédure, à savoir le prononcé rapide d'une décision qui ne tranche que provisoirement le litige<sup>2</sup>.
6. 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 réglémentée de manière souple.
7. 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 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 par exemple, alors même que l'expulsion définitive<sup>3</sup> 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 juge<sup>4</sup>. 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)<sup>5</sup> – ou la procédure concordataire de la LP

---

<sup>2</sup> HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II, Berne 2002, N 2751 ; GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 1979, p. 584.

<sup>3</sup> Voir ATF 119 II 89 : sous réserve du droit fédéral (notamment de l'art. 274 g 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).

<sup>4</sup> ATF 119 II 241 ; 119 II 141, JT 1994 I 220; 118 II 302, JT 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.

<sup>5</sup> ATF 120 II 352, consid. 2. Voir également ATF 112 II 145, consid. 2b ; 109 II 47, consid. 2.



(art. 251 let. a CPC)<sup>6</sup>. On peut encore mentionner dans ce cadre la protection dans les cas clairs (art. 257 CPC)<sup>7</sup>, dont la nature est hybride. Si la protection est donnée, la décision est définitive. Si elle ne l'est pas, le litige reste entier<sup>8</sup>.

## **B. Les règles de procédure applicables**

### **1. Généralités**

8. 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 autrement.
9. 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).
10. Quelques dispositions topiques règlent également la procédure sommaire de manière particulière, compte tenu de son caractère simple et rapide :
  - 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 judiciaires*<sup>9</sup> (art. 145 al. 2 let. b CPC) ;
  - 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).

---

<sup>6</sup> Message CPC, FF 2006 6957.

<sup>7</sup> N 51.

<sup>8</sup> N 74.

<sup>9</sup> 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 compris) sont maintenus. Ainsi, le délai qui échoit pendant les fêtes est repoussé au 3<sup>ème</sup> 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 6920.

11. D'autres règles complètent ou dérogent à leur tour aux règles générales de la procédure sommaire. Le Message les qualifie de procédures sommaires spéciales<sup>10</sup>. 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-après<sup>11</sup>.
12. 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)<sup>12</sup> et en matière d'exécution des décisions (art. 335–346 CPC)<sup>13</sup>.
13. 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).

## 2. La requête et la réponse

14. La procédure est introduite par *requête* (art. 252 CPC). Elle fixe la litispendance (art. 62 al. 1 CPC)<sup>14</sup>. 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 sommaire<sup>15</sup>, 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 adverse<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Message CPC, FF 2006 6959.

<sup>11</sup> N 51 ss.

<sup>12</sup> Voir BOHNET FRANÇOIS, Les procédures spéciales, in: Lukic (éd.), 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.

<sup>13</sup> Sur l'exécution des décisions, voir GASSER DOMINIK, Die Vollstreckung nach der Schweizerischen ZPO, Revue de l'avocat 2008 340-346.

<sup>14</sup> Message CPC, FF 2006 6957.

<sup>15</sup> Le Message CPC, FF 2006 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.

<sup>16</sup> Sur la distinction, voir par exemple l'art. 19 CPC VD et le commentaire consacré à cette

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).

15. La forme est *simple* à notre sens. On ne peut retenir que la forme de la demande (art. 221 CPC) s'applique à la procédure sommaire<sup>17</sup>. En effet, le Code (art. 252 CPC) parle dans ce cas de *requête* et non de demande<sup>18</sup>, si bien que l'on doit retenir que le renvoi général de l'article 219 CPC n'a pas de portée à cet égard. Une lettre qui présente simplement l'objet du litige et les conclusions du requérant est donc suffisante<sup>19</sup>.
16. Il faut encore se demander, *faute d'indication précise* du demandeur, si sa requête vise l'application de la procédure sommaire (cas clair ou mainlevée par exemple) ou s'il s'agit d'une *requête de conciliation*, ou d'une demande, en *procédure simplifiée* par exemple, pour laquelle le préalable n'est pas nécessaire ou a été oublié. Suivant l'organisation judiciaire cantonale, le même tribunal peut en effet être compétent pour ces diverses procédures. Le juge ne pouvant aller au delà des conclusions des parties (art. 58 al. 1 CPC), il lui revient d'interpeller l'auteur de l'acte (art. 56) pour lui demander qu'elle est la nature de son acte. Il pourra à cette occasion lui rappeler simplement les différences entre les diverses procédures envisageable. Le Tribunal ne peut en revanche retenir la procédure qui serait la plus appropriée au vu des éléments avancés par l'auteur de l'acte<sup>20</sup>.
17. Si le cas est simple ou urgent, la requête peut également être déposée *oralement*. Cela suppose selon nous qu'elle puisse être consignée sans travail démesuré au procès-verbal (art. 252 al. 2 CPC)<sup>21</sup>. 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 convient d'entendre l'institution, et non pas le juge ou la cour en charge

---

disposition par POUURET JEAN-FRANÇOIS/HALDY JACQUES/TAPPY DENIS, Procédure civile vaudoise 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne 2002; BOHNET FRANÇOIS, Code de procédure civile neuchâtelois commenté, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2005, N 4 *ad* art. 84 CPCN.

<sup>17</sup> Contra : BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 9 ss.

<sup>18</sup> Comp. d'ailleurs l'art. 62 al. 1 CPC qui distingue la requête en justice (procédure sommaire) de la demande (procédure ordinaire ou simplifiée).

<sup>19</sup> FRANÇOIS CHAIX est plus nuancé sur ce point dans sa contribution sur l'apport des faits au procès, N 33 s.

<sup>20</sup> Sur ce point, voir également la contribution de BASTIEN SANDOZ dans le présent ouvrage, N 37.

<sup>21</sup> Pour des développements, voir BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 5 ss.

de statuer. Il reviendra ainsi au personnel du greffe de verbaliser la requête, éventuellement sur la base d'un formulaire préétabli<sup>22</sup>. Le procès-verbal devrait en principe être signé par le requérant. Une dictée au téléphone est exclue<sup>23</sup>.

18. Aux termes du Message<sup>24</sup>, 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<sup>25</sup>. 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.
19. Lorsque la requête est *manifestement irrecevable*, le Tribunal peut la déclarer telle sans notification à l'adversaire (art. 253 ; comp. art. 108 al. 1 let. a LTF). En cas de *vice de forme*, un délai doit être accordé au requérant pour rectifier son acte avant de déclarer sa demande irrecevable (art. 132 al. 1) Une requête *manifestement mal fondée* peut également être rejetée sans transmission préalable à la partie adverse.
20. Le défendeur peut *répondre*, soit par écrit (même si la requête a été dictée au procès-verbal), soit oralement à l'audience (art. 253 CPC). La réponse sera écrite si le tribunal a renoncé aux débats. A notre sens, le défendeur doit pouvoir déposer sa réponse jusqu'à l'audience, s'il en est tenue une, ce alors même qu'un délai pour se faire lui avait été fixé préalablement. Si le défendeur ne répond pas dans le délai fixé, le juge doit lui accorder un bref délai supplémentaire (art. 223 al. 1 par analogie), en l'informant qu'à défaut un décision pourrait être rendue sur la base du dossier (art. 147 al. 3 et 223 al. 2 CPC)<sup>26</sup>.
21. La réponse doit être transmise au requérant. Celui-ci a la possibilité de

---

<sup>22</sup> Le Conseil fédéral devra mettre des formulaires à disposition, voir art. 400 al. 2 CPC.

<sup>23</sup> BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 8.

<sup>24</sup> Message CPC, FF 2006 6957.

<sup>25</sup> Dans ce sens, BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 11.

<sup>26</sup> Voir également BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 16.

prendre position sur les arguments du défendeur en vertu de son *droit de réplique*, qui découle des art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 2 Cst.<sup>27</sup>.

22. Alors qu'une *demande reconventionnelle* était expressément exclue dans l'avant-projet, le CPC l'admet pour tous les domaines régis par la procédure sommaire<sup>28</sup> (mesures provisoires ; protection dans les cas clairs<sup>29</sup>, 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)<sup>30</sup>. Ce revirement fait suite à des critiques élevées lors de la mise en consultation de l'avant-projet<sup>31</sup>. L'appel en cause est en revanche expressément exclu en procédure sommaire par l'article 81 al. 3 CPC.

### 3. Les moyens de preuve

23. 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.
24. L'audition de *témoins* pourrait parfaitement se concevoir en mesures provisoires, par exemple après le prononcé de mesures superprovisoirelles sans audition préalable de la partie adverse (art. 265 CPC). Une *inspection locale* ou une *expertise*, susceptible d'être réalisée rapidement<sup>32</sup>, pourrait également intervenir. A notre sens, des *déclarations*

---

<sup>27</sup> ATF 133 I 100, JT 2008 I 368 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 15.

<sup>28</sup> BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 20.

<sup>29</sup> Voir N. 74.

<sup>30</sup> Message CPC, FF 2006 6957. L'exigence semble raisonnable, compte tenu de la nature de la procédure sommaire. *Contra* : REYMOND JEAN-MARC, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, in: Lukic (éd.), 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 2008, p. 39.

<sup>31</sup> Classement des réponses à la procédure de consultation (synthèse du Conseil fédéral), Berne 2004, p. 664. En faveur de l'exclusion de la demande reconventionnelle : HENCHOZ DOMINIQUE, Les procédures rapides, in: Trigo Trindade/Jeandin (éd.), Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 109-115, p. 113.

<sup>32</sup> Plus restrictif : BSK ZPO-MAZAN, art. 254 N 6.

*écrites de témoins*, ayant simple valeur de titres au sens de l'article 177 CPC, devraient également pouvoir être produites en procédure sommaire<sup>33</sup>.

25. 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 Message<sup>34</sup> mentionne les auditions de témoins dans le cadre de la révocation de l'administrateur de la copropriété. Sous réserve de la protection dans les cas clairs<sup>35</sup>, 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 provisoire<sup>36</sup>. 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

26. 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<sup>37</sup>. Comme mentionné ci-dessus, les preuves peuvent, selon nous, être apportées jusqu'à la dernière audience et les allégués complétés à ce stade.
27. 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).
28. 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'art. 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 délibérations<sup>38</sup>, avec toutefois le risque pour la partie

---

<sup>33</sup> On l'admet par exemple en procédure neuchâtoise, voir R/JN 2001 145.

<sup>34</sup> Message CPC, FF 2006 6958.

<sup>35</sup> N. 58.

<sup>36</sup> ATF 120 II 352, consid. 2, sur l'obligation de présenter les comptes (art. 697 h 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.

<sup>37</sup> Pour des développements, voir CHAIX (n. 19), N 32 ss.

<sup>38</sup> Message CPC, FF 2006 6982. *Contra* : LEUENBERGER CHRISTOPH, Die neue

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

29. 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 provisionnelles<sup>39</sup>. 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 aux débats vu l'article 256 al. 1 CPC, puisque le tribunal est autorisé à y renoncer faute de demande expresse<sup>40</sup>.
30. 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 parties<sup>41</sup>. Il

---

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*).

<sup>39</sup> ATF 129 I 103, consid. 2.1 ; TF 5P.188/2004 du 9 juillet 2004, RSPC 2005 65. Sur la renonciation aux débats, voir l'avis critique de GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Les procédures rapides, in: Trigo Trindade/Jeandin (éd.), Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Genève/Zurich/Bâle, p. 91-108, p. 101 s.

<sup>40</sup> ATF 129 I 103 ; 127 I 44, consid. 2e/aa ; 121 I 30, consid. 5f ; 119 Ia 221, consid. 5b.

<sup>41</sup> Arrêt CourEDH Jacobsson c/ Suède, du 19.02.1998, recueil des arrêts et décision 1998-1, p. 168-169.

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 trancher<sup>42</sup>.

31. 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)<sup>43</sup>. 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. Le prononcé d'une décision sommairement motivée semble du reste la solution la plus expéditive<sup>44</sup>.

## 6. Le défaut

32. Quelles sont les conséquences du défaut en procédure sommaire ? Nous l'avons vu<sup>45</sup>, si le défendeur ne répond pas à la requête dans le délai fixé par le juge, celui-ci lui accorde un bref délai supplémentaire (art. 223 al. 1 par analogie), en l'informant qu'à défaut un décision pourrait être rendue sur la base du dossier (art. 147 al. 3 et 223 al. 2 CPC).
33. Lorsque le juge cite les parties à une audience, les conséquences de leur absence ne sont pas expressément fixées par les dispositions spécifiques de la procédure sommaire. En principe, la procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut, à moins de règle contraire (art. 147 al. 2). Cependant, l'art. 234 prévoit une réglementation particulière du défaut aux débats principaux en procédure ordinaire : en cas de *défaut d'une partie*, le tribunal statue sur la base des actes qui ont été accomplis. Il se base au surplus, sur les actes de la partie comparante et sur le dossier. En cas de *défaut des deux parties*, la procédure devient sans objet et est rayée du rôle. Les frais judiciaires sont dans un tel cas répartis également entre les parties.
34. Ce régime s'applique-t-il par analogie à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'art. 219 CPC ? La solution retenue en cas de défaut

---

<sup>42</sup> ATF 132 III 668.

<sup>43</sup> Message CPC, FF 2006 6958.

<sup>44</sup> Comp. BSK ZPO-MAZAN, art. 256 N 7. Voir N 39

<sup>45</sup> N 20.



d'une partie, qui ne fait que préciser la règle générale de l'article 147 al. 2 CPC, peut être appliquée sans difficulté. En revanche, le sort réservé au défaut des deux parties ne semble pas approprié à toute procédure sommaire. Comme la loi exige que le juge indique les conséquences du défaut sur la citation à l'audience (art. 133 let. f; 147 al. 3 CPC), il conviendra que le tribunal mentionne si l'absence des parties entraînera une telle conséquence ou si, plus simplement, la décision sera prise même en leur absence<sup>46</sup>. Ce dernier régime devrait par exemple être retenu en matière de procédure de *mainlevée de l'opposition*.

35. Il convient de rappeler qu'un défaut suppose une *citation dans les règles* (art. 133 CPC). Par ailleurs, la partie défaillante peut se faire *relever du défaut* dans les dix jours si elle rend vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère (art. 147 al. 2 CPC).

## 7. Les voies de recours

36. 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 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.
37. 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 »<sup>47</sup>, 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 suspensif<sup>48</sup>. L'idée de créer pour la procédure sommaire une voie de recours spéciale a dès lors été abandonnée. Plus

---

<sup>46</sup> Selon BSK ZPO-MAZAN, art. 253 N 19, la solution retenue par le code en cas de défaut des deux parties à l'audience de débats principaux en procédure ordinaire n'est pas appropriée en procédure sommaire.

<sup>47</sup> Rapp. expl. AP-PCS, p. 142-145.

<sup>48</sup> Classement des réponses à la procédure de consultation (synthèse du Conseil fédéral), Berne 2004, p. 698 ss et p. 740 ss. Voir notamment l'avis de la FSA, p. 706.

simplement, quelques règles spéciales ont été introduites dans le chapitre dédié à l'appel.

38. Ainsi, les voies de recours ordinaires<sup>49</sup> (appel et recours) sont envisageables contre les décisions rendues en procédure sommaire.
39. 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'appel. 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 notification 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 Message<sup>50</sup> retient que la « 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).
40. L'art. 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'art. 308 al. 2 CPC indique que, pour les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse doit atteindre CHF 10 000.-. On peut se demander si cette condition s'applique également aux mesures provisionnelles. Le Message le retient logiquement<sup>51</sup> et prend comme critère la valeur litigieuse de la mesure requise<sup>52</sup>. Pour le recours en matière civile devant le tribunal fédéral contre une décision préjudicielle, le calcul de la valeur litigieuse est différent<sup>53</sup>. Aux termes de l'art. 51 al. 1 let. c LTF, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions au fond qui restent litigieuses lors du prononcé des mesures. A souligner encore que le recours en matière civile contre des mesures provisionnelles n'est ouvert que si l'intéressé est menacé d'un

---

<sup>49</sup> Sur les voies de recours en général, voir la contribution de VALENTIN RETORNAZ dans le présent ouvrage.

<sup>50</sup> Message CPC, FF 2006 6952.

<sup>51</sup> Message CPC, FF 2006 6978. Voir également BSK ZPO-SPÜHLER, art. 308 N 6.

<sup>52</sup> Par exemple en cas de séquestre, la valeur de l'objet séquestré sera déterminante.

<sup>53</sup> Plus nuancé, RETORNAZ (n. 49), N 40.

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 de mesures provisionnelle au recours constitutionnel subsidiaire et qui rend relative l'importance de la valeur litigieuse<sup>54</sup>. 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 CHF 30'000.-, mais que l'appel ne soit pas ouvert, parce que la valeur litigieuse de la mesure requise n'atteindrait pas CHF 10'000.-. Dans tous les cas, le recours (art. 319 à 327 CPC) sera ouvert en vertu de l'art. 319 let. a CPC et il sera nécessaire d'épuiser cette voie de droit avant de recourir devant le Tribunal fédéral.

41. 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.
42. 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). Contre de telles décisions, seul le recours limité au droit (art. 319 – 327 CPC) est ouvert<sup>55</sup>.
43. 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.
44. Si la décision n'est pas sujette à appel, demeure éventuellement la voie du recours. 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. 321 al. 2 CPC), pour autant qu'aucune disposition spéciale ne prévoie autre chose<sup>56</sup>.
45. 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

---

<sup>54</sup> TAPPY DENIS, Les mesures provisionnelles en matière civile dans le nouveau système de recours au Tribunal fédéral, RSPC 2007 99-112, spéc. 104.

<sup>55</sup> Message CPC, FF 2006 6978 ; RETORNAZ (n. 49), N 44 s.

<sup>56</sup> En matière de poursuite pour effets de change par exemple, le délai de recours est de 5 jours (art. 185 LP).

de sécurité du droit<sup>57</sup>. Le Message<sup>58</sup> 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*

46. Le Code 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 qu'il énumère, en particulier la juridiction gracieuse ou les mesures provisionnelles.
47. Le CPC dresse ensuite, à ses articles 249 à 251, un catalogue des affaires soumises à la procédure sommaire. Le catalogue contient un certain nombre de cas prévus par le Code civil (art. 249 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). Ils relèvent essentiellement de la juridiction gracieuse. La liste, qui n'est pas exhaustive<sup>59</sup>, 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 cantonales<sup>60</sup>, 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).

---

<sup>57</sup> Une telle disposition existe par exemple à Zurich, § 212 ZPO ZH, mais uniquement pour les procédures ne comprenant pas d'adversaire.

<sup>58</sup> Message CPC, FF 2006 6958 s.

<sup>59</sup> BSK ZPO-MAZAN, art. 249 N 5.

<sup>60</sup> Rapp. expl. AP-PCS, p. 125.

48. 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).
49. On doit également admettre, dans le silence de la loi, que la procédure sommaire s'applique en matière de *récusation* (art. 49-50 CPC)
50. 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)<sup>61</sup>.

#### IV. La protection dans les cas clairs

##### A. Généralités

51. 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 allemands<sup>62</sup> et depuis peu au Tessin<sup>63</sup>, 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 allemand<sup>64</sup>. L'*Executivprozess* permettait la délivrance d'un titre exécutoire au terme d'une procédure rapide, limitée généralement aux preuves écrites. Cette

---

<sup>61</sup> Peu clair sur ce point, BSK ZPO-MAZAN, art. 248 N 3.

<sup>62</sup> 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, RSPC 2005 275) ; art. 243 ZPO OW ; art. 207 ZPO NW ; § 226 ZPO LU ; art. 244 ZPO GL ; art. 247 ZPO AI ; BSK ZPO – HOFMANN, art. 257 N 6.

<sup>63</sup> Art. 488a CPC TI, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2001 (pour un cas d'application, voir TF 5P.40/2005 du 28 juin 2005, RSPC 2006 18).

<sup>64</sup> Sur l'*Executivprozess*, voir WILLICH FRIEDRICH CHR. (Edit.), Justus Claproth's Einleitung in sämtliche summarische Prozesse zum Gebrauch der practischen Vorlesungen, Göttingen, 1808, p. 245 ss ; MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen bürgerlichen Prozesses in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Zivilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozessgesetzgebung, 2<sup>ème</sup> éd., Bonn 1840, p. 154 ss ; VON BAYER HIERONYMUS, Theorie der summarischen Prozesse, 7<sup>ème</sup> éd., Munich 1859, p. 87 ss.

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'institution<sup>65</sup>, sans avoir apparemment<sup>66</sup> subi la 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 suisse<sup>67</sup>.

52. Le Message<sup>68</sup> relève que toutes les prétentions, y compris pécuniaires, peuvent être invoquées en procédure sommaire si le cas est clair, ce qui n'était, sauf exception<sup>69</sup>, 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

---

<sup>65</sup> Voir BAYER (n. 64), p. 92-93 ; MITTERMAIER (n. 64), p. 182.

<sup>66</sup> Il convient cependant de relever que dans la deuxième édition de son ouvrage (Zurich 1958), p. 480, 486, GULDENER (n. 2) 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 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, RSPC 2005 275). GULDENER (n. 2) ne prend plus expressément position dans sa troisième édition (comp. p. 588 et 592).

<sup>67</sup> 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 PIERRE, La pratique des procédures rapides : référé, ordonnance sur requête, procédure d'injonction, Paris 1990, p. 19 ; VUITTON JACQUES/VUITTON XAVIER, 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 peuvent, désormais, prendre des décisions qui s'apparentent de plus en plus aux décisions sur le fond).

<sup>68</sup> Message CPC, FF 2006 6959.

<sup>69</sup> Les commentateurs du Code saint-gallois (LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, 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 (n. 2) l'excluait dans sa deuxième édition (p. 480) et l'admet dans sa troisième (p. 588).

let. a CPC)<sup>70</sup>. En matière pécuniaire, la protection 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**

53. 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.
54. 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 aurait également pu envisager une protection pour cas clairs dans une telle situation<sup>71</sup>.

#### **1. L'état de fait non litigieux**

55. L'état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il est incontesté<sup>72</sup>. A notre sens, le fait que le défendeur fasse défaut ne signifie pas encore l'absence de litige.

---

<sup>70</sup> 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<sup>er</sup> 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 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.

<sup>71</sup> A relever que GULDENER (n. 2), p. 588, n'excluait 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.

<sup>72</sup> Pour des développements : BSK ZPO – HOFMANN, art. 257 N 10.

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 jugée<sup>73</sup>. 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.

56. 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.
57. C'est avant tout en matière d'expulsion de locataires et de fermiers<sup>74</sup>, de restitution d'objet ou de reddition de comptes<sup>75</sup> que cette protection pourrait se révéler utile en cas d'état de fait non litigieux<sup>76</sup>.

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

58. Concernant la condition l'état de fait susceptible d'être immédiatement prouvé, le Message CPC<sup>77</sup> 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

---

<sup>73</sup> BOCE 2007 515.

<sup>74</sup> Message CPC, FF 2006 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.

<sup>75</sup> 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, RSPC 2006 18.

<sup>76</sup> Pour d'autres exemples : BSK ZPO – HOFMANN, art. 257 N 18.

<sup>77</sup> FF 2006 6959.



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)<sup>78</sup>.

59. 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 refusée<sup>79</sup>.
60. 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.
61. 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)<sup>80</sup>.

### 3. La situation juridique claire

62. Que l'état de fait soit incontesté ou immédiatement prouvé, il faut encore que la situation juridique soit claire.
63. 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 éprouvées<sup>81</sup>. 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.
64. 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

---

<sup>78</sup> Dans ce sens également : BSK ZPO – HOFMANN, art. 257 N 13. 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.

<sup>79</sup> Message CPC, FF 2006 6959 ; GULDENER (n. 2), p. 587.

<sup>80</sup> Message CPC, FF 2006 6959, contredit en p. 6921.

<sup>81</sup> Message CPC, FF 2006 6959.

- fixation dépend de l'appréciation du juge<sup>82</sup>. 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.
65. Selon GULDENER<sup>83</sup>, le fait qu'une condition de recevabilité prête à discussion n'exclue 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.
66. 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 LP) sur la base de la vraisemblance des faits, et ce 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<sup>84</sup>.
67. 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 dont elle s'inspire.

### *C. Les conditions non mentionnées dans la loi*

68. 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 contestation<sup>85</sup>. Ce cas devrait cependant rester l'exception.

---

<sup>82</sup> Par exemple, pour l'indemnité due en cas de congé immédiat sans justes motifs au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

<sup>83</sup> GULDENER (n. 2), p. 587, note 30.

<sup>84</sup> Pour des développements : BSK ZPO – HOFMANN, art. 257 N 29 s.

<sup>85</sup> Voir également Message CPC, FF 2006 6963.

#### ***D. Nature***

69. 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 demande selon la bonne procédure aux termes de l'art. 63 al. 2 CPC.
70. *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 formateur<sup>86</sup>. 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'art. 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***

71. 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. Elle n'a pas à mentionner expressément les mots « cas clairs », mais il faut qu'il ressorte de la requête que son auteur demande l'application de cette procédure. En cas de doute, le juge fera usage de son devoir d'interpellation (art. 56)<sup>87</sup>. Le défendeur doit être invité à se prononcer oralement ou par écrit<sup>88</sup>.
72. 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'art. 177 CPC, il aurait convenu de le mentionner à l'art. 257 al. 1 let. a CPC.
73. L'art. 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 se demander si la

---

<sup>86</sup> 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 [n. 2], p. 588). Pour Saint-Gall, voir cependant LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (n. 69), N 2a ad art. 197 ZPO SG.

<sup>87</sup> Voir N 16.

<sup>88</sup> Voir N 20.

maxime inquisitoire sociale ou atténuée<sup>89</sup> 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)<sup>90</sup>. L'art. 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 preuve ». A notre avis, l'art. 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 invoquée<sup>91</sup>.

### ***F. Décision et exécution***

74. 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 force<sup>92</sup>. 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. En aucun cas il ne peut déclarer la demande mal fondée<sup>93</sup>. Si le juge parvient à la conclusion sur la base des éléments en sa possession, que la demande n'est pas fondée, il doit déclarer la requête irrecevable. On pourrait en revanche envisager que le défendeur conclue reconventionnellement au constat de l'inexistence de la dette.
75. La décision est communiquée par la remise du dispositif écrit en audience ou par notification<sup>94</sup>, comme c'est le cas d'une manière générale en procédure sommaire.
76. Qu'elle accorde la protection ou déclare la requête irrecevable, la décision

---

<sup>89</sup> 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 6956). Sur ce point, voir la contribution de PATRICIA DIETSCHY dans le présent ouvrage, N 29 ss.

<sup>90</sup> A relever que le projet prévoyait l'application de la maxime inquisitoire atténuée pour toutes les affaires soumises à la procédure simplifiée, 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 30'000 francs (voir art. 243 P-CPC).

<sup>91</sup> Du même avis : HALDY JACQUES, Les procédures spéciales, Revue de l'avocat 2008 327-332, p. 330.

<sup>92</sup> Message CPC, FF 2006 6959.

<sup>93</sup> Comp. BSK ZPO – HOFMANN, art. 257 N 9, 26 s.

<sup>94</sup> Voir N 39.

peut être attaquée dans les 10 jours<sup>95</sup>. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est ouvert lorsque la valeur litigieuse au dernier état des conclusions était de CHF 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'art. 319 let. a CPC.

77. 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'art. 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'art. 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).
78. 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 erronée<sup>96</sup>. 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. 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.

---

<sup>95</sup> Message CPC, FF 2006 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 ».

<sup>96</sup> BERTI STEPHEN, *Besondere Verfahrensarten gemäss dem bundesrätlichen Entwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung*, ZZZ 2007 339-351, 344.

## V. Les mesures provisionnelles

### A. Généralités

79. 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).
80. Les mesures provisionnelles ont globalement trois fonctions<sup>97</sup> :
- 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 preuve<sup>98</sup>.
81. 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.
82. 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 provisionnelle<sup>99</sup>. 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

---

<sup>97</sup> GULDENER (n. 2), p. 574 ss ; HOHL (n. 2), 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 ; BSK ZPO-SPRECHER, art. 261-269 N 2. Voir également ATF 131 III 473 ; 127 III 496.

<sup>98</sup> La preuve intervient à titre provisionnelle dans la mesure où elle dépend du procès au fond, voir GULDENER (n. 2), 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 (n. 2), N 2779, p. 229 s. ; BSK ZPO - GUYAN, art. 158 N 9.

<sup>99</sup> C'est le cas lorsque l'objet à expertiser peut se dégrader ou en cas de risque de décès d'un témoin, voir GULDENER (n. 2), p. 577, note 14.

al. 2 CO)<sup>100</sup>, et en vue d'évaluer les chances de succès du procès envisagé (preuve à futur au sens étroit), comme le prévoit l'art. 158 al. 1 let. b CPC, qui se réfère à « *un intérêt digne de protection* » du requérant, sur le modèle bernois<sup>101</sup>.

### **B. Conditions**

83. L'art. 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 se prétend titulaire<sup>102</sup> est l'objet d'une *atteinte* ou risque de l'être et que cette atteinte est susceptible d'entraîner un *préjudice difficilement réparable*.
84. Ces deux conditions sont classiques<sup>103</sup>. 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 immatériels<sup>104</sup> et en matière de concurrence<sup>105</sup> y renvoient<sup>106</sup>. Ces renvois seront abrogés lors de l'entrée en vigueur du Code<sup>107</sup>.
85. En bref, le requérant doit rendre vraisemblable la nécessité d'une *protection*

---

<sup>100</sup> Voir la liste dressée dans le Message, FF 2006 6924, et par DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2001, p. 217 s.

<sup>101</sup> Art. 222 CPC BE. Sur cette disposition, voir LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5<sup>ème</sup> éd. Berne 2000, N 1 ss ad art. 222 ; GULDENER (n. 2), p. 577. Voir également les art. 220 ss CPC JU.

<sup>102</sup> Le Code parle de « *prétention* », par quoi il faut entendre un droit dont le requérant prétend être titulaire.

<sup>103</sup> Elles sont énoncées dans de nombreux codes cantonaux, voir GULDENER (n. 2), p. 578. Voir ég. art. 327 ch. 3 CPC JU, lorsque la prétention consiste en autre chose qu'une prestation d'argent ou de sûretés.

<sup>104</sup> Art. 65 LDA ; art. 59 LPM ; art. 38 LDes ; art. 43 de la Loi sur la protection des obtentions végétales.

<sup>105</sup> Art. 14 LCD et art. 17 LCart.

<sup>106</sup> FF 2006 6961 ; SCHLOSSER RALPH, *Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale*, Sic ! 2005 339-361, 339 ss.

<sup>107</sup> 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.

*immédiate* en raison d'un *danger imminent* menaçant ses droits, soit qu'ils risquent de ne plus pouvoir être consacrés, ou seulement tardivement<sup>108</sup>.

86. Le risque de préjudice difficilement réparable implique l'*urgence*<sup>109</sup>. 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 équivalents<sup>110</sup>. Pour le Tribunal fédéral, l'*urgence* est une notion relative : elle comporte des degrés et s'apprécie moins selon des critères objectifs qu'au regard des circonstances<sup>111</sup>.
87. Par *préjudice*, il ne faut pas comprendre exclusivement un dommage patrimonial<sup>112</sup>. Le dommage peut être immatériel<sup>113</sup>. Il peut aussi s'agir d'un trouble<sup>114</sup>. Un préjudice peut ainsi consister dans l'impossibilité d'exercer son droit aux relations personnelles avec l'enfant.
88. 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)<sup>115</sup>. 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 pas<sup>116</sup>. Un

---

<sup>108</sup> GULDENER (n. 2), p. 578 ; SJ 1985 478.

<sup>109</sup> Il n'y a donc probablement pas lieu d'en faire comme HOHL (n. 2), N 2808, p. 234, une condition distincte de celle du risque de préjudice difficilement réparable.

<sup>110</sup> TF, Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur (RSPIDA) 1983 148, consid. 3.

<sup>111</sup> Cas d'application de l'art. 327 CPC JU : TF 4P.263/2004 du 1<sup>er</sup> février 2005 RJJ 2005 234-237, ég. RSPC 2005 414 s. et note de WALTHER FRIDOLIN.

<sup>112</sup> Voir GULDENER (n. 2), 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. La Cour de cassation civile neuchâteloise méconnaît hélas ce principe dans un arrêt publié au RJN 2009 173.

<sup>113</sup> Message CPC, FF 2006 6961.

<sup>114</sup> Art. 28a al. 1 ch. 3 CC ; DESCHENAUX/STEINAUER (n. 100), N 644a, p. 219.

<sup>115</sup> Voir TF, SJ 2006 I 371, et les références ; ATF 117 II 127 ; 104 Ia 408 ; HOHL (n. 2), N 2757 ss, p. 225 s. ; HESS-BLUMER ANDRI, 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 342.

<sup>116</sup> Voir par exemple TF, SJ 2006 I 371 ; TF 5P.285/2000 du 14 septembre 2000 ; ATF 103 II 287 ; 99 II 344.



risque de préjudice irréparable est admis largement en matière d'atteinte à la personnalité<sup>117</sup> ou de concurrence déloyale<sup>118</sup>.

89. 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 entraînerait pour le requis.
90. 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 requis<sup>119</sup>. Ainsi, pour une requête tendant à interdire de manière anticipée au travailleur de faire concurrence selon l'art. 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 »<sup>120</sup>.
91. L'article 261 al. 2 CPC prévoit que la partie adverse peut écarter une mesure provisionnelle si elle fournit<sup>121</sup> des *sûretés appropriées* (le plus souvent sous forme d'argent, éventuellement de titres ou de garantie bancaire<sup>122</sup>). Le Message<sup>123</sup> 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)<sup>124</sup>.

---

<sup>117</sup> DESCHENAUX/STEINAUER (n. 100), N 644a, p. 219 ; RSJ 1991, N 41, p. 284 ss ; ZR 83 (1984), N 18, p. 53 ss.

<sup>118</sup> Voir SCHLOSSER (n. 118), p. 339 ss, 347.

<sup>119</sup> ATF 131 III 473, consid. 2.3 ; TF 4A\_367/2008 du 14 novembre 2008, consid. 4.2, *in sic* ! 2009, p. 159-161.

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> Et non seulement propose de fournir, voir ATF 103 II 287 ; ATF 94 I 8.

<sup>122</sup> Voir BOHNET (n. 16), ad art. 148 CPCN, et les références.

<sup>123</sup> Message CPC, FF 2006 6962.

<sup>124</sup> ATF 94 I 8, JT 1968 I 643 ; Cour de cassation civile neuchâtelaise 7267 du 27 mai 1997, cité par BOHNET (n. 16), N 1 ad art. 122 CPCN ; HOHL (n. 2), N 2805, p. 234 ; FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3<sup>e</sup> éd.,

92. 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 dirigée<sup>125</sup>.

### C. Types de mesures

93. L'article 262 CPC dresse une liste non exhaustive<sup>126</sup> 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.
94. Les trois premières mesures envisagées par le Code visent en particulier à assurer le succès d'une exécution forcée ultérieure (*Sicherungsmassnahmen*), même si elles peuvent aussi parfois consister en des *Regelungsmassnahmen*<sup>127</sup>. Pourraient encore être cités dans les *Sicherungsmassnahmen* le séquestre, la consignation ou la mise sous scellés de l'objet litigieux.
95. Le CPC prévoit expressément la possibilité d'adresser un ordre à un tiers (une banque par exemple<sup>128</sup>). Divers codes cantonaux l'admettent d'ores et

---

Zurich 1997, N 26 ad § 110.

<sup>125</sup> DESCHENAUX/STEINAUER (n. 100), N 679 p. 235 ; TF 5P.308/2003 du 28 octobre 2003 ; Cour de Justice GE, SJ 2001 341.

<sup>126</sup> BSK ZPO - SPRECHER, art. 262 N 13 ; 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».

<sup>127</sup> 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 64, ou une expulsion à titre provisoire, voir Cour de cassation civile neuchâteloise, RJN 1985 48. Voir également ATF 131 III 473, consid. 2.3.

<sup>128</sup> Cour de justice GE, SJ 2001 I 4, et les références ; ATF 79 II 285.

déjà<sup>129</sup>. Cette précision est entre autres utile en matière de noms de domaine sur internet : un transfert provisoire pourrait être requis auprès de Switch par exemple<sup>130</sup>.

96. 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 loi<sup>131</sup>. 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 non<sup>132</sup> à une action en paternité (art. 281–283 CC, remplacés par l'art. 303 CPC).
97. 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.
98. Il convient d'être particulièrement restrictif lorsque la mesure consiste en une *exécution anticipée* du jugement à venir<sup>133</sup>. 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)<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> Voir GULDENER (n. 2), p. 579 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER (n. 124), N 28 ad § 110.

<sup>130</sup> Voir par exemple Tribunal d'arrondissement de Lausanne, 23 juillet 2001, *in sic* ! 2002, p. 55.

<sup>131</sup> 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, JT 1982 II 10 ; 86 II 291 ; 85 II 194, JT 1959 II 121 ; 79 II 285 ; 74 II 47.

<sup>132</sup> 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'aliment 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 critiquions cette lacune dans une contribution rédigée à l'époque du projet : BOHNET (n. 12), p. 290.

<sup>133</sup> ATF 125 III 451, consid. 3c, JT 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 (n. 2), p. 575, note 5.

<sup>134</sup> ATF 131 III 473. Voir N 90.

99. Savoir si une mesure provisoire peut consister en un *constat* (par exemple le caractère illicite d'une atteinte) est sujet à débat<sup>135</sup>. Il faut l'admettre selon nous.

#### **D. Procédure**

##### **1. Généralités**

100. 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 N 101). 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 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 »<sup>136</sup>.

##### **2. Les mesures avant litispendance**

101. 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.
102. 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 principale<sup>137</sup> ou au lieu où elle doit être

---

<sup>135</sup> Voir en particulier DESCHENAU/STEINAUER (n. 100), N 649, p. 220, et les références à la doctrine et la jurisprudence en note 23.

<sup>136</sup> Voir TF 5P.285/2000 du 14 septembre 2000, consid. 2c ; GULDENER (n. 2), p. 323, note 28.

<sup>137</sup> 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 FRANZ/GÜNGERICH

exécutée<sup>138</sup>. L'art. 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).

103. 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 empiète ainsi sur la souveraineté des cantons en matière de compétence matérielle (art. 4 CPC), ceci dans le but d'éviter un éclatement de la procédure<sup>139</sup>.
104. 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 générales<sup>140</sup>.
105. 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'art. 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 clairs<sup>141</sup>.
106. 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

---

ANDREAS, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich, Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über des Gerichtsstand in Zivilsachen, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2005, art. 33 LFors N 25 ; LEUENBERGER CHRISTOPH, in: Spühler/Tenchio/Infanger (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Bâle/Genève/Munich 2001, art. 33 LFors N 24.

<sup>138</sup> Voir par exemple TF 5A\_95/2008 du 20 août 2008, RSPC 2009 120, et la note de WALTHER FRIDOLIN.

<sup>139</sup> Message CPC, FF 2006 6877 s.

<sup>140</sup> PIQUEREZ GÉRARD, La procédure des mesures protectrices de l'union conjugale selon les articles 172 ss CC, RJJ 1993 101-131, spéc. 119 ; HALDY (n. 91), p. 330 ; ATF 129 III 60, JT 2003 I 49.

<sup>141</sup> Le Message le mentionne expressément pour la requête en destruction complète d'objets contrefaits, voir Message CPC, FF 2006 6963.

générale (comp. art. 142 ss CPC). Le Message n'en dit pas plus<sup>142</sup>. 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 prolongeable<sup>143</sup> octroyé au demandeur 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).

107. 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.
108. Faute de respect du délai fixé, les mesures deviennent caduques<sup>144</sup>. Se pose alors la question de la réparation du préjudice éventuel causé par les mesures provisionnelles<sup>145</sup>, qu'il reviendrait à la partie contre laquelle les mesures ont été ordonnées de démontrer<sup>146</sup>.
109. A notre sens, le délai échu, il ne reste le cas échéant au requérant qu'à déposer une nouvelle requête<sup>147</sup>, 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.
110. Si la mesure consistait en une interdiction, celle-ci est levée par la caducité de la mesure. La situation est plus problématique en cas de *prestation en nature*. Dans la mesure où le fondement sur lequel celle-ci est intervenue tombe avec la caducité de la mesure, le défendeur doit pouvoir exiger la restitution, et le cas échéant la réparation du préjudice. La décision de mesures provisionnelles devrait suffire pour obtenir la restitution puisqu'elle mentionne que la mesure devient caduque à l'échéance du

---

<sup>142</sup> Comp. Message CPC, FF 2006 6963.

<sup>143</sup> Voir art. 209 al. 3 CPC, en relation avec l'art. 144 al. 1 CPC

<sup>144</sup> Voir par exemple TF, SJ 1992 578 ; BSK ZPO-SPRECHER, art. 263 N 24.

<sup>145</sup> Voir N 117.

<sup>146</sup> Voir GUTMANN CHRISTOPH, Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, Thèse, Bâle 2006, p. 89, et les références.

<sup>147</sup> TF, SJ 1992 578. Pour BSK ZPO- SPRECHER, art. 263 N 32, cela n'est envisageable qu'en cas de faits nouveaux.

délai. Pour éviter toute controverse sur ce point, le défendeur sera bien inspiré de prendre une conclusion visant à ordonner la restitution faute de validation dans le délai accordé.

### 3. Les mesures après litispendance

111. 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.
112. 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'exécution<sup>148</sup>), des considérations pratiques l'y pousseront généralement.
113. Les mesures requises doivent préfigurer le jugement : une identité d'objet entre les mesures provisionnelles et les conclusions au fond est donc exigée<sup>149</sup>.

### 4. Les mesures superprovisionnelles

114. 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.
115. Dans une telle hypothèse, le tribunal cite dans son ordonnance de mesures superprovisionnelles (qui doit être motivée<sup>150</sup>) les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai (art. 265 al. 2 CPC). Si une audience ne s'impose pas<sup>151</sup>, 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 préprovisionnel.
116. Si les mesures superprovisionnelles sont accordées, la partie requise ne peut recourir que contre le prononcé du juge rendu après son audition<sup>152</sup>. En

---

<sup>148</sup> Voir n. 137.

<sup>149</sup> Comp. Tribunal cantonal NE, RJN 1 I 151 ; Cour de justice GE, SJ 1980 343.

<sup>150</sup> TF 5P.144/2003 du 5 mai 2004, RSPC 2005 64 s.

<sup>151</sup> Voir N 29.

<sup>152</sup> Comp., devant le Tribunal fédéral, TF 5A\_473/2010 du 23 juillet 2010 ; TF 5A\_678/2007 du 8 janvier 2008 ; TF 5P.307/2004 du 6 octobre 2004, RSPC 2005 202 ss, et la note de WALTHER FRIDOLIN ; voir ég. TAPPY (n. 54), p. 107. Fait exception la décision de mesures préprovisionnelles rendue en matière de suspension de la poursuite, car si le juge a rejeté la

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

## 5. Sûretés et dommages-intérêts

117. 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 particulier<sup>153</sup> lorsque les mesures sont demandées à titre superprovisionnel<sup>154</sup>. Comme le relève le Message<sup>155</sup>, les sûretés peuvent être requises en tout temps, de même qu'elles peuvent être réduites ou augmentées suivant les circonstances<sup>156</sup>.
118. 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 droit<sup>157</sup>. Elles peuvent s'imposer par exemple en cas d'exécution anticipée. Plus le droit du requérant paraît fondé, moins le dépôt de sûretés ne se justifie<sup>158</sup>.
119. Les sûretés ne sont pas libérées d'office en cas de caducité des mesures ou de jugement entré en force. L'art. 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

---

requête d'extrême urgence et que la faillite du poursuivi est prononcée, aucune décision de mesures provisionnelles ne pourra se substituer à celle refusant la suspension à titre préprovisoire (5A\_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 1.2).

<sup>153</sup> GUTMANN (n. 146), p. 15, et les références.

<sup>154</sup> L'art. 265 al. 3 CPC le précise expressément.

<sup>155</sup> Voir Message CPC, FF 2006 6963.

<sup>156</sup> Le même principe vaut pour les mesures provisionnelles lorsque les circonstances se sont modifiées, comp. art. 268 CPC.

<sup>157</sup> Cour de cassation civile NE, RJN 1984 87.

<sup>158</sup> GUTMANN (n. 146), p. 15, et les références.



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

120. Si les mesures provisionnelles se révèlent injustifiées<sup>159</sup>, à savoir lorsque la rétention sur laquelle elles se fondaient s'avère mal fondée<sup>160</sup>, 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<sup>ème</sup> 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-projet<sup>161</sup>, « *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 Message<sup>162</sup> 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).
121. 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 aggravée<sup>163</sup>, sans possibilité de preuve libératoire, soit il opte pour une responsabilité objective simple et tient

---

<sup>159</sup> 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 (n. 146), 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 » (ATF 112 II 32 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER (n. 124), N 3 ad § 230 ; GUTMANN (n. 146), p. 55 ss) est sans incidence.

<sup>160</sup> Comp. art. 28f CC ; § 230 ZPO ZH.

<sup>161</sup> Rapp. expl. AP-PCS, p. 133.

<sup>162</sup> Message CPC, FF 2006 6963.

<sup>163</sup> C'était 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, JT 1963 I 140 ; 47 II 472.

compte des circonstances dans lesquelles le requérant a agi<sup>164</sup>. 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.

122. 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)<sup>165</sup>. Le lien d'instance crée une relation spécifique entre les parties qui leur impose des devoirs, en particulier celui de se conformer au principe précité<sup>166</sup>. 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.
123. 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).

#### ***E. Décision et exécution***

124. La décision quant aux mesures provisoires peut être communiquée au partie 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)<sup>167</sup>. 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 fond<sup>168</sup>.
125. 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'exécutions sont celles prévues aux articles 340 ss CPC.
126. L'appel contre l'ordonnance de mesures provisionnelles, dont la recevabilité est expressément prévue à l'article 308 CPC<sup>169</sup>, n'a pas d'effet

---

<sup>164</sup> Art. 28f CC ; art. 296 CPC VS. Les Grisons retiennent une responsabilité pour faute uniquement, voir art. 53 ZPO GR.

<sup>165</sup> TF, SJ 2002 I 293 ; TF, DB 13/2001, 35, N 24 ; ATF 119 II 386 ; 111 Ia 52 ; GULDENER MAX , Treu und Glauben im Zivilprozess, RSJ 1943 395.

<sup>166</sup> Voir TF (21.12.2007), RSPC 2008 140 ; ATF 130 III 396, consid. .2.3, JT 2005 II 87 ; 115 Ia 12, consid. 3, JT 1991 I 105.

<sup>167</sup> Message CPC, FF 2006 6958.

<sup>168</sup> Voir TF 5P.496/2006 du 22 janvier 2007, consid. 3, RSPC 2007 169 s.

<sup>169</sup> Voir N 40.

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***

127. Les mesures provisionnelles ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée une fois entrées en force<sup>170</sup>. 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).
128. 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 mesures<sup>171</sup>.

#### ***G. Le mémoire préventif***

129. L'art. 270 CPC accorde la faculté à celui qui craint que des mesures *ex parte* (mesure superprovisionnelle, séquestre au sens des art. 271 à 281 LP ou tout autre mesure de ce type) ne soient requises à son encontre de prendre position par anticipation sur la requête en déposant un mémoire préventif<sup>172</sup> (*Schutzschrift*) auprès du ou des tribunaux qui pourraient être saisis par la partie adverse.
130. 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-vingts. Tel est le cas des tribunaux de commerce des cantons de Zurich<sup>173</sup>, Argovie<sup>174</sup> et Saint-Gall<sup>175</sup>. Le Tessin<sup>176</sup> et Genève<sup>177</sup> l'admettent également. Certains

---

<sup>170</sup> Voir BERTI (n. 96), p. 346, qui cite l'ATF 127 III 496 ; WALTHER FRIDOLIN, Note *in* RSPC 2005 203-205.

<sup>171</sup> Voir PIQUERETZ (n. 140), p. 128 ; ATF 127 III 496 ; TF, RJJ 1992 134.

<sup>172</sup> En doctrine suisse, voir HESS-BLUMER (n. 115), p. 38 et les réf. en note 160 ; TREZZINI FRANCESCO, note *in* Sic ! 2004 513.

<sup>173</sup> ZR 96 (1997), N 46, p. 123 ss.

<sup>174</sup> HESS-BLUMER (n. 115), p. 32-33.

<sup>175</sup> SMI 1989, p. 103 ss, GVP 1988, N 63, p. 128 ss.

<sup>176</sup> Voir CHIESA SPARTACO, Die vorsorglichen Massnahmen im gewerblichen Rechtsschutz gemäss der Tessiner Prozessordnung, SMI 1989 27-34, p. 32.

<sup>177</sup> BARBEY RICHARD, 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 (n. 115) ne dit mot de la Suisse romande dans son survol statistique

cantons, comme Zoug, déclarent irrecevables les mémoires préventifs<sup>178</sup>. 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 »<sup>179</sup>.

131. 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 allemands<sup>180</sup>.
132. 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.
133. 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 parties<sup>181</sup>. On comprend mal la solution retenue par le CPC puisque l'absence de transmission 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.
134. Le Code prévoit que le mémoire perd toute validité six mois après son

---

(p. 32 ss).

<sup>178</sup> ATF 119 Ia 53, JT 1995 I 305 ; devant le Tribunal fédéral, voir : TF 1A.41/2004 du 1<sup>er</sup> mars 2004.

<sup>179</sup> ATF 119 Ia 53, JT 1995 I 305.

<sup>180</sup> HESS-BLUMER (n. 115), p. 20.

<sup>181</sup> Voir HESS-BLUMER (n. 115), p. 183 ; ZR 96 (1997), N 46, p. 123 ss ; LGVE 2003 I N 28.

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 mémoire<sup>182</sup>. 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.

135. 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.
136. Un mémoire préventif pourra être déposé en prévision de toute mesure susceptible d'être ordonnée sans audition préalable, notamment un séquestre en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 271 ss LP), mais non pas, sous l'empire de la Convention de Lugano révisée, en cas de requête d'exéquatur<sup>183</sup>.
137. 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.
138. 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 frais<sup>184</sup>? Oui, à notre sens<sup>185</sup>.

## VI. La mise à ban

### A. Généralités

139. La mise à ban (art. 258-260 CPC ; *Gerichtliches Verbot*) assure une

---

<sup>182</sup> HESS-BLUMER (n. 115), p. 180 s.

<sup>183</sup> FF 2009 1541.

<sup>184</sup> Sur cette question, voir HESS-BLUMER (n. 115), p. 197-200.

<sup>185</sup> C'est la pratique à Genève, voir BARBEY (n. 177), p. 346 ; D'un autre avis : STAEHLIN ADRIAN/STAEHLIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen - unter Einbezug des internationalen Rechts*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 393 N 50.

protection générale de la propriété foncière. Les cantons la réglementent soit dans leur code de procédure civile, avec la procédure sommaire et les mesures provisionnelles<sup>186</sup> ou comme procédure spéciale<sup>187</sup>, soit dans leur loi d'introduction au Code civil<sup>188</sup>.

140. 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 cantonales<sup>189</sup>, reprises par le Code, prévoient une procédure d'opposition qui permet à tout tiers touché d'annuler les effets de la mesure à son encontre.
141. 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 désigné<sup>190</sup>. Alors que la mise à ban est soumise à la procédure sommaire, les actions possessoires et pétitoires relèvent de la procédure ordinaire ou simplifiée, 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 CPC<sup>191</sup>. Par ailleurs, il peut, en cas de situation claire, agir par la voie de la procédure sommaire<sup>192</sup>. 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.
142. 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

---

<sup>186</sup> 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.

<sup>187</sup> Art. 420 ss CPC VD. Sur le passage abusif du droit vaudois, voir PIOTET DENIS, La pénalisation de l'institution vaudoise du passage abusif – contribution à l'étude des frontières de la notion de procédure civile, JT 2002 III 51-59.

<sup>188</sup> Art. 94-96 LICC JU ; art. 69b-69e LICC NE (sur la mise à ban neuchâteloise, voir RJN 1987 77 s. ; 1980 136-139) ; art. 275 LACC FR (sur cette disposition, voir RFJ 1976 124 s. ; 1979 81-83).

<sup>189</sup> 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 mise à ban peut être contestée (voir par exemple § 179 ZPO SZ ; § 166 ZPO TG ; § 225 ZPO ZH).

<sup>190</sup> Une mise à ban n'exclut pas une action possessoire contre un tiers déterminé, voir ATF 83 II 141, consid. 3, JT 1957 I 529.

<sup>191</sup> Voir par exemple l'art. 327 ch. 2 CPC JU.

<sup>192</sup> Voir N 51 ss.

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 supplétif<sup>193</sup>.

### **B. Conditions**

143. 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 foncière<sup>194</sup>.
144. 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.
145. 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 compétent<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Dans le canton du Jura par exemple, c'est le juge civil qui statue en procédure sommaire, en vertu de l'arrêt 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 (RSJ 271.10).

<sup>194</sup> Le Message CPC, FF 2006 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.

<sup>195</sup> 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*

146. 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.
147. Le for, impératif, est au lieu où l'immeuble est ou devrait être immatriculé au registre foncier (art. 29 al. 4 Cst.)<sup>196</sup>.
148. 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<sup>197</sup>, 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.
149. 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 »<sup>198</sup>. Selon le Message<sup>199</sup>, l'interdiction peut aussi être formulée de manière abstraite (« tout trouble »)<sup>200</sup>. 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).
150. 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 CHF 2'000.- au plus. Oui à notre avis, faute d'indication

---

<sup>196</sup> BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 258 N 10.

<sup>197</sup> Contra : BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 258 N 12.

<sup>198</sup> Voir Message CPC, FF 2006 6960.

<sup>199</sup> Message CPC, FF 2006 6960.

<sup>200</sup> BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 258 N 4, qui relèvent les problèmes d'interprétation qui peuvent en résulter.



contraire dans le texte du CPC<sup>201</sup>. 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***

151. 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)<sup>202</sup>. Le Code n'indique pas où la publication doit avoir lieu. Il aurait paru 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<sup>203</sup>.

#### ***E. Opposition***

152. 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 opposition<sup>204</sup>.
153. L'opposition, qui n'a pas à être motivée<sup>205</sup>, doit être adressée (le cas échéant par déclaration au greffe<sup>206</sup>) 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

---

<sup>201</sup> Voir également BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 258 N 23.

<sup>202</sup> BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 259 N 3.

<sup>203</sup> BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 259 N 2.

<sup>204</sup> 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-Campagne, le juge peut maintenir la mise à ban à titre provisoire en cas d'opposition, voir § 250 al. 3 ZPO BL.

<sup>205</sup> BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 260 N 4.

<sup>206</sup> BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 260 N 4.

154. son placement sur l'immeuble (art. 260 al. 1 CPC<sup>207</sup>). Dans la mesure où ce délai est légal, il ne peut pas être prolongé (art. 144 al. 1 CPC).
155. 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)<sup>208</sup>. 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'opposition<sup>209</sup>.

## VII. Conclusion

156. 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.
157. Par ailleurs, 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. Il faut encore se demander,

---

<sup>207</sup> Critiques : BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 260 N 2, qui relèvent que le délai pourrait ne pas commencer à courir lorsque l'avis n'est pas placé sur l'immeuble alors que la publication a eu lieu il y a longtemps.

<sup>208</sup> 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.

<sup>209</sup> Le rapport à l'appui de l'avant-projet, p. 131, le relevait expressément. Dans ce sens également, BSK ZPO – TENCHIO/TENCHIO-KUZMIC, art. 260 N 1.

158. faute d'indication précise du demandeur, s'il invoque le cas clair ou requiert une simple conciliation.
159. 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 provisionnelles ordonnées avant la litispendance permettent au demandeur d'éviter de passer par la tentative de conciliation.
160. 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.