

LES MESURES PROVISIONNELLES EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – QUELQUES RÉFLEXIONS D’UN AVOCAT NOMADE

RALPH SCHLOSSER

Dr en droit, avocat à Lausanne

Mots-clés: mesures provisionnelles, procédure civile, propriété intellectuelle

I. Le nomadisme judiciaire

L'entrée en vigueur du Code de procédure civile n'a pas entièrement mis fin aux divergences cantonales dans la conduite d'un procès. Cette situation n'est pas accidentelle: en bien des aspects, le législateur a *délibérément* laissé aux juges une certaine marge de manœuvre; dans sa version allemande, le Message parle à cet égard de «*Mut zur Lücke*»¹. Cela étant, l'absence d'uniformité rend délicate la tâche de l'avocat «nomade», c'est-à-dire de celui qui plaide dans plusieurs cantons. En cela, le code de procédure civile unifié ne satisfait que partiellement à l'un des objectifs annoncés, tenant dans le fait de faciliter la libre circulation des avocates².

De manière peu surprenante, les tribunaux ont eu tendance à conserver autant que possible leurs anciennes pratiques. Certaines d'entre elles ont été depuis lors remises en cause par des décisions du TF; d'autres ont pu subsister. Quoi qu'il en soit, presque partout, ces pratiques demeurent non écrites, et c'est précisément ce qui peut dérouter le praticien amené à représenter un client devant un tribunal qui ne lui est pas familier.

Le présent article se propose de mettre en lumière les divergences observées dans un type de procédure bien particulier: les mesures provisionnelles. De fait, les litiges en matière de propriété intellectuelle débutent très souvent par une requête de mesures provisionnelles. Il n'est pas rare que le procès s'arrête à ce stade, soit parce que les parties parviennent à un accord, soit parce que la requérante qui succombe renonce à introduire une action au fond. C'est dire l'importance de ce type de procédure dans le domaine qui nous intéresse³.

Pour avoir un aperçu des pratiques en la matière, j'ai soumis à toutes les instances cantonales uniques de Suisse un questionnaire portant sur le déroulement d'une procédure de mesures provisionnelles. Si certains destinataires ont renoncé à me répondre en raison d'une casuistique insuffisante, pas moins de seize magistrates et magistrats ont rempli mon formulaire. Qu'ils et elles en soient ici très vivement remerciées. Leurs réponses sont intégrées dans les divers chapitres de la présente contribution.

II. Procédure écrite et/ou audience

1. Réponse orale ou écrite

Selon l'article 253 CPC, lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la défenderesse la possibilité de se déterminer *par oral ou par écrit*. La tenue d'une audience est par ailleurs laissée à sa libre appréciation (art. 256 al. 1 CPC).

Dès lors, lorsqu'elle reçoit une requête de mesures provisionnelles qui n'apparaît pas comme manifestement irrecevable ou infondée, la juge est confrontée à *plusieurs options*: (a) fixer à la défenderesse un délai de réponse en renonçant à la tenue d'une audience; (b) fixer à la défenderesse un délai de réponse sans décider, à ce stade, si une audience sera ou non tenue; (c) fixer à la défenderesse un délai de réponse et convoquer simultanément les parties à une audience; (d) convoquer les parties à une audience sans fixer de délai de réponse écrit.

Les pratiques *divergent* à cet égard d'un canton à l'autre. Dans la majorité des cantons, la procédure de mesures provisionnelles se déroule en principe par écrit, la tenue d'une audience y étant exceptionnelle (AG, BE, BL, BS, LU, SG, TG, ZG, ZH). Dans d'autres cantons, le tribunal convoque souvent (NE) ou toujours (VD) les parties à une audience, tout en impartissant au défendeur un délai de réponse. Ailleurs, la décision quant à la tenue d'une audience dépend des circonstances et plus particulièrement du contenu de la réponse écrite (AI, GE, OW, SO).

Une *audience* pourra notamment apparaître comme utile lorsque des questions importantes demeurent indéterminées après l'échange d'écritures et qu'il semble opportun d'interpeller l'une ou l'autre partie à leur propos⁴ ou lorsque certains des moyens de preuve requis ne peuvent

¹ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7236. Dans la version française, il est question, plus prosaïquement, de «se limiter à l'essentiel»: Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6855.

² Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6849.

³ Cf. LUCAS DAVID ET AL., in: SIWR I/2, 3^e éd., n° 587.

⁴ BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 253 N 2.

être mis en œuvre qu'en audience⁵, ou encore quand le tribunal y voit un moyen de mettre un terme au ping-pong des répliques écrites⁶. Mais le motif le plus souvent invoqué pour justifier la tenue d'une audience tient dans la volonté de tenter d'amener les parties à transiger leur litige (AG, AI, BE, BL, GE, LU, OW, SO). Cela me semble judicieux dans la plupart des cas, d'autant que les litiges relevant de la propriété intellectuelle sont soustraits à la procédure de conciliation (art. 198 let. f CPC)⁷. Certains juges ne sont toutefois guère intéressés à ce que les parties mènent des pourparlers dans les procédures provisionnelles, estimant qu'il est plus indiqué de rendre des jugements (ZH)⁸. Si la juge appointe une audience en vue de conduire des pourparlers transactionnels, elle interpellera utilement les parties afin de leur donner la possibilité de refuser une telle audience si celle-ci leur apparaît vaine⁹.

2. Délai de réponse

L'invitation faite à la défenderesse de déposer une *réponse écrite* est la règle dans les procédures de mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle¹⁰. Dans les litiges relevant de l'instance cantonale unique, il est rare que les magistrates demandent à la défenderesse de se déterminer uniquement par oral. Cela peut arriver dans des cas plutôt exceptionnels (AG, ZH), notamment lorsqu'une requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée mais qu'il y a malgré tout urgence à statuer (ZH).

Le *délai de réponse* est généralement plus court qu'en procédure ordinaire¹¹. Les délais usuellement fixés par les tribunaux varient entre 10 et 14 jours (AG, AI, BS, GE, LU, OW, SG, SO, VS, ZG), 20 jours (ZH), 30 jours (BL, NE) ou une semaine avant l'audience (VD). Par souci d'égalité des armes, les juges devraient en règle générale éviter, selon moi, de fixer des délais inférieurs à 14 jours, sachant que le requérant aura pris le plus souvent davantage de temps pour peaufiner sa requête¹².

Selon certains auteurs, le délai de réponse n'est en principe pas *prolongeable* en matière de mesures provisionnelles¹³. Cette approche semble trop restrictive: l'article 144 al. 2 CPC doit en réalité trouver application également dans ce type de procédure¹⁴. Les pratiques cantonales divergent à cet égard: dans la plupart des cantons, une extension de délai n'est possible qu'à des conditions plus restrictives qu'en procédure ordinaire (AG, BS, LU, OW, SO, VD, VS, ZH); certains tribunaux octroient des prolongations aux mêmes conditions que celles de la procédure ordinaire (AI, GE); d'autres tribunaux font dépendre leur décision des circonstances (BL, NE, SG).

La *durée d'une prolongation de délai* est le plus souvent située (comme le délai initial) entre 10 et 14 jours (AG, AI, GE, LU, OW, SO, VS); dans certains cantons, des prolongations de plus longue durée, de l'ordre de 30 jours, sont accordées (BL, NE), à condition que le délai initial ait été déclaré prolongeable (BL). Certains juges précisent que les circonstances peuvent les amener à se montrer plus généreux concernant la durée de la prolongation, par exemple lorsque des mesures superprovisionnelles ont été accordées (SG, ZH) ou lorsqu'on peut anticiper que

l'avance de frais ne sera pas versée dans le délai de grâce de l'article 101 al. 3 CPC (ZH). En cas d'urgence particulière, la juge pourra déclarer le délai de réponse non prolongeable (OW).

D'une manière générale, il est souhaitable que la durée du délai de réponse et celle de l'éventuelle prolongation soient *prévisibles*. À cet égard, des directives procédurales comme celles du Tribunal cantonal de St-Gall¹⁵ ou un tableau des délais tel que celui du TFB¹⁶ facilitent la tâche des avocates.

La question de savoir si le juge des mesures provisionnelles doit fixer un *délai de grâce* à la défenderesse qui n'a pas déposé de réponse dans le délai imparti est controversée. Selon l'approche majoritaire, un tel délai de grâce n'a pas sa place en procédure sommaire¹⁷. Quoi qu'il en soit, toujours pour des motifs de prévisibilité, il semble indiqué que le juge précise ce point au moment de fixer le délai de réponse, en appliquant par analogie l'article 147 al. 3 CPC¹⁸.

⁵ Cf. ci-dessous, III.

⁶ BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 253 N 13; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 253 N 7.

⁷ Cf. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Procédures rapides, in: Unification de la procédure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Zurich 2003, 102: «Une procédure sur titres n'est jamais qu'un pis-aller. [...] La présence physique du juge, son rôle de conciliateur et de médiateur, le temps neutre de l'audience sont irremplaçables». Cf. aussi, dans un sens proche, CR CPC-BOHNET, art. 256 N 2, pour qui il ne faut pas conclure facilement à l'inutilité des débats.

⁸ Dans un sens proche: DAMIAN SCHAI, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, n° 101, pour qui, dans les procès en matière de propriété intellectuelle, on devrait la plupart du temps pouvoir renoncer à une audience. Cf. aussi SÉBASTIEN MORET, Aktenschluss und Noverrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2014, n° 339: «Ein Verfahren mit einem Schriftenwechsel und einer Verhandlung ist für das Summarverfahren schwerfällig und unüblich».

⁹ Cela correspond p. ex. à la pratique du tribunal cantonal de Bâle-Campagne.

¹⁰ DAMIAN SCHAI, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, n° 100.

¹¹ BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 10; CR CPC-BOHNET, art. 253 N 2a.

¹² Cf. LUCAS DAVID ET AL., SIWR I/2, 3^e éd., n° 660: «Hat der Antragsteller nachweislich zur Ausarbeitung des Gesuchs erhebliche Zeit benötigt, ist auch dem Gesuchsgegner eine entsprechende Zeit zur Stellungnahme einzuräumen».

¹³ CR CPC-BOHNET, art. 253 N 2a; RAFAEL KLINGLER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 3^e éd., Art. 253 N 3. Cf. aussi BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 10, pour qui les exigences doivent être plus sévères qu'en procédure ordinaire.

¹⁴ Dans ce sens: PC CPC-DELABAYS, art. 253 N 5.

¹⁵ Kantonsgericht St. Gallen, Richtlinien zu den Fristen und zur Feststellung des Ausbleibens an der Verhandlung.

¹⁶ www.bundespatentgericht.ch/fileadmin/web-dateien/Fristentabelle_FR.pdf.

¹⁷ BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 16; MARTIN KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N 31; dans ce sens, en lien avec une procédure de mainlevée: ATF 145 III 213 c. 6.1.3. *Contra*: PC CPC-DELABAYS, art. 253 N 6.

¹⁸ MARTIN KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N 32. Une telle précision est par exemple apportée dans les directives précitées du Tribunal cantonal de St-Gall: «Bleibt die Gesuchantwort aus, wird keine Nachfrist zum Nachholen dieser Eingabe angesetzt».

3. Second échange d'écritures, *novas* et droit à la réplique

En procédure sommaire, il n'y a en principe qu'un seul échange d'écritures¹⁹. Selon le Tribunal fédéral, il n'est cependant «pas exclu, avec la retenue nécessaire, qu'un second échange d'écritures soit ordonné, lorsque les circonstances l'exigent»²⁰. Tel pourra par exemple être le cas si la réponse comprend des objections ou des exceptions²¹ ou d'autres éléments nouveaux²². La plupart des tribunaux se déclarent réticents à ordonner un tel second échange d'écritures (AG, AI, BL, SG, SO, VS, ZH).

Quoi qu'il en soit, même en l'absence d'un second échange d'écritures, le tribunal se trouvera souvent confronté à de nouvelles écritures, déposées *spontanément* par l'une ou l'autre partie. Leur admissibilité dépendra des exigences en matière de *novas* et de droit à la réplique. Si l'écriture spontanée comprend un ou plusieurs allégués de fait et/ou un ou plusieurs moyens de preuve, ce sont les règles sur les *novas* qui trouveront application; si seuls des arguments et des développements juridiques sont énoncés, l'écriture sera régie par les principes relatifs au droit à la réplique.

Selon le Tribunal fédéral, en procédure sommaire, la *clôture de l'allégation* intervient en principe après l'échange d'écritures unique²³. Si le tribunal a exceptionnellement ordonné un second échange d'écritures, la clôture de l'allégation a lieu après le dépôt de la duplique²⁴. Par ailleurs, si le tribunal a fixé une audience après un échange d'écritures unique, la clôture de l'allégation intervient lors de l'audience²⁵, à moins que la juge n'ait annoncé, dans sa convocation, que la clôture de l'allégation est intervenue ou interviendra au terme de l'échange d'écritures²⁶.

Après la clôture de l'allégation, l'introduction de nouvelles allégations et de nouveaux moyens de preuve n'est possible qu'aux conditions de l'article 229 al. 1 CPC relatif aux *novas*. En particulier, il doit être possible à la requérante, à certaines conditions, de réagir aux allégations et aux moyens de preuve contenus dans la réponse (ou dans la duplique en cas de second échange d'écritures) ou produits à l'audience (si la clôture de l'allégation a lieu à l'audience)²⁷. Elle devra le faire «sans retard» (art. 229 al. 1 CPC), c'est-à-dire en principe dans les *dix jours*²⁸ (ou séance tenante si les allégations ou moyens de preuve ont été produits en audience²⁹). Pour des motifs de sécurité du droit, le praticien sera reconnaissant au juge de lui fixer à cet égard un *délai précis*³⁰, en lui signalant, au moment de lui notifier l'écriture de la partie adverse, que d'éventuels *novas* seront admissibles s'ils sont produits d'ici telle date.

Indépendamment de la question des *novas*, la réponse peut donner lieu à une *réplique*³¹. Selon la jurisprudence, le droit inconditionnel à la réplique permet à chaque partie de se déterminer sur les prises de position ou allégations de l'autre partie³². Le droit à la réplique peut être exercé indépendamment du point de savoir si la prise de position adverse contient ou non de nouveaux faits ou de nouveaux arguments et qu'elle soit ou non susceptible d'influencer la décision du tribunal³³. La juge ne peut dès lors renoncer à notifier une prise de position à l'autre partie, à moins qu'elle ne décide, après examen, qu'elle n'en tiendra pas compte dans sa décision³⁴.

Le droit à la réplique doit être exercé *rapidement*. En procédure ordinaire, le Tribunal fédéral estime que l'écriture en question doit avoir été reçue par le tribunal au plus tard après 10 jours³⁵. En procédure sommaire, un délai de même durée paraît justifié³⁶. Là encore, la juge pourra utilement fixer un délai au-delà duquel une éventuelle prise de position ne sera pas prise en compte³⁷. Lorsque la juge notifie la réponse à la requérante en l'invitant à se déterminer à son sujet dans un certain délai, cela peut à vrai dire engendrer une incertitude quant au point de savoir s'il a en vue l'exercice du droit à la réplique ou un véritable second échange d'écritures; dans le doute, une telle invitation devrait être comprise comme se limitant au droit à la réplique³⁸. Relevons encore que, lorsqu'une audience a été

19 ATF 146 III 237 c. 3.1.

20 ATF 145 III 213 c. 6.1.3 (concernant une procédure de mainlevée).

21 BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 15.

22 LUCAS DAVID ET AL., in SIWR I/2, 3^e éd., n° 653. En matière de propriété intellectuelle, la nécessité de prendre position par écrit sur l'écriture du défendeur est fréquente, notamment parce que ce dernier fait souvent valoir la nullité du titre revendiqué par le requérant: CHRISTOPH WILLI, *Vorsorgliche Massnahmen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, sic! 2010, 593.

23 ATF 144 III 117 c. 2.2.

24 ATF 146 III 237 c. 3.1.

25 ATF 146 III 237 c. 3.1.

26 Pour plus de précisions à ce sujet, cf. ci-dessous, II.4.

27 Sur les conditions auxquelles des *novas* peuvent être produits en réaction à la duplique, cf. ATF 146 III 55 c. 2.5.2, «Durchflussmessfühler II».

28 Du moins est-ce la règle en procédure ordinaire: TF du 15. 7. 2021, 4A_70/2021 c. 4.2. Sur le vu de la complexité de la plupart des litiges de propriété intellectuelle, un délai de même durée paraît également indiqué en procédure sommaire. Dans un sens proche: MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, *Aktenschluss im summarischen Verfahren*, PJA 2020, 330, pour qui des délais plus courts ne se justifient qu'exceptionnellement en procédure sommaire.

29 Mais il se pourra que la production des nouveaux allégués et moyens de preuve à l'audience requière un temps de préparation relativement long, ce qui pourra justifier un report d'audience (cf. ci-dessous, II.4).

30 Sur la possibilité pour le juge de fixer un tel délai, cf. MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, *Aktenschluss im summarischen Verfahren*, PJA 2020, 330.

31 ATF 146 III 237 c. 3.1; CR CPC-BOHNET, art. 253 N 9; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 253 N 10.

32 ATF 138 I 484 c. 2.1.

33 ATF 139 I 189 c. 3.2; ATF 133 I 100 c. 4.3.

34 MARTIN KAUFMANN, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 253 N 40. Cf. aussi TF du 12. 12. 2014, 5A_814/2014 c. 3.2.

35 TF du 4. 4. 2016, 5D_81/2015 c. 2.3.4.

36 RETO HUNSBERGER/JODOK WICKI, *Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik*, PJA 2017, 459; LUCAS DAVID ET AL., SIWR I/2, 3^e éd., n° 653. Dans le même sens: DOMINIK BAE-RISWYL, *Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?*, RSJ 2015, 516, qui cite cependant un arrêt dans lequel le TF a jugé, dans le cadre d'une procédure de mesures provisionnelles, qu'un délai de trois à cinq jours devait suffir pour faire valoir le droit à la réplique; il s'agissait toutefois dans cette affaire d'une prise de position au sujet d'une seule phrase. Voir aussi le tableau des délais du TFB, qui prévoit un délai d'une semaine pour l'exercice du droit à la réplique en matière de mesures provisionnelles.

37 MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, *Aktenschluss im summarischen Verfahren*, PJA 2020, 330.

38 MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, *Aktenschluss im summarischen Verfahren*, PJA 2020, 322-323. Cf. cependant ATF 146 III 237 c. 3.2.

fixée, le juge peut refuser de prendre en considération une réplique écrite³⁹, sauf si elle contient des nouvelles allégations de fait et/ou des nouveaux moyens de preuve⁴⁰.

4. Audience

Lorsqu'une audience est appointée, elle peut être de nature diverse. Il peut s'agir d'une *audience d'instruction* (NE, SG); dans ce cas, les parties ne plaident pas, et la juge tranche sur la base des écritures, à moins d'ordonner un second échange d'écritures après l'audience (NE). L'audience peut également consister en une *audience de débats principaux*. En pareil cas, plusieurs constellations sont envisageables: soit le tribunal n'a pas fixé de délai de réponse écrite, auquel cas l'audience tendra à permettre au défendeur de présenter une réponse orale (cf. art. 256 al. 1 CPC)⁴¹, soit un échange d'écritures a précédé l'audience.

Dans tous les cas, la magistrate aura tout intérêt à préciser, dans la convocation, quelle est la nature de l'audience et quel en sera le déroulement. Plus spécialement, elle devra avoir à l'esprit la jurisprudence relative à la *clôture de l'allégation* en procédure sommaire, telle qu'elle vient d'être exposée⁴²: si la juge veut éviter que les parties ne puissent s'exprimer une seconde fois de manière illimitée à l'audience, elle devra impérativement les aviser, dans la convocation, que la clôture de l'allégation a eu lieu (ou aura lieu) avec le dépôt de la réponse⁴³. De fait, l'audience se prête mal à la production d'une nouvelle écriture comprenant des allégations et des moyens de preuve, car il conviendra en règle générale de laisser à l'autre partie le soin d'y répondre – ce qui pourra impliquer une suspension de l'audience, voire son report⁴⁴.

Quelle qu'en soit la nature, l'audience offre la possibilité d'entamer des *discussions transactionnelles*. À cet égard, l'attitude des juges diverge sensiblement d'un canton à l'autre. Dans la tradition alémanique, le tribunal présente aux parties son appréciation provisoire du litige (*Referentensystem*, système du juge rapporteur), alors que les juges de Suisse romande sont en règle générale réticents à suivre une telle approche, de peur d'apparaître comme prévenus. Il est vraisemblable que le taux de transaction plus élevé observé en Suisse alémanique par rapport à la Suisse romande est, au moins en partie, dû à cette divergence de pratique⁴⁵. Une discussion sur la légitimité et l'opportunité des deux approches crèverait le cadre de la présente contribution. Nous nous contenterons de signaler ici que le *Referentensystem* a été validé par le Tribunal fédéral: l'opinion provisoire exprimée par le juge rapporteur ne permet pas de mettre en doute son impartialité lorsqu'elle repose sur un examen approfondi du dossier et que le magistrat a clairement souligné le caractère provisoire de son appréciation⁴⁶.

L'audience de débats principaux se termine en principe par les *plaidoiries*. Dans la majorité des tribunaux, les parties se voient octroyer deux tours de parole, à l'instar de ce que prévoit l'article 232 al. 1 CPC en lien avec la procédure ordinaire (BE, GE, NE, OW, VS)⁴⁷. Certains tribunaux limitent les plaidoiries à un seul tour de parole, du moins en principe (AG, VD). En réalité, le droit inconditionnel à la réplique s'applique également lors des prises de position orales, de sorte que les plaideurs devraient toujours être autorisés à se déterminer sur l'exposé de leur contradicteur, et ce, quel qu'ait été le nombre de tours de parole jusque-là.

tionnel à la réplique s'applique également lors des prises de position orales, de sorte que les plaideurs devraient toujours être autorisés à se déterminer sur l'exposé de leur contradicteur, et ce, quel qu'ait été le nombre de tours de parole jusque-là.

Selon l'approche dominante, le *jugement* doit être *directement motivé*. De fait, les décisions des instances cantonales uniques font l'objet d'un recours au TF, à l'exclusion de recours cantonaux (art. 75 al. 2 let. a LTF). Or les décisions susceptibles d'un recours au TF doivent être directement motivées (art. 112 al. 1 let. b LTF), sans qu'il soit possible d'envisager l'envoi d'un simple dispositif accompagné de l'annonce selon laquelle les motifs suivront s'ils sont requis par l'une ou l'autre partie dans un certain délai⁴⁸. Il en va différemment de la décision de mesures superprovisionnelles, car en principe, aucun recours n'est possible contre elle⁴⁹.

III. Moyens de preuve

En procédure sommaire, la preuve est en principe rapportée par titres (art. 254 al. 1 CPC), mais d'autres moyens de preuve sont admissibles lorsque leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure (art. 254 al. 2 let. a CPC) ou que le but de la procédure l'exige (art. 254 al. 2 let. b CPC).

Là encore, les pratiques cantonales divergent. La plupart des tribunaux n'admettent pas ou n'admettent que restrictivement l'audition de *témoins* ou de *témoins-experts* dans le cadre d'une procédure provisionnelle; à cet égard, le Tribunal cantonal vaudois fait cavalier seul en acceptant ce mode de preuve de manière plutôt large. L'*inspection* connaît un sort similaire. Pour ce qui est de l'*interrogatoire des parties*, si les cantons se montrent majoritairement réticents à l'accepter (BE, LU, OW, SO, TG,

39 BSK ZPO-MAZAN, Art. 253 N 18a. Cf. aussi TF du 8.11.2021, 5A_256/2020 c. 4.3.3.

40 RAFAEL KLINGLER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 3^e éd., Art. 253 N 1a.

41 Comme on l'a vu (ci-dessus, II.2), un tel cas de figure est rare.

42 Cf. ci-dessus, II.3.

43 MIGUEL SOGO/ROMAN BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, PJA 2020, 323.

44 Cf. dans un sens proche: DOMINIK BAERISWYL, Replikrecht, Novenrecht und Aktenschluss – endloser Weg zur Spruchreife?, RSJ 2015, 521.

45 MARK SCHWEIZER, Praxis der Vergleichsverhandlung, in: Justice – Justiz – Giustizia 2018/4, n° 14.

46 ATF 134 I 238 c. 2.4. A noter que cette analyse est (ou du moins était) partagée par les tribunaux neuchâtelais: cf. JEAN-FRANÇOIS EGLI/OLIVIER KURZ, La garantie du juge indépendant et impartial dans la jurisprudence récente, RJN 1990, 22.

47 Cf. aussi dans ce sens: CR CPC-TAPPY, art. 232 N 10.

48 L'art. 112 al. 2 LTF ne s'appliquant pas selon la doctrine dominante à la procédure régie par le CPC: LTF-CORBOZ, art. 112 n. 42a; *contra*: CR CPC-TAPPY, art. 239 N 25.

49 ATF 137 III 417 c. 1.3; CR CPC-BOHNET, art. 265 N 15; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 265 N 17. Cf. cependant l'opinion critique (convaincante selon moi) de MIGUEL SOGO, Rechtsmittel gegen die Abweisung superprovisorischer Massnahmen, RSJ 2017, 7-8.

ZG, ZH), il se trouve quelques tribunaux pour l'admettre plus généreusement (GE, NE, VD, VS). En ce qui concerne la *réquisition de pièces* en main de l'une des parties ou d'un tiers, elle est ordonnée de manière plutôt large par un certain nombre de tribunaux (BE, NE, OW, TG, VD, VS), alors que d'autres se montrent plus circonspects (GE, LU, SO, ZG, ZH). Les *témoignages écrits ou affidavits* sont admis de manière restrictive par divers tribunaux (GE, NE, LU, SO) et de manière plutôt large par d'autres (BE, VS, ZG). Enfin, l'*expertise* est ordonnée de manière exceptionnelle par l'ensemble des tribunaux.

Pour partie, les divergences coïncident avec celles que l'on peut observer en ce qui concerne la tenue d'une audience: les tribunaux qui ne convoquent que rarement les parties à une audience ont tendance, en bonne logique, à se montrer réticents à admettre des moyens de preuve qui ne peuvent être administrés qu'en prétoire (interrogatoire des parties, audition de témoins ou de témoins-experts, inspection), alors que les tribunaux qui tiennent régulièrement des audiences se montrent volontiers plus généreux dans l'admission de tels moyens de preuve.

Cela dit, le choix des magistrates est, à cet égard, *limité par la loi*. Comme on l'a vu, un moyen de preuve autre qu'un titre ne devrait en effet *pas pouvoir être refusé* si l'on se trouve dans l'une des situations suivantes, prévues à l'article 254 al. 2 CPC: (a) son administration ne retarde pas sensiblement la procédure ou (b) le but de la procédure l'exige.

S'agissant de la *première de ces situations* (art. 254 al. 2 let. a CPC), l'audition d'un témoin domicilié en Suisse de même que l'inspection d'un objet de taille réduite ne devraient en principe pas être considérées comme retardant sensiblement la procédure, car une audience doit pouvoir être fixée à brève échéance⁵⁰. Il est vrai que le sort des litiges de propriété intellectuelle dépend plutôt rarement de témoignages⁵¹, de sorte que la juge pourra refuser d'ordonner l'administration d'un tel moyen de preuve si, après avoir procédé à une appréciation anticipée des preuves, elle l'estime dénué de pertinence ou inapproprié⁵². Mais il est des cas dans lesquels un témoignage peut se révéler décisif, par exemple pour établir l'usage antérieur public susceptible d'invalider le brevet en litige. De même, il peut être indiqué d'inspecter un objet assorti de la marque attaquée⁵³.

L'audition d'un témoin domicilié à l'étranger retardera en revanche la procédure, car elle devrait avoir lieu par la voie d'une commission rogatoire. Dans un tel cas, la production d'un *affidavit* pourra utilement pallier l'impossibilité d'entendre le témoin. Si un tel document n'a manifestement pas la même valeur probante qu'un témoignage oral à l'occasion duquel le tribunal pourra rendre le témoin attentif aux conséquences pénales d'un faux témoignage (cf. art. 171 al. 1 CPC), il n'en est pas moins admissible et pourra, selon les circonstances, convaincre le juge de la vraisemblance d'une allégation⁵⁴.

En ce qui concerne la *seconde situation*, à savoir celle qui doit amener la juge à accepter un moyen de preuve «si le but de la procédure l'exige» (art. 254 al. 2 let. b CPC),

certain auteurs estiment qu'elle concerne uniquement les procédures sommaires aboutissant à une décision définitive (procédure de mainlevée, procédure pour les cas clairs) et qu'elle ne trouve jamais application en matière de mesures provisionnelles⁵⁵. Une telle approche apparaît toutefois trop restrictive. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la mise en œuvre d'une *expertise* pouvait se révéler indispensable en matière de mesures provisionnelles, singulièrement lorsque le juge est amené à trancher une question technique sans disposer des compétences requises⁵⁶. Même si une telle expertise est supposée être «sommaire» (*Kurzgutachten*), sa mise en œuvre prend souvent beaucoup de temps⁵⁷. Cela amène certains auteurs à soutenir que l'expertise est par principe incompatible avec l'exigence de célérité propre aux mesures provisionnelles⁵⁸. Une telle conclusion semble hâtive. De fait, il devrait en principe être possible de réaliser une expertise dans un délai raisonnable de l'ordre de six mois⁵⁹, ce qui impliquera de fixer à l'experte un délai relativement court pour mener à bien son travail.

Traditionnellement, les *expertises privées* sont décriées. De fait, le Tribunal fédéral les assimile à des déclarations de parties et leur dénie toute valeur probante⁶⁰. Une telle approche apparaît à vrai dire comme trop schématique. Il est vrai que les rapports d'expertise privée méritent d'être traités avec circonspection, car les profes-

-
- 50 BSK ZPO-MAZAN, Art. 254 N 6; LUCAS DAVID ET AL., in: SIWR I/2, 3^e éd., n° 657. Cf. aussi KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 254 N 5; dans ce sens, pour l'inspection: HGer ZH du 31.1.2020, HE190354-O, publié in sic! 2021, 42 ss c. 4.2.2, «Konsole». *Contra*: JOHANN JAKOB ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich, Zurich 1998, 224, pour qui la convocation de témoins a en règle générale pour effet de retarder sensiblement la procédure.
- 51 Cf. DAMIAN SCHAI, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, n° 96.
- 52 Cf. DENIS TAPPY, Dispense de preuve et renonciation à la preuve, in: Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken, Berne 2012, 114-120.
- 53 ROGER STAUB, in: Stämpflis Handkommentar MSchG, 2^e éd., Berne 2017, Art. 59 N 73.
- 54 Cf. MARK SCHWEIZER/CHRISTIAN EICHENBERGER, Schriftliche Zeugenaussagen, in: Jusletter 28. 2. 2011, n° 25 ss.
- 55 BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 254 N 8.
- 56 TF du 26. 6. 2012, 4A_36/2012 c. 2.4, «Nespresso II»; ATF 137 III 324 c. 3.2.2, «Nespresso I»; ATF 132 III 83 c. 3.4, «Randanschlusskleber».
- 57 PATRICK TROLLER, Die einstweilige Verfügung im Immaterialgüterrecht, RSJB 127^{bis} (1991), 322, qui relève que la mise en œuvre de l'expertise sommaire est «*meist doch ziemlich lang*». Dans les affaires «Nespresso», les expertises «sommaires» se sont déroulées sur une période d'*un an* dans la procédure saint-galloise (HGer SG du 21. 5. 2013, HG.2011.199-HGP, «Nestlé c. Denner») et d'*un an et demi* dans la procédure vaudoise (TD VD du 3. 10. 2014, CM11.036478 75/2014/XMD, «Nestlé c. ECC»).
- 58 LUKAS LÜTHI, Wann drängt sich bereits im Massnahmeverfahren die Einholung eines Sachverständigengutachtens auf? – Kommentar zu BGE 137 III 324 (NESPRESSO), in: Immaterialgüterrecht in kommentierten Leitentscheiden, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021, n° 57.26. Cf. aussi HGer ZH du 31.1.2020, HE190354-O, publié in sic! 2021, 42 ss c. 4.2.2, «Konsole» et les références citées; ROGER STAUB, Stämpflis Handkommentar MSchG, 2^e éd., Berne 2017, Art. 59 N 19.
- 59 Cf. JOHANN JAKOB ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich, Zurich 1998, 226.
- 60 ATF 141 IV 369 c. 6.2; ATF 141 III 433 c. 2.6.

sionnels mandatés par une partie agissent rarement avec la même impartialité que les expertes nommées par un tribunal. Dans le même temps, les expertes engagent leur responsabilité, y compris sur un plan pénal⁶¹. Pour ces raisons, il semble préférable de retenir qu'un rapport d'expertise privée constitue un moyen de preuve (plus précisément: un titre), dont la force probante est appréciée librement par le juge⁶². En lien avec les sondages d'opinion, le Tribunal fédéral a du reste suivi une approche nuancée, en reconnaissant que les résultats d'une expertise démoscopique unilatérale pouvaient être pris en compte au titre d'indices pour autant que la méthodologie de l'institut de sondage apparût comme appropriée⁶³. D'une manière générale, un juge doit également pouvoir tenir compte d'un rapport d'expertise privée lorsqu'il dispose des connaissances nécessaires pour se forger une opinion; ainsi le TFB est-il en mesure de juger de la vraisemblance d'allégations techniques contenues dans un tel rapport⁶⁴. On relèvera par ailleurs qu'aux yeux du TF, la partie qui se voit confrontée à des allégations précises reposant sur une expertise privée ne peut se contenter de les réfuter en bloc, mais doit bien plutôt les contester de manière détaillée (*substantiiert*)⁶⁵. Pour tous ces motifs, il apparaît que les rapports d'expertise privée peuvent avoir un rôle à jouer, plus particulièrement en matière de mesures provisionnelles⁶⁶.

IV. Tardiveté

Pour le Tribunal fédéral, le droit d'obtenir une protection provisionnelle se *périme* si le requérant a tardé avant de l'introduire. Plus précisément, la requête est rejetée s'il s'avère qu'une procédure ordinaire introduite en temps utile aurait abouti à une décision plus ou moins en même temps que l'instance provisionnelle⁶⁷. On parle à cet égard d'urgence relative (*relative Dringlichkeit*)⁶⁸.

L'approche du TF invite à comparer la durée de la procédure provisionnelle engagée par la requérante à celle d'un procès au fond introduit en temps utile⁶⁹. Le TFB a développé à cet égard une règle qui prend en compte la *durée moyenne* des procédures: un procès en violation de brevet dure en moyenne 24 mois jusqu'au terme de la première phase de l'action échelonnée, alors qu'une procédure de mesures provisionnelles dure d'ordinaire entre 8 et 10 mois; le droit d'obtenir une protection provisionnelle est dès lors périmé si l'ayant droit a laissé s'écouler *14 mois ou plus* entre le moment où il aurait pu introduire l'action au fond et celui où il a déposé la requête de mesures provisionnelles⁷⁰. La requérante demeure libre d'établir les circonstances susceptibles de légitimer un atermolement de plus longue durée⁷¹.

Aucun des tribunaux cantonaux auxquels nous avons adressé notre questionnaire n'a établi une règle semblable à celle du TFB. Dans la mesure où les durées moyennes des procédures sont connues, il serait à vrai dire souhaitable que les juges cantonales s'inspirent de l'approche de leurs collègues du TFB en établissant un laps de temps au-delà duquel le droit d'obtenir une protection provisionnelle est

périmé sauf circonstances particulières. Cela permettrait de gagner en prévisibilité et en sécurité du droit.

V. Souhaits

En guise de conclusion, je souhaite adresser deux messages aux magistrates et aux magistrats qui auront lu la présente contribution jusqu'ici.

D'abord, j'émetts le souhait que les juges saisissent l'occasion pour *interroger* leur pratique. Le fait de constater que les collègues d'autres cantons procèdent différemment qu'elles et eux peut être l'occasion de se demander si telle pratique mérite d'être revue ou si, au contraire, elle a toute sa raison d'être. En ce sens, la comparaison peut être source d'inspiration.

Ensuite, j'aimerais inviter les juges à réfléchir à la manière dont ils et elles pourraient contribuer à faciliter la *libre circulation des avocats*, qui constitue, comme on l'a vu, l'un des objectifs du code de procédure civile unifié⁷². Cet objectif est potentiellement mis à mal par les lacunes (voulues) du CPC (mot-clé: «*Mut zur Lücke*»)⁷³, qui laissent subsister de nombreuses divergences dans la conduite d'un procès d'un canton à l'autre, comme le présent article le confirme. Or il existe selon moi un moyen de viser à améliorer cette situation: celui de *rendre accessible* aux praticiens les règles procédurales non écrites appliquées par les juges (ou du moins certaines de ces règles) au moyen de *directives procédurales* et de *tableaux des délais* publiés sur le site Internet du tribunal concerné⁷⁴. La vie des avocates et avocats – nomades ou non – s'en trouverait grandement simplifiée⁷⁵.

61 Cf. DAVID RÜETSCHI, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO, in: Gedanken zum Schutz von geografischen Zeichen, Festschrift für J. David Meisser, Berne 2012, p. 14.

62 FRANCESCO TREZZINI/FRANÇOIS BOHNET, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433, Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 136 I 370 ss; HANS SCHMID, Privatgutachten im Zivilprozess, RSJ 2017, p. 527-528.

63 TF du 7. 8. 2012, 4A_128/2012 c. 4.1.2, «Vogue».

64 TFB du 15. 8. 2019, S2019_002 c. 52, «PASCAL-Vorrichtung».

65 ATF 141 III 433 c. 2.6.

66 DAMIAN SCHAI, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, n° 92.

67 TF du 6. 10. 1981, RSPIDA 2/1983, 148 c. 3, «Urgence».

68 MAGDA STREULI-YOUSSEF, Zur Dringlichkeit bei vorsorglichen Massnahmen, in: 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000, 303-304.

69 DAMIAN SCHAI, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010, n° 207.

70 TFB du 8. 2. 2019, S2018_006 c. 13, «Spiralfeder».

71 TFB du 8. 2. 2019, S2018_006 c. 15, «Spiralfeder».

72 Ci-dessus, I.

73 Cf. ci-dessus, I.

74 Cf. à cet égard le site Internet du TFB: www.bundespatentgericht.ch/fr/bases-legales.

75 Et la vie des juges pourrait également s'en trouver améliorée, puisque ces derniers devraient être confrontés à un nombre réduit de requêtes vouées à l'échec ou de demandes inconciliables avec la pratique locale.