

MESURES PROVISIONNELLES ET PREUVE À FUTUR

Principaux changements pour le praticien

Ralph Schlosser

CEDIDAC, 5 juin 2012

PLAN DE L'EXPOSÉ

- 1) Mesures provisionnelles
- 2) Preuve à futur
- 3) Le cas particulier du droit des brevets
- 4) Déroulement de la procédure provisionnelle

MESURES PROVISIONNELLES (1)

Compétence

- art. 5 al. 2 CPC : instance cantonale unique
PI, raisons de commerce, LCD > CHF 30'000.-
- art. 26 al. 1 lit. b LTFB : Tribunal fédéral des brevets

MESURES PROVISIONNELLES (2)

Avant 1.1.2011

Art. 59 Mesures provisionnelles

¹ La personne qui rend vraisemblable qu'elle subit ou risque de subir une violation de son droit à la marque ou à l'indication de provenance et que cette violation risque de lui causer un préjudice difficilement réparable peut requérir des mesures provisionnelles.

² Elle peut notamment exiger du juge qu'il ordonne les mesures propres à assurer la conservation des preuves, pour rechercher la provenance des objets portant illicitement la marque ou l'indication de provenance, pour sauvegarder l'état de fait ou pour assurer à titre provisoire l'exercice des prétentions en prévention ou en cessation du trouble.

³ ...⁴⁷

⁴ Au demeurant, les art. 28c à 28f du code civil⁴⁸ sont applicables par analogie.

⁵ L'art. 55, al. 4 est applicable par analogie.⁴⁹

A compter du 1.1.2011

Art. 59 Mesures provisionnelles

Toute personne qui demande des mesures provisionnelles peut en particulier requérir du juge qu'il les ordonne dans l'un des buts suivants:

- a. assurer la conservation des preuves;
- b. déterminer la provenance des objets portant illicitement la marque ou l'indication de provenance;
- c. préserver l'état de fait;
- d. assurer à titre provisoire la prévention ou la cessation du trouble.

MESURES PROVISIONNELLES (3)

Art. 261 Principe

¹ Le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes:

- a. elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être;
- b. cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

² Le tribunal peut renoncer à ordonner des mesures provisionnelles lorsque la partie adverse fournit des sûretés appropriées.

MESURES PROVISIONNELLES (4)

Conditions d'octroi (art. 261 al. 1 CPC)

- 1) atteinte illicite actuelle ou imminente

- 2) dommage difficilement réparable

MESURES PROVISIONNELLES (5)

Atteinte illicite actuelle ou imminente

- atteinte illicite...
- ... actuelle ou imminente
 - risque de première commission
 - risque de réitération
 - risque de continuation

MESURES PROVISIONNELLES (6)

Dommage difficilement réparable

- dommage matériel
- dommage immatériel

AUTRES CONDITIONS

- 1) Proportionnalité
- 2) Absence de tardiveté

PROPORTIONNALITÉ (1)

- 1) adéquation
- 2) choix de la mesure la moins incisive
- 3) renonciation à une mesure excessivement incisive ?

PROPORTIONNALITÉ (2)

Refus de prononcer une mesure incisive à l'excès?

- ancienne jurisprudence : non (ATF 94 I 8)
- jurisprudence plus récente : oui (ATF 131 III 473; sic! 2009 p. 159)
- CPC : controverse

PROPORTIONNALITÉ (3)

Prise en compte du caractère plus ou moins incisif et plus ou moins difficilement réversible de la mesure sollicitée

- exigences plus strictes pour mesures plus incisives
- mesures irréversibles proscrites

ABSENCE DE TARDIVETÉ

- urgence relative : comparaison avec la durée du procès au fond (RSPIDA 1983 p. 148)

- mesures superprovisionnelles
 - urgence temporelle
 - risque d'entrave

PREUVE À FUTUR (1)

Moment de l'administration des preuves :

- principe : après les premières plaidoiries
(art 231 CPC)
- exception : en tout temps (art. 158 CPC)

PREUVE À FUTUR (2)

Art. 158 CPC

- ¹ Le tribunal administre les preuves en tout temps :
 - a. lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande;
 - b. lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant.

- ² Les dispositions sur les mesures provisionnelles sont applicables.

PREUVE À FUTUR (3)

Compétence (hors litispendance) :

Art. 44a Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ)

- témoins, pièces : Président TArr
- expertise, inspection locale : Juge de paix

Quid en matière de propriété intellectuelle ?

M. Schweizer, PCEF 2010, 20-21: instance cantonale unique

PREUVE À FUTUR (4)

- 1) « ... la loi confère le droit d'en faire la demande »
(158 lit. a)

65 lit. a LDA, 59 lit. a LPM, 38 lit. a LDes, 77 al. 1 lit. a LBI :

« Toute personne qui demande des mesures provisionnelles peut en particulier requérir du juge qu'il les ordonne [pour] assurer la conservation des preuves »

PREUVE À FUTUR (5)

- 2) « ... la mise en danger des preuves ... est rendue vraisemblable... » (158 lit. b)

Message, FF 2006, 6925 : p. ex. audition d'un témoin dont les jours sont comptés, inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement.

PI : ex. saisie d'objets munis du signe litigieux, inventaire des objets contrefaisants, confiscation de documents comptables.

PREUVE À FUTUR (6)

- 3) « ... un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable... » (158 lit. b)

Message, FF 2006, 6925 : « [La preuve à futur] peut servir aussi à *l'évaluation des chances d'obtenir gain de cause ou d'apporter une preuve.* (...) La locution "intérêt digne de protection" se réfère à cette possibilité qui permet d'éviter des procès dénués de chance de succès ».

PREUVE À FUTUR (7)

TF, 4A_532/2011 c. 2.4.2 (Schlammzuführung)

La preuve à futur ne peut être requise qu'en relation avec une prétention matérielle concrète → le requérant doit rendre vraisemblable qu'il détient une prétention contre l'intimé que le moyen de preuve dont l'administration est sollicitée doit corroborer.

PREUVE À FUTUR (8)

En matière de propriété intellectuelle, il faut que le requérant rende vraisemblable que l'intimé viole son droit ou s'apprête à violer son droit (cf. art. 77 al. 2 LBI).

PREUVE À FUTUR (9)

TF, 4A_478/2011 c. 2.2.3

Refus de procéder à des mesures protectrices au titre de preuve à futur : il n'a pas été rendu vraisemblable que l'employé intimé avait soustrait indûment des logiciels appartenant aux requérants et qu'il les utilisait au profit de son nouvel employeur, la co-intimée.

TFB, 27.4.2012, S2012_006

c. 8 : il ne suffit pas d'affirmer que l'on part de l'idée que les tablettes litigieuses présentent toutes les caractéristiques du brevet

PREUVE À FUTUR (10)

TF, 4A_532/2011 c. 2.4.2 (Schlammzuführung)

Si le moyen de preuve dont l'administration est sollicitée est seul à permettre de prouver la prétention, il suffit que la requérante allègue sa prétention de manière circonstanciée.

PREUVE À FUTUR (11)

Pas de *fishing expeditions*



BREVETS (1)

1.1.2011

Art. 73, al. 2, 76,

Abrogés

Art. 77

La personne qui demande des mesures provisionnelles peut en particulier requérir du tribunal qu'il ordonne une description précise des procédés prétendument appliqués de manière illicite, des produits fabriqués et des installations et appareils servant à la fabrication ainsi que la saisie de ces objets.

Art. 79 et 80

Abrogés

1.1.2012

Art. 77

¹ Toute personne qui demande des mesures provisionnelles peut en particulier requérir du juge:

- a. qu'il les ordonne dans le but d'assurer la conservation des preuves, de préserver l'état de fait ou d'assurer à titre provisoire la prévention ou la cessation du trouble;
- b. qu'il ordonne une description précise:
 1. des procédés dont elle prétend qu'ils sont appliqués de manière illicite,
 2. des produits dont elle prétend qu'ils sont fabriqués de manière illicite ainsi que des moyens techniques ayant servi à cette fabrication;
- c. qu'il ordonne la saisie de ces objets.

² Si une partie requiert une description, elle doit rendre vraisemblable la violation ou l'imminence de la violation d'un droit dont elle est titulaire.

³ Si la partie adverse invoque le secret de fabrication ou d'affaires, le juge prend les mesures nécessaires pour le sauvegarder. Il peut interdire à la partie requérante de participer à l'établissement de la description.

⁴ La description est faite, qu'il y ait saisie ou non, par un membre du Tribunal fédéral des brevets, qui peut faire appel à un expert si nécessaire. Elle est faite, au besoin, en collaboration avec les autorités cantonales compétentes.

⁵ La partie adverse a l'occasion de se prononcer sur la description avant que celle-ci soit portée à la connaissance de la partie requérante.

BREVETS (2)

Art. 77 al. 2 LBI

« Si une partie requiert une description, elle doit rendre vraisemblable la violation ou l'imminence de la violation d'un droit dont elle est titulaire »

→ pas besoin de rendre vraisemblable un préjudice difficilement réparable

BREVETS (3)

Rapport explicatif sur l'avant-projet de loi sur le Tribunal fédéral des brevets, p. 29

Actuellement, l'art. 77, al. 1, LBI ne prévoit qu'un recours limité à la description parce qu'il suppose un dommage imminent et difficilement réparable résultant de la violation du brevet. Le fait de ne pas connaître les détails de la violation du brevet présumée n'est pas considéré comme un dommage. Afin d'éliminer les insuffisances existantes, l'al. 2 prévoit que le demandeur doit rendre vraisemblable que son droit est violé ou simplement menacé. L'art. 257, al. 1, let. b, CPC, selon lequel la personne risque de subir un préjudice difficilement réparable, ne s'applique pas à la description.

BREVETS (4)

A la différence de la saisie-contrefaçon, la « saisie helvétique » suppose que le requérant rende vraisemblable la violation de son droit ou l'imminence de la violation de son droit (art. 77 al. 2 LBI)

BREVETS (5)

Articulation 77 al. 2-5 LBI et 158 CPC

- 77 LBI = lex specialis
- 158 CPC demeure applicable (TF, 4A_532/2011; ex. audition témoin, réquisition d'un plan de construction ou manuel de maintenance)
- 158 CPC applicable à la saisie stricto sensu ?

BREVETS (6)

TFB, Rego-Fix / Gewitec, S2012_003 c.14

Conditions pour l'admission d'une conclusion en interdiction (non exhaustives) :

- a) la conclusion décrit la présentation technique concrète de l'installation ou du procédé à interdire
- b) l'intimé fabrique, distribue etc. cette installation, ce procédé
- c) cette installation ou ce procédé tombe dans le champ de protection du brevet

DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE PROVISIONNELLE (1)

Message CPC, FF 2006, 6848 s.

Avant le CPC unifié : aux divergences des règles écrites
« s'ajoute la **variété des usages locaux** que seuls les
habitués maîtrisent bien. La conduite d'un procès hors
du canton s'avère de la sorte une entreprise difficile,
laborieuse et périlleuse »

→ entrave de fait à la libre circulation des avocats

DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE PROVISIONNELLE (2)

- 1) audience et/ou échange d'écritures
- 2) moyens de preuve
- 3) action en validation

AUDIENCE ET/OU ÉCHANGE D'ÉCRITURES (1)

Art. 253 CPC :

« Lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit »

AUDIENCE ET/OU ÉCHANGE D'ÉCRITURES (2)

Art. 256 al. 1 CPC :

« Le tribunal peut renoncer aux débats et statuer sur pièces, à moins que la loi n'en dispose autrement »

AUDIENCE ET/OU ÉCHANGE D'ÉCRITURES (3)

Art. 265 al. 2 CPC :

Si le juge ordonne des mesures superprovisionnelles, il « cite en même temps les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai ou impartit à la partie adverse un délai pour se prononcer par écrit. Après avoir entendu la partie adverse, le tribunal statue sur la requête sans délai »

AUDIENCE ET/OU ÉCHANGE D'ÉCRITURES (4)

Audience et/ou détermination écrite ?

- 265 al. 2 CPC : « ou »

BSK-Sprecher, art. 265 N 39 : détermination écrite puis, le cas échéant, fixation d'une audience

- Fratini, Jusletter 14 novembre 2011, ch. 28 : fixation audience et délai imparti à l'intimé pour produire déterminations écrites et titres

AUDIENCE ET/OU ÉCHANGE D'ÉCRITURES (5)

Avantages délai réponse

- éviter procédé écrit et pièces déposées à quelques heures ou minutes de l'audience

Avantages audience

- mesures d'instruction
- peut favoriser transaction

| | Délai réponse | | Audience | |
|-----|---------------|---------|----------|--------|
| | Toujours | Jamais | Toujours | Jamais |
| AG | X | | | |
| AR | X | | | X |
| BE | X | | | X |
| BS | X | | X | |
| FR | X | | | |
| GE | X | | X | |
| LU | X | | | |
| NE | X | | X | |
| NW | X | | | X |
| OW | X | | | |
| SO | X | | | |
| SZ | X | | | X |
| TG | X | | | |
| TI | X | | | |
| VD | X (1/4) | X (2/4) | X | |
| VS | | | X | |
| ZG | X | | | |
| ZH | X* | | | |
| TFB | X | | | |

*parfois, audience au lieu de réponse

| | Toujours réponse + audience | Toujours réponse Parfois audience | Toujours réponse Jamais audience | Toujours audience Parfois réponse | Toujours audience Jamais réponse |
|-----|--------------------------------|--------------------------------------|-------------------------------------|--------------------------------------|-------------------------------------|
| AG | | X | | | |
| AR | | | X | | |
| BE | | | X | | |
| BS | X | | | | |
| FR | | X | | | |
| GE | X | | | | |
| LU | | X | | | |
| NE | X | | | | |
| NW | | | X | | |
| OW | | X | | | |
| SO | | X | | | |
| SZ | | | X | | |
| TG | | X | | | |
| TI | | X | X | | |
| VD | X (1/4) | | | X (1/4) | X (2/4) |
| VS | | | | X | |
| ZG | | | X | | |
| ZH | | X | | | |
| TFB | | X | | | |

MOYENS DE PREUVE (1)

Art. 254 Moyens de preuve

¹ La preuve est rapportée par titres.

² D'autres moyens de preuve sont admissibles dans les cas suivants:

- a. leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure;
- b. le but de la procédure l'exige;
- c. le tribunal établit les faits d'office.

MOYENS DE PREUVE (2)

Moyens de preuve

- 1) titres (y compris affidavits)
- 2) témoins
- 3) expertise (cf. 137 III 324, « Nespresso »; 132 III 83, « Randanschlusskleber »)
- 4) interrogatoire des parties ?
- 5) expertises privées ?

Interrogatoire des parties

| | de manière plutôt large | de manière plutôt restrictive | de manière exceptionnelle |
|-----|-------------------------|-------------------------------|---------------------------|
| AG | | | X |
| AR | | | X |
| BE | | | X |
| BS | | X | |
| FR | X | | |
| GE | X | | |
| LU | | | X |
| NE | X | | |
| NW | | | X |
| SO | | | X |
| SZ | | | X |
| TG | | | X |
| TI | | | X |
| VD | X | | |
| VS | X | | |
| ZG | | X | |
| ZH | | | X |
| TFB | | | X |

Témoins

| | de manière plutôt large | de manière plutôt restrictive | de manière exceptionnelle |
|-----|-------------------------|-------------------------------|---------------------------|
| AG | | | X |
| AR | | | X |
| BE | | | X |
| BS | | X | |
| FR | | | X |
| GE | | | X |
| LU | | | X |
| NE | | X | |
| NW | | | X |
| SO | | | X |
| SZ | | | X |
| TG | | | X |
| TI | | | X |
| VD | X | | |
| VS | | X | |
| ZG | | | X |
| ZH | | | X |
| TFB | | | X |

Témoins-experts

| | de manière plutôt large | de manière plutôt restrictive | de manière exceptionnelle |
|-----|-------------------------|-------------------------------|---------------------------|
| AG | | | X |
| AR | | | X |
| BE | | | X |
| BS | | X | |
| FR | | | X |
| GE | | | X |
| LU | | | X |
| NE | | X | |
| NW | | X | |
| SO | | | X |
| SZ | | | X |
| TG | | | X |
| TI | | | X |
| VD | X | | |
| VS | | X | |
| ZG | | | X |
| ZH | | | X |
| TFB | | | X |

ACTION EN VALIDATION (1)

Avant 1.1.2011

Art. 28e al. 2 CC

« Les mesures ordonnées avant l'introduction de l'action perdent leur validité si le requérant n'a pas intenté action dans le délai fixé par le juge, mais au plus tard dans les trente jours »

A compter du 1.1.2011

Art. 263 CPC al. 2 CC

« Si l'action au fond n'est pas encore pendante, le tribunal impartit au requérant un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées »

ACTION EN VALIDATION (2)

Questions concernant art. 263 CPC :

- 1) Quid de la preuve à futur (158 CPC, 77 al. 2 LBI)
- 2) Durée du délai ?
- 3) Délai prolongeable
- 4) Nouvelle requête de mesures provisionnelles après caducité ?

Merci de votre attention...

... place au débat !

Ralph Schlosser
Kasser Schlosser avocats
www.kasser-schlosser.ch